



Universiteit Utrecht

MOLENGRAAFF INSTITUUT VOOR PRIVAATRECHT

RAPPORTAGE

WET KOOP ONROERENDE ZAKEN; DE EVALUATIE

Prof. mr. A.L.M. Keirse

Prof. mr. N.C. van Oostrom

Mr. M.Y. Schaub

Mr. C.M.J. Barendse

Mr. A.M. Steegmans

November 2009



Universiteit Utrecht

MOLENGRAAFF INSTITUUT VOOR PRIVAATRECHT

RAPPORTAGE

WET KOOP ONROERENDE ZAKEN; DE EVALUATIE

Prof. mr. A.L.M. Keirse

Prof. mr. N.C. van Oostrom

Mr. M.Y. Schaub

Mr. C.M.J. Barendse

Mr. A.M. Steegmans

November 2009

INHOUDSOPGAVE

LIJST VAN AFKORTINGEN.....	XI
----------------------------	----

HOOFDSTUK I

INLEIDING, VRAAGSTELLING EN ONDERZOEKSAANPAK.....	1
---	---

1.1 Wet koop onroerende zaken.....	1
1.2 Onderzoekskader	1
1.2.1 Evaluatie	1
1.2.2 Aanleiding voor het onderzoek.....	1
1.2.3 Context	1
1.3 Toetsingsmaatstaf	2
1.4 Probleemstelling en onderzoeksvragen.....	3
1.4.1 Kernvraag	3
1.4.2 Probleemstelling.....	3
1.4.3 Onderzoeksvragen	3
1.5 Onderzoeksaanpak	4
1.5.1 Onderzoeksactiviteiten.....	4
1.5.2 Desk- en literatuuronderzoek.....	4
1.5.3 Interviews en expertmeetings.....	5
1.5.4 Enquêteonderzoek.....	6
1.6 Politieke en commerciële lading	7
1.7 Rapportage	7

HOOFDSTUK II

HET SCHRIFTELIJKHEIDSVEREISTE VAN ARTIKEL 7:2 BW.....	9
---	---

2.1 Ter inleiding.....	9
2.2 Inhoud en reikwijdte van het vormvoorschrift.....	9
2.3 Doelstellingen van het vormvoorschrift	10
2.4 Praktische betekenis van het vormvoorschrift.....	11
2.5 Problematische (praktijk-)scenario's met betrekking tot het vormvoorschrift.....	12
2.5.1 Ter inleiding	12
2.5.2 Mondelinge afspraken	13
2.5.3 Gebruik en misbruik van het vormvoorschrift	15
2.5.4 Nadere afspraken of wijzigingen na het opmaken van de akte	16
2.5.5 Kwaliteit van de akte	16

2.6	Analyse en oplossingsrichtingen.....	17
2.6.1	Ter inleiding.....	17
2.6.2	Status van mondelinge afspraken.....	17
2.6.2.1	Te onderscheiden vragen.....	17
2.6.2.2	Wilsovereenstemming.....	17
2.6.2.3	Mondeling in plaats van schriftelijk: nietig of vernietigbaar.....	19
2.6.2.4	Dwang tot schriftelijke vastlegging.....	20
2.6.2.5	Rol van het leerstuk van de precontractuele redelijkheid en billijkheid.....	26
2.6.2.6	Besluit.....	29
2.6.3	Gebruik en misbruik van het vormvoorschrift.....	30
2.6.4	Gevolgen van nadere afspraken of wijzigingen na het opmaken van de akte.....	31
2.6.4.1	Ter inleiding.....	31
2.6.4.2	Schriftelijk vastleggen van wijzigingen en aanvullingen.....	31
2.6.4.3	Gevolgen voor de oorspronkelijke akte.....	31
2.6.4.4	Wel of geen nieuwe bedenktijd.....	32
2.6.4.5	Conclusie en aanbeveling.....	33
2.6.5	Waarborgen van de kwaliteit van de akte.....	33
2.7	Terminologie.....	34
2.7.1	Ter inleiding.....	34
2.7.2	De koop.....	35
2.7.2.1	Onduidelijkheden.....	35
2.7.2.2	Conclusie.....	35
2.7.3	Een tot bewoning bestemde onroerende zaak (7:2 lid 1) en een woning (7:765 lid 1).....	35
2.7.3.1	Begripsbepaling en reikwijdte.....	35
2.7.3.2	Onduidelijkheden en problemen.....	36
2.7.3.3	Conclusies en aanbevelingen.....	39
2.7.4	‘Een natuurlijk persoon, niet handend in de uitoefening van een beroep of bedrijf (7:2 lid 1 en 7:765 lid 1 BW).....	40
2.7.4.1	Begripsbepaling en reikwijdte.....	40
2.7.4.2	Onduidelijkheden.....	40
2.7.5	Schriftelijk (7:2 lid 1, 7:766 lid 1 BW).....	41
2.7.5.1	Begripsbepaling, reikwijdte en onduidelijkheden.....	41
2.7.6	Akte (7:2 lid 2, 7:766 lid 2 BW).....	42
2.7.7	Ter hand stellen (7:2 lid 2, 7:766 lid 2 BW).....	42
2.8	Elektronische communicatie.....	43
2.8.1	Is elektronisch contracteren mogelijk?.....	43
2.8.2	Welke eisen gelden voor elektronisch contracteren?.....	45
2.8.3	Bezwaren tegen elektronische totstandkoming van de koop en praktijkscenario’s.....	46
2.8.4	Conclusies en aanbevelingen.....	48
2.9	Uitbreiding van het vormvoorschrift.....	49
2.9.1	Ter inleiding.....	49
2.9.2	Koppeling aan het doel van het vormvoorschrift.....	49
2.9.3	Waarom beperkt tot woningen en particulieren?.....	49
2.9.4	Uitbreiding van het vormvereiste naar alle onroerende zaken.....	50
2.9.5	Uitbreiding van het vormvereiste naar alle overeenkomsten waarbij een particulier is betrokken.....	50
2.9.6	Uitbreiding van het vormvereiste naar overeenkomsten tussen zakelijke partijen.....	51
2.9.7	Conclusies en aanbevelingen.....	53

2.10	Samenvattende conclusies	53
2.10.1	Algemene bevindingen	53
2.10.2	Gerezen problemen	54
2.10.3	Oplossingsrichtingen	54
2.10.4	Reikwijdte en terminologie	55

HOOFDSTUK III

DE BEDENKTIJD	57
3.1 Ter inleiding	57
3.2 Inhoud en reikwijdte van de bedenktijd	57
3.2.1 Inhoud	57
3.2.2 Toepassingsbereik	58
3.3 Doelstellingen van de bedenktijd	58
3.4 Werking van de bedenktijd	59
3.4.1 Aanvangsmoment	59
3.4.2 Ontbindingsvorm	60
3.4.3 Ontvangsttheorie	60
3.4.4 Afstand doen van de bedenktijd	60
3.4.5 Geen terugwerkende kracht	61
3.4.6 Alles of niets	61
3.5 Praktijkervaringen met de bedenktijd	61
3.6 Knelpunten	63
3.6.1 Ter inleiding	63
3.6.2 De duur van de bedenktijd	63
3.6.3 Verkorting van de duur door de ontvangsttheorie	64
3.6.4 Onduidelijkheid over het moment van ter hand stelling	64
3.6.5 Wijzigen en aanvullen van de koopovereenkomst en de bedenktijd	64
3.6.6 Afstand doen van de bedenktijd	65
3.7 Analyse en oplossingsrichtingen	66
3.7.1 Ter inleiding	66
3.7.2 De duur van de bedenktijd	66
3.7.3 Verzendtheorie of ontvangsttheorie?	67
3.7.4 Ter hand stelling	68
3.7.5 Meerdere malen bedenktijd?	68
3.7.5.1 Parlementaire geschiedenis	68
3.7.5.2 Situaties waarin de koopovereenkomst aangevuld, gewijzigd of opnieuw aangegeven wordt	69
3.7.5.3 Analyse en oplossingsrichtingen	69
3.7.6 Afstand van de bedenktijd	71
3.8 Andere bevindingen	72
3.8.1 Betekenis voor een beroep op algemene remedies	72
3.8.2 Artikel 7:2 lid 5 BW; uitzondering van koop op een veiling	72
3.8.2.1 Inhoud en reikwijdte van de uitzondering	72
3.8.2.2 Vraagpunten	74
3.8.2.3 Analyse en oplossingsrichtingen	75
3.8.3 Misbruik van de bedenktijd	77

3.8.4	Informatieplicht van de verkoper ten aanzien van de bedenktijd.....	78
3.8.5	Specifieke aandachtspunten met betrekking tot aanneming van werk.....	78
3.9	Samenvattende conclusie.....	79

HOOFDSTUK IV

DE VORMERKUNG VAN ARTIKEL 7:3 BW 81

4.1	Ter Inleiding.....	81
4.2	Inhoud, rechtskarakter en reikwijdte van de Vormerkung.....	81
4.2.1	De inhoud.....	81
4.2.2	Het rechtskarakter van de Vormerkung.....	82
4.2.3	Reikwijdte van de Vormerkung.....	82
4.3	Doelstelling van de Vormerkung.....	83
4.4	Praktische betekenis van de Vormerkung.....	84
4.5	De Vormerkung in de praktijk.....	85
4.5.1	Artikel 7:3 lid 1 BW.....	85
4.5.1.1	Betekenis van ‘de koop’.....	85
4.5.1.2	Uitstel van registratie.....	87
4.5.1.3	Toepassingsbereik.....	88
4.5.1.4	Een nog te formeren appartementsrecht.....	90
4.5.1.5	Executieveiling.....	91
4.5.2	Artikel 7:3 lid 2 BW.....	93
4.5.3	Artikel 7:3 lid 3 BW.....	94
4.5.3.1	Reikwijdte.....	94
4.5.3.2	Vormerkung en overbruggingshypotheek.....	95
4.5.3.3	Problemen die voortvloeien uit artikel 7:3 lid 3 sub a en b BW.....	96
4.5.3.4	Problemen die voortvloeien uit artikel 7:3 lid 3 sub c BW.....	98
4.5.3.5	Problemen die voortvloeien uit artikel 7:3 lid 3 sub d en e BW.....	98
4.5.3.6	Problemen die voortvloeien uit artikel 7:3 lid 3 sub f BW.....	98
4.5.3.7	Problemen die voortvloeien uit artikel 7:3 lid 3 sub g BW.....	104
4.5.4	Artikel 7:3 lid 4 BW.....	107
4.5.5	Artikel 7:3 lid 5 BW.....	109
4.5.6	Artikel 7:3 lid 6 BW.....	109
4.6	Moet Vormerkung verplicht worden gesteld?.....	111
4.7	Samenvattende conclusies.....	111

HOOFDSTUK V

DE 5% REGELING..... 113

5.1	Ter inleiding.....	113
5.2	Inhoud en reikwijdte van de 5% regeling.....	113
5.2.1	Inhoud.....	113
5.2.2	Toepassingsbereik.....	114
5.3	Doelstellingen van de 5% regeling.....	114

5.4	Werking van de 5% regeling	115
5.4.1	5% van de aanneemsom.....	115
5.4.2	Duur	115
5.4.3	Uitbetalen aan de aannemer	116
5.4.4	Schadevergoeding verschuldigd door opdrachtgever aan aannemer	116
5.5	Praktijkervaringen met de 5% regeling.....	116
5.5.1	Inleiding.....	116
5.5.2	‘Gebreken’	117
5.5.2.1	Knelpunten	117
5.5.2.2	Analyse	118
5.5.3	Het vrijgeven van het bedrag dat in depot staat.....	118
5.5.3.1	Knelpunten	118
5.5.3.2	Analyse	120
5.5.4	Het in depot gehouden bedrag is disproportioneel.....	123
5.5.4.1	Knelpunten	123
5.5.4.2	Analyse	123
5.5.5	De 5% regeling en de oplevering van een appartementsrecht.....	125
5.5.5.1	Knelpunten	125
5.5.5.2	Analyse	126
5.5.6	Voor wie houdt de notaris de gelden in depot?	128
5.5.6.1	Knelpunten	128
5.5.6.2	Analyse	128
5.5.7	Overige praktijkervaringen	131
5.5.7.1	Leidt de onderhoudstermijn tot een sneller herstel van gebreken?	131
5.5.7.2	De onderhoudstermijn van drie maanden	131
5.5.7.3	Voldoet een bedrag ter grootte van 5% van de aanneemsom?	132
5.6	Andere bevindingen.....	132
5.6.1	Artikel 7:767 BW.....	132
5.6.2	De mogelijkheid van het afwijken van artikel 7:768 BW bij standaardregeling	132
5.6.3	Vervangende zekerheid	133
5.7	Samenvattende conclusies	134

HOOFDSTUK VI

DE POSITIE VAN DE NOTARIS	135	
6.1	Ter Inleiding	135
6.2	Het wetgevingsproces in het kort.....	136
6.2.1	Historie	136
6.2.2	De twee-wegenleer.....	136
6.2.2.1	Voorstel	136
6.2.2.2	Eenduidigheid.....	138
6.2.2.3	Druk van de verkoper	139
6.2.2.4	De notaris zal zich ontpoppen als partij-adviseur	139
6.2.2.5	De notaris is geen deskundige op het gebied van de bouwtechnische staat van woningen.....	139
6.2.3	Verplichte notariële interventie.....	140
6.2.3.1	De moties Swildens-Rozendaal en van Walssem	140
6.2.3.2	Marktwerking centraal.....	140

6.3	Bestaande notariële monopolies	141
6.3.1	De rechtvaardiging.....	141
6.3.2	De rol van de notaris in de vastgoedpraktijk.....	143
6.3.2.1	De rol van de notaris in de vastgoedpraktijk buiten Amsterdam	143
6.3.2.2	De rol van de notaris in de vastgoedpraktijk in Amsterdam	144
6.3.3	Mogelijke verklaring voor de beperking tot Amsterdam.....	145
6.4	Is er reden of noodzaak voor verplichte notariële interventie in de obligatoire fase?	146
6.4.1	Het rapport Hammerstein	146
6.4.2	De rol van de notaris ‘buiten de fraude’.....	147
6.4.3	De kosten van verplichte inschakeling van de notaris	148
6.5.	Samenvattende conclusies	149

HOOFDSTUK VII

VASTGOEDFRAUDE	151
7.1 Ter inleiding.....	151
7.2 Vastgoedfraude.....	151
7.2.1 Ter inleiding.....	151
7.2.2 De verschillende verschijningsvormen van vastgoedfraude	153
7.2.2.1 ABC-transacties.....	153
7.2.2.2 Verkoopcarrousel.....	155
7.2.2.3 Hypotheekfraude	155
7.2.2.4 Belastingontduiking	156
7.2.2.5 Witwassen.....	158
7.2.2.6 Pensioenfraude.....	158
7.2.2.7 Gemeentelijke aanschrijvingen	158
7.2.3 De veiling.....	158
7.3. Rol van de notaris	160
7.3.1 Ter inleiding.....	160
7.3.2 Wettelijk kader.....	160
7.3.3 Zelfregulering.....	162
7.3.3.1 ABC-checklist.....	163
7.3.3.2 Protocol hypotheekfraude	163
7.3.3.3 Beleidsregel uitbetaling gelden	164
7.3.3.4 Convenanten.....	165
7.3.3.5 Intercollegiale kwaliteitstoetsing.....	165
7.3.4 Ervaringen rol notaris.....	165
7.4 Rol van de overige spelers op de vastgoedmarkt.....	166
7.4.1 De vastgoedbedrijven.....	166
7.4.2 De taxateur	167
7.4.3 De makelaar	168
7.4.4 De hypotheekhouder.....	168
7.4.5 De overheid.....	169
7.5 Mogelijkheden ter voorkoming van de fraude	169
7.5.1 Ter inleiding.....	169
7.5.2 Mogelijkheden voor de notaris	170
7.5.2.1 Invoering van het “Amsterdamse model”	170

7.5.2.2	Inschrijving koopovereenkomst.....	171
7.5.2.3	Inzage WOZ-waarde.....	171
7.5.2.4	Verplichte controle identiteit met VIS.....	172
7.5.2.5	Verplicht vermelden van de prijs van elk object bij pakket woningen.....	173
7.5.2.6	ABC-transacties verplicht melden in de leveringsakte.....	173
7.5.2.7	Economische eigendom via notariële akte.....	174
7.5.2.8	Lijsten met indicatoren.....	174
7.5.2.9	Controle notarissen in Kadaster op naam.....	175
7.5.2.10	Mogelijkheden tuchtrechter.....	175
7.5.2.11	Invoering integriteits- en kwaliteitstoets.....	176
7.5.2.12	Herziening geheimhoudingsplicht.....	176
7.5.2.13	Toezicht centraliseren.....	178
7.5.3	Andere mogelijkheden.....	178
7.5.3.1	Inzage WOZ-waarde andere partijen.....	178
7.5.3.2	Taxateurs en makelaars.....	180
7.5.3.3	Hypotheekhouders.....	181
7.5.3.4	Kadaster.....	182
7.5.3.5	Veilingen.....	183
7.5.3.6	Uitwisseling tussen (overheids)instanties.....	184
7.5.3.7	Beleggings-cv's.....	185
7.5.3.8	Andere mogelijkheden uit enquêtes.....	185
7.6	Samenvattende conclusies.....	185

HOOFDSTUK VIII

HET EMPIRISCH ONDERZOEK..... 187

8.1	Ter inleiding.....	187
8.2	Aanpak.....	187
8.2.1	Interviews.....	187
8.2.2	Enquêtes.....	187
8.2.3	Opvragen van tarieven.....	188
8.3	Resultaten eerste gezamenlijke interview: makelaars en consumentenorganisaties.....	189
8.3.1	Algemeen opmerkingen.....	189
8.3.2	De bedenktijd en het schriftelijkheidsvereiste.....	189
8.3.2.1	Het belang van de bedenktijd.....	189
8.3.2.2	Is een bedenktijd van 3 dagen voldoende om een deskundige in te schakelen?....	189
8.3.2.3	Zou de bedenktijd ook voor de koper moeten gelden?.....	190
8.3.2.4	De status van de mondelinge overeenkomst en de pre-contractuele fase.....	190
8.3.2.5	Dient het schriftelijkheidsvereiste te gelden voor alle onroerende goederen en ook voor professionele partijen?.....	191
8.3.3	De Vormerkung.....	191
8.3.3.1	Wat moet worden ingeschreven?.....	191
8.3.3.2	Kan de Vormerkung bijdragen aan de ontvlechting van de boven- en de onderwereld, en daarnaast voor meer transparantie zorgen?.....	191
8.3.3.3	De Vormerkung in de bedenktijd.....	191
8.3.4	De rol van de notaris.....	192
8.3.4.1	Het Amsterdamse model.....	192
8.3.4.2	De twee-wegenleer (ofwel bedenktijd, ofwel inschakeling notaris).....	192
8.3.4.3	Fraudebestrijding.....	192
8.3.5	De 5%-regeling.....	193

8.4	Resultaten tweede gezamenlijke interview: bouwers en projectontwikkelaars.....	193
8.4.1	Algemene opmerkingen	193
8.4.2	Ervaringen van de bouwers.....	193
8.5	Ervaringen binnen de KNB.....	195
8.6	Ervaringen binnen het GIW	196
8.7	Mening van de geïnterviewde wetenschappers	197
8.8	Resultaten enquêtes	199
8.8.1	Resultaten ten aanzien van het schriftelijkheidsvereiste	199
8.8.1.1	Wijzigingen en aanvullingen nadat mondelinge overeenstemming is bereikt	199
8.8.1.2	Uitbreiden van het schriftelijkheidsvereiste?	199
8.8.2	Resultaten ten aanzien van de bedenktijd	201
8.8.2.1	Komt het voor dat kopers zich op de bedenktijd beroepen?	201
8.8.2.2	Doen zich problemen voor als kopers van de bedenktijd gebruik maken?.....	201
8.8.2.3	Wat vindt men van de duur van de bedenktijd?	202
8.8.2.4	Voor- en nadelen van de bedenktijd in het algemeen.....	204
8.8.2.5	Moet de reikwijdte van de bedenktijd worden uitgebreid?.....	205
8.8.2.6	Moet de regeling van de bedenktijd aangepast worden?	206
8.8.3	Resultaten ten aanzien van de Vormerkung (inschrijven van de koopovereenkomst).....	207
8.8.3.1	Zijn kopers op de hoogte van het bestaan van de Vormerkung?	207
8.8.3.2	Wordt door kopers van de mogelijkheid tot inschrijven gebruik gemaakt?	207
8.8.3.3	Wordt een beroep gedaan op de bescherming van de Vormerkung?	207
8.8.4	Resultaten ten aanzien van inschakeling van een deskundige en de Amsterdamse praktijk	208
8.8.4.1	Geeft het problemen als de koopovereenkomst niet door de notaris wordt opgesteld?	208
8.8.4.2	Schakelt de makelaar zelf een juridische deskundige in?	208
8.8.4.3	De kosten van notariële interventie	209
8.8.4.4	Voor- en nadelen van de Amsterdamse praktijk.....	209
8.8.4.5	Zou het Amsterdamse model verplicht moeten worden?.....	211
8.8.4.6	Inschakelen van deskundigen door kopers.....	212
8.8.5	Resultaten ten aanzien van de 5% regeling.....	212
8.8.6	Terminologie: ‘tot bewoning bestemd’	212
8.8.7	Algemene bevindingen ten aanzien van het (ver)kopen van woningen.....	213
8.8.8	Resultaten ten aanzien van vastgoedfraude	214
8.9	Samenvattende conclusies	214
8.9.1	Algemeen.....	214
8.9.2	Resultaten interviews	214
8.9.2.1	Ervaringen van makelaars en consumentenorganisaties.....	214
8.9.2.2	Ervaringen van bouwers	215
8.9.2.3	Ervaringen van de KNB.....	215
8.9.2.4	De mening van de geïnterviewde wetenschappers.....	215
8.9.3	Resultaten enquêtes	215

HOOFDSTUK IX

SLOTBESCHOUWING	217
9.1 Inleiding.....	217
9.1.1 Vraagstelling.....	217
9.1.2 Aanpak.....	217
9.1.3 Resultaten	217
9.1.4 Beantwoording deelvragen	218
9.2 Het vormvoorschrift	218
9.2.1 Algemene bevindingen.....	218
9.2.2 De status van mondelinge afspraken	219
9.2.3 Wijzigingen, aanvullingen en de kwaliteit van de akte	220
9.2.4 Elektronisch contracteren.....	220
9.2.5 Afbakening van de reikwijdte en inconsistente terminologie.....	220
9.3 De bedenktijd	221
9.3.1 Algemene bevindingen.....	221
9.3.2 Ervaringen in de praktijken	221
9.3.3 Aanbevelingen	222
9.4 Artikel 7:3 BW, de Vormerkung.....	222
9.4.1 Algemene bevindingen.....	222
9.4.2 Ervaringen in de praktijk	222
9.4.3 Vraagpunten.....	223
9.4.4 Aanbevelingen	223
9.5 De 5% regeling.....	224
9.5.1 Algemene bevindingen.....	224
9.5.2 Gerezen problemen	224
9.5.3 Aanbeveling.....	225
9.6 De positie van de notaris	225
9.6.1 Algemene bevindingen.....	225
9.6.2 Ervaringen in de praktijk	225
9.6.3 Bevindingen ten aanzien van de tarieven	225
9.6.4 Aanbevelingen	226
9.7 Vastgoedfraude.....	226
9.7.1 Algemene bevindingen.....	226
9.7.2 Aanbevelingen	226
9.7.3 De rol van de notaris bij vastgoedfraude	227
9.8 Overzicht van conclusies en aanbevelingen	227
9.8.1 Ten aanzien van het schriftelijkheidsvereiste.....	227
9.8.2 Ten aanzien van de bedenktijd.....	228
9.8.3 Ten aanzien van de Vormerkung	228
9.8.4 Ten aanzien van de 5% regeling.....	229
9.8.5 Ten aanzien van de positie van de notaris	230
9.8.6 Ten aanzien van vastgoedfraude.....	230
LEESVERVANGENDE SAMENVATTING	231

SUMMARY	241
LITERATUURLIJST	251
BIJLAGEN	267
Bijlage 1 Samenstelling begeleidingscommissie.....	267
Bijlage 2 Lijst van geïnterviewde organisaties	269
Bijlage 3 Vragenlijst enquêtes	271

Afkortingen:

AFM	Autoriteit Financiële Markten
AV 1996	Algemene Voorwaarden voor de Verkoop bij Openbare Inschrijving van Registergoederen 1996
BFT	Bureau Financieel Toezicht
BR WOZ	Basisregistratie Waarde Onroerende zaken
BSN	Burger Service Nummer
BV	Besloten Vennootschap
Cv's	Commanditaire vennootschappen
FIU	Financial Intelligence Unit Nederland
Fw	Faillissementswet
GBA	Gemeentelijke basisadministratie
GIW	Garantie Instituut Woningbouw
IVBN	Vereniging van Institutionele Beleggers in Vastgoed Nederland
KNB	Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
NEPROM	Vereniging van Nederlandse Projectontwikkelings Maatschappijen
NHG	Nationale Hypotheek Garantie
NVB	Nederlandse Vereniging van Banken
NVM	Nederlandse Vereniging van Makelaars in onroerende goederen en vastgoeddeskundigen
NWWI	Nederlands Woning Waarde Instituut
OM	Openbaar Ministerie
RC	Rechter Commissaris
RVT	Vereniging van Register Vastgoed Taxateurs
SEW	Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen
SFH	Stichting Fraudebestrijding Hypotheken
SVK	Stichting Vakantiekampen
UAV 1989	Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de Uitvoering van werken 1989
UBO	Ultimate beneficial owner
UWV	Uitvoeringsinstituut WerknemersVerzekeringen
VBO	Vereniging Bemiddeling Onroerend goed
VEH	Vereniging Eigen Huis
VIS	Verificatie Informatie Systeem
VvE	Vereniging van Eigenaren
WBR	Wet Belastingen Rechtsverkeer
Wet MOT	Wet melding ongebruikelijke transacties
Wet OP	Wet Oneerlijke handelspraktijken
Wft	Wet op het financieel toezicht
Whc	Wet handhaving consumentenbescherming
Wkpb	Wet kenbaarheid publiekrechtelijke beperkingen
Wna	Wet op het notarisambt
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum
WOZ	waarding onroerende zaken
Wsnp	Wet schuldsanering natuurlijke personen
Wwft	Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme

I INLEIDING, VRAAGSTELLING EN ONDERZOEKSAANPAK

1.1 Wet koop onroerende zaken

Op 1 september 2003 is de Wet koop onroerende zaken in werking getreden. Daarbij is titel 7.1 van het Burgerlijk Wetboek (BW) aangevuld met enkele bepalingen betreffende de koop van onroerende zaken en is titel 7.12 inzake aanneming van werk vastgesteld en ingevoerd. De aanvulling in artikel 7:2 BW houdt in dat in het geval de koper een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, de koop van een tot bewoning bestemde onroerende zaak of bestanddeel daarvan voortaan schriftelijk dient te worden aangegaan. Vervolgens komt de koper het recht toe om gedurende drie dagen nadat deze een afschrift van de koopakte heeft ontvangen, de koop te ontbinden. Volgens titel 7.12 BW is deze tweeledige waarborg ook van toepassing op een overeenkomst tot aanneming van werk die strekt tot de bouw van een woning, bestaande uit een onroerende zaak of bestanddeel daarvan, voor zover dit geschiedt in opdracht van een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf (artikel 7:765 jo. 766 BW). Daarnaast is in artikel 7:3 BW bepaald dat als de koper van een registergoed dit wil, de koopovereenkomst in de openbare registers kan worden ingeschreven. In de titel over aanneming van werk is ook de zogenaamde 5%-regeling ingevoerd. Deze regeling, neergelegd in artikel 7:768 BW, geeft de opdrachtgever de bevoegdheid om maximaal 5% van de aanneemsom in te houden op de laatste termijn(en) in het geval dat er bij of na de oplevering blijkt dat er sprake is van gebreken bij de bouw. Dit bedrag kan de opdrachtgever in depot storten bij een notaris in plaats van het aan de aannemer te betalen.

Het uitgangspunt van de invoering van deze wettelijke regeling vormde de wens de zogenoemde 'consumentkoper' van een woning beter te beschermen. Deze regeling heeft zowel voor als na haar invoering veel pennen in beweging gebracht. Ook in het Parlement zijn gedurende het wetgevingsproces vragen gerezen over de noodzakelijkheid, wenselijkheid en deugdelijkheid van de in de wet opgenomen combinatie van waarborgen.

1.2 Onderzoekskader

1.2.1 *Evaluatie*

Deze rapportage betreft een onderzoek waarin de werking van de Wet koop onroerende zaken centraal staat. Geëvalueerd wordt hoe de in deze wet geboden voorzieningen in de praktijk al dan niet hebben gewerkt. Tevens wordt onderzocht waar in de praktijk eventuele behoeften ter verdere bescherming liggen.

1.2.2 *Aanleiding voor het onderzoek*

Aan het Parlement is toegezegd dat de Wet koop onroerende zaken vijf jaar na haar inwerkingtreding wordt geëvalueerd.

In september 2008 is het vijf jaar geleden dat de Wet koop onroerende zaken is ingevoerd. In dit verband heeft het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht opdracht gegeven een evaluerend onderzoek te doen op verzoek van de Directie Wetgeving van het Ministerie van Justitie.

1.2.3 *Context*

Voor een goed begrip van de discussie omtrent de Wet koop onroerende zaken en de behoefte aan een evaluerend onderzoek is relevant dat ten tijde van het wetgevingsproces in het parlement is gevraagd of de aangedragen combinatie van waarborgen, bestaande uit het schriftelijkheidsvereiste, de bedenktijd en de mogelijkheid tot inschrijving van de koop in de openbare registers, wel noodzakelijk en wenselijk was gelet op het feit dat ten behoeve van de levering van de onroerende zaken al vereist is dat een transportakte

door een notaris wordt opgemaakt die vervolgens in de openbare registers wordt ingeschreven. Het antwoord van de Minister luidde dat vooropgesteld dient te worden dat de in te voeren regeling waarborgen verstrekt aan de koper in de periode voordat het tot levering is gekomen, waarbij opmerking verdient dat met het vervullen van de vereisten voor levering in de praktijk niet zelden enige maanden zijn gemoeid. De leveringsvereisten die niet zozeer de bescherming van partijen zelf ten doel hebben, als wel het verschaffen van rechtszekerheid voor latere verkrijgers (waaraan met het oog op een ordelijk verlopend rechtsverkeer in onroerende goederen en de verlening van hypothecair krediet grote behoefte bestaat), maken de bescherming van de koper in afwachting van de levering geenszins onnodig.

De kritiek in de literatuur hield in dat de inschakeling van de notaris bij de transportakte te laat komt, omdat de koper en verkoper dan al gebonden zijn aan de koopakte. Verplichte inschakeling van een notaris in het kader van de totstandkoming van de koopovereenkomst zou zowel de bescherming van de consumentkoper als de rechtszekerheid beter kunnen waarborgen. Frauduleus handelen zou door de verplichte inschakeling van de notaris op het moment van de koop kunnen worden gesignaleerd, zodat partijen in dat geval nog van de koopovereenkomst kunnen afzien. De notaris moet immers dienst weigeren als hij fraudeus handelen vermoedt en indien sprake is van twee of meer elkaar opvolgende transacties met op het eerste oog niet verklaarbare prijs- of waardeverschillen dient hij hiervan melding te maken aan de financierende bank, eventueel andere belanghebbenden en het Meldpunt Ongebruikelijke Transacties. Later werd ook in het rapport van de commissie Hammerstein (over het functioneren van het notariaat) gepleit voor tussenkomst van de notaris bij de koopovereenkomst omdat de notaris aldus effectiever zijn expertise zou kunnen inzetten ten behoeve van de contracterende partijen.

Tijdens het wetgevingsproces is door de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) een drietal alternatieven voor de voorgestelde bedenktijd geschetst. Het eerste alternatief betrof het zogenoemde Amsterdamse model en derhalve inschakeling van de notaris bij het sluiten van de koopovereenkomst. Het tweede alternatief behelsde een protocol voor makelaars en notarissen dat bepaalt in welke omstandigheden het wel en niet nodig is om al bij de koop de notaris te raadplegen. Als derde alternatief werd de zogenoemde twee-wegenleer voorgesteld; de consument zou dan de keuze hebben tussen hetzij een (langere) bedenktijd van zeven dagen, hetzij inschakeling van de notaris bij de totstandkoming van de overeenkomst.

De Minister was echter van mening dat door het invoeren van de in het wetsvoorstel neergelegde waarborgen de belangen van de consumentkoper en de rechtszekerheid voldoende gediend zouden zijn. De verplichte inschakeling van de notaris vond ook weinig steun bij de Vereniging Eigen Huis en de Ministeries van Economische Zaken en Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer.

Daarnaast is bij de behandeling van de wet aandacht besteed aan de vraag naar de eventuele wenselijkheid van uitbreiding van het voorgestelde vormvoorschrift.

Tot slot heeft de Minister geëxpliciteerd dat de wet vijf jaar na inwerkingtreding wordt geëvalueerd waarbij de verschillende aangedragen discussiepunten dienen te worden meegenomen.

1.3 Toetsingsmaatstaf

Een evaluatie van de wettelijke regels inzake de koop van onroerende zaken vraagt om de formulering van een toetsingsmaatstaf. Het onderzoek behelst een combinatie van een doelbereikings- en procesevaluatie. Centraal staat de vraag in welke mate de wettelijke doelstellingen die aan de invoering van de Wet koop onroerende zaken ten grondslag liggen, zijn bereikt. Deze vraag laat zich slechts beantwoorden in combinatie met inzicht in de wijze waarop de ingevoerde regels uitpakken in de praktijk.

De regulering wordt aldus in de eerste plaats getoetst op haar doeltreffendheid en doelmatigheid. Wordt het doel dat men voor ogen heeft daadwerkelijk bereikt? Is een evenwichtige afweging van de belangen van de betrokken partijen gewaarborgd? De effectiviteit van de regulering wordt mede bepaald door de mate waarin er oog is (geweest) voor de maatschappelijke context. Dit speelt te meer daar de koopover-

eenkomst van onroerende zaken een structuur kent die niet alleen wordt bepaald door de vrijheid van partijen en hun onderling vertrouwen, maar in belangrijke mate ook door krachten in het maatschappelijke veld. Hierbij wordt in ogenschouw genomen dat de destijds voorgestelde regulering een eigen dynamiek kent en de omgeving verandert. Hetzelfde zal gelden voor een eventuele wetswijziging. Dit betekent dat eerst de effecten en neveneffecten van de huidige regulering worden benoemd. Aanbevelingen worden vervolgens niet voorgedragen onder de premisse van gelijkblijvende omstandigheden, maar gaan gepaard met een bespreking van de te verwachten gevolgen. Een tweede toetssteen is de externe consistentie. In hoeverre sluit de Wet koop onroerende zaken aan bij aanpalende wet- en regelgeving? Is een eventuele breuk met beginselen van contractenrecht in deze te rechtvaardigen?

1.4 Probleemstelling en onderzoeksvragen

1.4.1 Kernvraag

Het doel van het onderzoek is de evaluatie van de Wet koop onroerende zaken zoals in werking getreden op 1 september 2003. De kernvraag luidt:

In hoeverre voldoet de werking van de Wet koop onroerende zaken in de praktijk aan de doelstelling van de wet, in het bijzonder gelet op de in literatuur, rechtspraak en praktijk gesignaleerde knelpunten en welke aanpassingen zijn eventueel wenselijk?

1.4.2 Probleemstelling

Deze evaluatie geschiedt aan de hand van een vierledige probleemstelling:

- (1) Is er reden tot uitbreiding van het vormvereiste van een schriftelijke koopovereenkomst, door deze ook verplicht te stellen als de koop betrekking heeft op zakelijk onroerend goed en de koper de aankoop doet in uitoefening van een beroep of bedrijf?
- (2) Is de bescherming die de wetgever de consumentkoper van een woning heeft gegeven met de in artikel 7:2 BW bedoelde bedenktijd van drie dagen en de in artikel 7:3 BW bedoelde mogelijkheid van inschrijving van de koopovereenkomst in de openbare registers, afdoende gebleken?
- (3) Heeft de 5%-regeling van artikel 7:768 BW de daarmee beoogde versterking van de positie van de consumentkoper van een nieuwbouwwoning bewerkstelligd?
- (4) Is er reden of noodzaak deze bedenktijd te vervangen of de bescherming uit te breiden door verplichte notariële tussenkomst in de obligatoire fase van de koopovereenkomst?

1.4.3 Onderzoeksvragen

De voornoemde vierledige probleemstelling wordt beantwoord aan de hand van de volgende deelvragen:

Ad (1)

- a. Is de invoering van het vormvereiste van schriftelijkheid zoals neergelegd in de artikelen 7:2 en 7:766 lid 1 BW doeltreffend gebleken?
- b. Hebben zich problemen voorgedaan bij de toepassing en sanctionering van dit vormvoorschrift?
- c. Is het wenselijk dat de koop op elektronische wijze tot stand kan komen?
- d. Zijn de voornoemde bepalingen die schriftelijkheid voorschrijven, voldoende omschreven of dient de gehanteerde definiëring te worden aangepast?
- e. Is er reden tot uitbreiding van het vormvereiste van een schriftelijke koopovereenkomst, ook indien de koop niet op een tot woning bestemde onroerende zaak betrekking heeft, en ook als de koper niet een 'consument' is? En voorts als er geen sprake is van een overeenkomst tot aanneming van de bouw van een nieuwbouwwoning in opdracht van een consument?

Ad (2)

- a. Is de bescherming die de wetgever de consumentkoper van een woning heeft gegeven met de in artikel 7:2 BW bedoelde bedenktijd van drie dagen, afdoende gebleken. Hebben zich problemen voorgedaan bij de toepassing van de bedenktijd?
- b. Is de bescherming van de consumentkoper met de mogelijkheid van inschrijving van de koopovereenkomst in de openbare registers als bedoeld in artikel 7:3 BW, afdoende gebleken. Hebben zich problemen voorgedaan bij de toepassing van de mogelijkheid tot inschrijving?
- c. Zijn er nog andere bevindingen die relevant zijn in het kader van de bedenktijd en de mogelijkheid van inschrijving?

Ad (3)

- a. Heeft de 5%-regeling van artikel 7:768 BW de daarmee beoogde versterking van de positie van de consumentkoper van een nieuwbouwwoning bewerkstelligd?
- b. Welke problemen hebben zich voorgedaan bij de toepassing en de sanctionering van de 5% regeling?
- d. Wordt de effectiviteit van de 5%-regeling (deels) ondermijnd door de mogelijkheid die de aannemer ter beschikking staat, om het depot te laten vrijvallen door het stellen van vervangende zekerheid bijvoorbeeld in de vorm van een bankgarantie?
- e. Is de slottermijn van 5% voldoende hoog om de aannemer tot spoedig herstel te bewegen?

Ad (4)

- a. Is er reden of noodzaak de bedenktijd te vervangen of de bescherming uit te breiden door verplichte notariële tussenkomst in de obligatoire fase van de koopovereenkomst?
- b. Wat leert beschouwing van het 'Amsterdamse model' en de 'twee-wegenleer'? Hoe is het gebruik van de Amsterdamse praktijk ontstaan, terwijl men partijen niet kan dwingen om voor deze optie te kiezen? Hoe wordt in deze praktijk de bedenktijd van drie dagen toegepast? Wordt het Amsterdamse model ook al in overige delen van Nederland toegepast? Zo nee, waarom niet? Zou de invoering van het Amsterdamse model en/of de twee-wegenleer wenselijk zijn? Brengt notariële interventie in de obligatoire fase extra kosten voor de (consument)koper mee?
- c. Kan verplichte notariële tussenkomst in de obligatoire fase van de koopovereenkomst een zinvolle bijdrage leveren aan het voorkomen van fraude in de wereld van onroerend goed, of zijn er daartoe andere mogelijkheden?

1.5 Onderzoeksaanpak

1.5.1 *Onderzoekactiviteiten*

De beantwoording van de onderzoeksvragen geschiedt aan de hand van desk- en literatuuronderzoek, interviews, enquêteonderzoek en rapportage. Het onderzoek heeft aldus een theoretische en een empirische dimensie.

1.5.2 *Desk- en literatuuronderzoek*

Het onderzoek is gestart met een bestudering van de parlementaire geschiedenis, literatuur en jurisprudentie van en over de Wet koop onroerende zaken.

Bij de juridische analyse van literatuur en jurisprudentie ligt de nadruk op het vinden van argumenten voor of tegen een bepaalde inzet van de hier ter zake doende regelgeving. Hierbij wordt tevens uiteengezet waarover in de praktijk wordt geprocedeerd en hoe in de rechtspraak de desbetreffende regelgeving wordt geïnterpreteerd en toegepast. Daarbij vindt gevalstudie plaats. Met betrekking tot de verschillende onderdelen van het onderzoek zijn gevaltypen onderscheiden met het doel inzicht te verkrijgen in de situaties waarin de wet wel en waarin deze niet voldoet.

Jurisprudentie vormt op twee manieren een belangrijke bron voor dit onderzoek. Ten eerste geeft de beslissing van de rechter in elke uitspraak richting aan de wijze waarop de regeling begrepen en toegepast moet worden in praktijksituaties. Ten tweede geeft het inzicht in de situaties waarin zich problemen hebben voorgedaan. Aan elke uitspraak ligt immers een praktijksituatie ten grondslag die tot een procedure heeft geleid. De hoeveelheid rechtspraak over een bepaald onderwerp geeft een voorzichtige indicatie of het probleem in de praktijk daadwerkelijk speelt of juist helemaal niet. Het past hier om de nodige voorzichtigheid te betrachten bij het formuleren van conclusies. Vele conflicten die in de praktijk spelen halen om allerlei redenen de rechtszaal niet, bijvoorbeeld omdat partijen er gezamenlijk uitkwamen of omdat het niet de moeite waard was om er een (langdurige en kostbare) procedure aan te wijden. Toch vormt jurisprudentie een waardevolle bron om de werking van de wet te illustreren.

De informatie over praktijkscenario's die naar voren komt bij de bestudering van de jurisprudentie, is weergegeven in de verschillende hoofdstukken en wel daar waar de bevindingen van belang zijn. Opvallend is dat men nauwelijks geprocedeerd heeft over de toepassing van de bedenktijd. Een enkele zaak die hier over te vinden is, gaat over de terhandstelling, ofwel de markering van de aanvang van de bedenktijd. Wel is veelvuldig geprocedeerd over het schriftelijkheidsvereiste, met name over de vraag wat de status is van mondelinge afspraken voordat de koopovereenkomst is vastgelegd in de door de wet vereiste akte. Hoewel strikt genomen niet te rekenen tot 'rechtspraak' is in het kader van dit onderzoek aandacht besteed aan arbitrage-uitspraken. In het kader van artikel 7:768 BW (de 5% regeling) bleek een groot aantal arbitrage-uitspraken beschikbaar, waaruit een aantal specifieke problemen bij de werking van de regeling blijkt. Genoemd kan bijvoorbeeld worden het probleem dat de opdrachtgever een bedrag in depot laat houden dat disproportioneel hoog is in verhouding tot de door de opdrachtnemer te herstellen gebreken.

1.5.3 Interviews

Teneinde te onderzoeken hoe de Wet koop onroerende zaken uitpakt in de praktijk, zijn mede op basis van het desk- en literatuuronderzoek interviews gehouden met vertegenwoordigers van belangenorganisaties. Dit heeft deels de vorm gekregen van een gezamenlijk gesprek. Voorafgaand aan het gesprek is aan de betrokkenen een aantal vragen toegezonden dat in de bijeenkomst aan de orde is gekomen.

Gezamenlijk geïnterviewd zijn vertegenwoordigers van Vereniging Eigen Huis (VEH), de Nederlandse Vereniging van Makelaars in onroerende goederen en vastgoeddeskundigen (NVM), de Landelijke Makelaars Vereniging. De vertegenwoordigers van de Landelijke Makelaars Vereniging gaven aan tevens te spreken namens de Vereniging Bemiddeling Onroerend goed (VBO) en de Consumentenbond.

Vervolgens zijn vertegenwoordigers van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) en het Garantie Instituut Woningbouw (GIW) afzonderlijk geïnterviewd, alsook een hoogleraar van de Vrije Universiteit te Amsterdam en een hoogleraar van de Universiteit Leiden, beiden met specifieke deskundigheid op het gebied.

Tot slot, wederom gezamenlijk, is gesproken met vertegenwoordigers van de Vereniging van Nederlandse Projectontwikkelings Maatschappijen (NEPROM), de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB), Woningborg, Bouwfonds ontwikkeling, Bouwend Nederland en Stichting Vakantiekampen (SVK). In aanvulling op de informatie die tijdens de face-to-face interviews naar voren is gekomen, zijn per e-mail reacties gekomen van bouwers. Deze waren via Bouwend Nederland per e-mail gevraagd naar ervaringen met de wet.

Het doel van deze interviewronde was het nagaan welke ervaringen deze betrokken organisaties hebben opgedaan met de Wet koop onroerende zaken, welke problemen zij al dan niet met de toepassing ervan hebben ondervonden en welke suggesties voor wijziging zij eventueel mochten hebben. Op de opmerkingen en aanbevelingen vanuit genoemde organisaties wordt in de hoofdstukken bij de bespreking van de relevante onderzoeksvragen ingegaan.

1.5.4 *Enquêteonderzoek*

Mede op basis van het desk- en literatuuronderzoek alsook de interviews zijn vragenlijsten opgesteld voor kopers, verkopers, makelaars en notarissen. Om de dataverzameling te vergemakkelijken zijn deze als elektronische enquêtes onder de van belang zijnde groepen uitgezet.

Na de bestudering van de literatuur, parlementaire geschiedenis en rechtspraak zijn de onderwerpen gekozen en vragen geformuleerd. Ten einde inzicht te verkrijgen in mogelijke verschillen tussen verkoop met een notaris in de obligatoire fase en zonder notaris in die fase is daarbij onderscheid gemaakt tussen partijen binnen Amsterdam en buiten Amsterdam. In Amsterdam bestaat immers al langer het gebruik om de notaris in de obligatoire fase in te schakelen. Over de opzet en de inhoud van de vragenlijsten is overleg gevoerd met de leden van de begeleidingscommissie. Ook zijn de vragenlijsten ter revisie voorgelegd aan enkele collega's van het onderzoeksteam met een psychologische of sociologische achtergrond.

Het betreft een vijftal enquêtes uitgezet bij (1) kopers/verkopers, (2) makelaars buiten Amsterdam, (3) makelaars binnen Amsterdam, (4) notarissen buiten Amsterdam en (5) notarissen binnen Amsterdam. Hierbij wordt zowel op de koop van bestaande bouw als op de koop van nieuwbouw gefocust. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen transacties van onroerend goed die plaatsvonden voor invoering van de Wet koop onroerende zaken, en transacties die meer recent plaatsvonden. Uiteraard wordt ook naar de aard van de onroerende zaak – bestaande bouw, nieuwbouw, woning of anderszins – en de hoedanigheid van de koper – al dan niet consument – onderscheiden. Er zijn zo veel mogelijk open vragen geformuleerd. Een aantal gesloten vragen heeft als doel de respondenten enige richting te geven.

Er zijn geen aselechte steekproeven getrokken, maar er is gericht gezocht naar respondenten, waardoor we niet kunnen spreken van een representatieve steekproef. Dit was ook niet noodzakelijk voor het doel van dit onderzoeksdeel, namelijk het genereren van meer inzicht in de praktijk en illustraties daarvan. De gehanteerde vragenlijsten zijn gedurende vier weken beschikbaar gesteld via <http://www.digitalevragenlijsten.nl/huizenmarkt>. Makelaars en notarissen zijn benaderd door middel van brancheorganisaties. Kopers en verkopers zijn benaderd via makelaars en notarissen, oproepen op internet-websites en persoonlijke netwerken van de onderzoekers. Het totale aantal respondenten is 391 en is als volgt verdeeld over de verschillende groepen:

- Makelaars buiten Amsterdam: 21
- Makelaars in Amsterdam: 54
- Notarissen buiten Amsterdam: 92
- Notarissen in Amsterdam: 25
- Koper/verkoper: 199

Opvallend is de relatief hoge respons onder de makelaars in Amsterdam. Ons vermoeden is dat dit is veroorzaakt door het feit dat in Amsterdam een aparte makelaarsvereniging actief is (naast de landelijke organisaties). Deze vereniging heeft haar leden via haar website en daarnaast ook actief opgeroepen deel te nemen aan de enquête, wat naar wij menen de oorzaak is van de hoge respons. Het bereiken van makelaars buiten Amsterdam om daarmee de respons te verhogen bleek lastig, omdat deze niet, zoals in Amsterdam, via een specifieke organisatie benaderd konden worden.

De relatief hoge respons wat betreft kopers/verkopers is mede toe te schrijven aan het feit dat de onderzoekers mensen in hun omgeving, waarvan bekend was dat ze (recent) een huis gekocht of verkocht hadden, persoonlijk hebben gevraagd deel te nemen. Verder is de enquête met een link onder de aandacht gebracht van medewerkers van de Universiteit Utrecht en de Faculteit REBO, door middel van de universitaire en de facultaire website. Er is een oproep geplaatst in het U-blad, gelezen door medewerkers en studenten van de Universiteit Utrecht (oplage 18.100). Dit is een selectieve groep, namelijk veel hoog opgeleiden.

In hoofdstuk VIII worden de resultaten van het enquêteonderzoek besproken. De vragenlijsten zijn als bijlage bijgevoegd.

1.6 Politieke en commerciële lading

Bij het doen van het onderzoek naar de meest optimale bescherming van de belangen van de koper zijn de onderzoekers zich bijzonder bewust geweest van de politieke en commerciële lading die de onderhavige materie heeft. Reeds in de totstandkomingsgeschiedenis van de Wet koop onroerende zaken werd dit veelvuldig gememoreerd.

Zo meldde Minister Donner in 2003 aan de Eerste Kamer dat in zijn ogen de KNB met oneigenlijke motieven pleitte voor de verplichte notariële interventie.

‘Het notariaat pleit, vermoedelijk ook nu nog, alleen maar voor verplichte notariële tussenkomst om zo een verdedigingslinie op te werpen voor het behoud van de verplichte notariële transportakte. Dat is althans de teneur aan het begin van het proces van een artikel van de heer Van Velten in de nieuwsbrief van de KNB van augustus 1991. Dat is een oneigenlijk argument om een verplichte notariële interventie op het punt van de koopakte te realiseren.’¹

Daarbij verdient opmerking dat nergens door de Minister vraagtekens worden gezet bij de motieven van bijvoorbeeld de makelaarsorganisaties om tegen verplichte notariële interventie te pleiten.

Ook bij deze evaluatie is wederom duidelijk geworden welke belangen er met de betrokken wetgeving gemoeid zijn. Dat blijkt onder meer uit het feit dat gedurende het onderzoek diverse belangenorganisaties contact hebben gelegd met de Vaste Kamercommissie van Justitie teneinde hun visie op de onderhavige evaluatie nogmaals nadrukkelijk voor het voetlicht te brengen. Het ligt voor de hand dat alle belangenorganisaties in hun argumentatie ‘voor eigen parochie’ hebben gepreekt, in die zin dat hun motieven om de belangen van de koper te beschermen en fraude te bestrijden niet los kunnen worden gezien van hun (financiële) belangen bij de diverse opties. Tevens is helder dat een aantal organisaties de handen ineen heeft geslagen bij het bereiken van het gewenste doel.

Nu bij de gesprekken die de onderzoekers ter gelegenheid van deze evaluatie met de diverse belangenorganisaties hebben gevoerd veelvuldig is teruggegrepen op destijds aangevoerde argumenten, ligt het in de rede om in ieder geval deels de destijds gevoerde discussie en aangevoerde argumenten te herhalen.

1.7 Rapportage

Bij de beantwoording van de onderzoeksvragen komen de ter zake doende juridische leerstukken en handhavingaspecten aan bod, worden de (on)gewenste effecten en neveneffecten van de verschillende opties besproken en worden waar relevant de aan de opties verbonden kosten geraamd. Op deze basis wordt een analyse gemaakt van voor- en nadelen van de verschillende alternatieven. Daarnaast wordt in kaart gebracht aan welke voorzieningen op het onderhavige terrein behoefte blijkt te bestaan.

In hoofdstuk II komt het vormvereiste aan de orde. Daarin wordt ook de huidige reikwijdte van de door de Wet koop onroerende zaken ingevoerde combinatie van waarborgen – bestaande uit het schriftelijkheidsvereiste, de bedenktijd en de mogelijkheid tot inschrijving van de koop in de openbare registers – besproken. Hoofdstuk III betreft de bedenktijd, en hoofdstuk IV de mogelijkheid van inschrijving van de koopovereenkomst in de openbare registers (de Vormerkung). Hoofdstuk V stelt de 5%-regeling van artikel 7:768 BW aan de orde. Daarop wordt in hoofdstuk VI besproken of het wenselijk is alsnog te kiezen voor verplichte notariële tussenkomst in de obligatoire fase van de koopovereenkomst. In hoofdstuk VII wordt bijzondere aandacht besteed aan de fraudebestrijding. In hoofdstuk VIII worden de bevindingen uit de interviews gepresenteerd en worden de resultaten van het enquêteonderzoek

¹ Handelingen 2002-2003, nr. 27, EK, p. 831.

uiteengezet. Hoofdstuk IX bevat een slotbeschouwing waarin de onderzoeksbevindingen alsook de beantwoording van de onderzoeksvragen worden samengevat.

**HOOFDSTUK II HET SCHRIFTELIJKHEIDSVEREISTE VAN
ARTIKEL 7:2 BW**

2.1 Ter inleiding

In dit hoofdstuk staat het schriftelijkheidsvereiste centraal. Dit vormvoorschrift is door de Wet koop onroerende zaken per 1 september 2003 ingevoerd voor de koop van een woning door een consument. Bepaald is in artikel 7:2 lid 1 BW dat in het geval de koper een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, de koop van een tot bewoning bestemde onroerende zaak of bestanddeel daarvan voortaan schriftelijk dient te worden aangegaan. Hetzelfde vormvereiste geldt krachtens artikel 7:766 lid 1 BW voor overeenkomsten met betrekking tot aanneming van werk voor de bouw van een woning in opdracht van een consument.

De vraagstelling die in dit hoofdstuk ter beantwoording voorligt luidt:

- a. Is de invoering van het vormvereiste van schriftelijkheid zoals neergelegd in de artikelen 7:2 en 7:766 lid 1 BW doeltreffend gebleken?
- b. Hebben zich problemen voorgedaan bij de toepassing en sanctionering van het vormvoorschrift?
- c. Is het wenselijk dat de koop op elektronische wijze tot stand kan komen?
- d. Zijn de voornoemde bepalingen die schriftelijkheid voorschrijven, voldoende omschreven of dient de gehanteerde definiëring te worden aangepast?
- e. Is er reden tot uitbreiding van het vormvereiste van een schriftelijke koopovereenkomst, ook indien de koop niet op een tot woning bestemde onroerende zaak betrekking heeft, en ook als de koper niet een 'consument' is? En voorts als er geen sprake is van een overeenkomst tot aanneming van de bouw van een nieuwbouwwoning in opdracht van een consument?

De hierin besloten liggende kernvraag is of de regeling voldoet.

De beantwoording van de vraagstelling vraagt allereerst om een onderzoek naar de doelstellingen van invoering van het vormvoorschrift. Vervolgens moet worden bekeken hoe de regeling in de praktijk uitpakt. Op basis daarvan kan worden geëvalueerd of de doelstellingen zijn bereikt en voorts of een evenwichtige afweging tussen de belangen van de betrokken partijen is gewaarborgd. Tevens wordt geïnventariseerd of er technisch juridische knelpunten zijn en hoe deze mogelijk kunnen worden opgelost.

2.2 Inhoud en reikwijdte van het vormvoorschrift

Bepaald is in 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.
3. De leden 1-2 zijn van overeenkomstige toepassing op de koop van deelnemings- of lidmaatschapsrechten die recht geven op het gebruik van een tot bewoning bestemde onroerende zaak of bestanddeel daarvan.
4. Van het in de leden 1-3 bepaalde kan niet ten nadele van de koper worden afgeweken, behoudens bij een standaardregeling als bedoeld in artikel 214 van Boek 6.
5. De leden 1-4 zijn niet van toepassing op huurkoop en koop op een openbare veiling ten overstaan van een notaris. Zij zijn evenmin van toepassing op een koop als bedoeld in artikel 48a onder a.

Voor de bouw van een woning in opdracht van een particulier bepaalt artikel 7:766 BW:

1. Een overeenkomst als bedoeld in artikel 7:765 BW wordt schriftelijk aangegaan.
2. De tussen partijen opgemaakte akte of een afschrift daarvan moet aan de opdrachtgever ter hand worden gesteld, desverlangd tegen afgifte aan de aannemer van een gedateerd ontvangstbewijs. Gedurende drie dagen na deze terhandstelling heeft de opdrachtgever het recht de koop te ontbinden. Komt, nadat de opdrachtgever van dit recht gebruik gemaakt heeft, binnen zes maanden tussen dezelfde partijen met betrekking tot dezelfde te bouwen woning opnieuw een koop tot stand, dan ontstaat het recht niet opnieuw.
3. De leden 1-2 zijn van overeenkomstige toepassing indien de overeenkomst strekt tot de bouw van een woning op grond die de opdrachtgever reeds toebehoort, en de overeenkomst niet met de koop van deze grond in verband staat.

Het bedoelde vormvoorschrift is dus van toepassing op de koop van een woning door een particulier alsook op de bouw van een woning in opdracht van een particulier. De leden 1 en 2 van deze bepalingen in samenhang gelezen leren voorts dat met het schriftelijkheidsvereiste wordt bedoeld op één door beide partijen ondertekend document.¹ De precieze betekenis van de gebruikte terminologie en daarmee de reikwijdte van de bepalingen komen hieronder in paragraaf 2.7 aan bod.

2.3 Doelstellingen van het vormvoorschrift

Het schriftelijkheidsvereiste is een inbreuk op het beginsel dat contracten vormvrij tot stand komen. In het algemeen kan een schriftelijkheidsvereiste verschillende doelstellingen hebben die deze inbreuk rechtvaardigen, de belangrijkste zijn de rechtszekerheid tussen partijen en/of ten opzichte van derden en de bevordering van een goede wilsvorming bij partijen.² De laatstgenoemde doelstelling (de goede wilsvorming) bergt verschillende aspecten in zich. Ten eerste de signaalfunctie of waarschuwingfunctie; het schriftelijkheidsvereiste kan beschermen tegen onberadenheid en overijling.³ Ten tweede omvat het de bescherming van de partij die zich ten opzichte van de andere in een zwakke positie bevindt. Ten derde vervult het vereiste een functie bij het volledig kunnen vormen van de wil met betrekking tot alles wat bij de koop komt kijken.⁴ Daarmee ziet het op het voorkomen van een onjuiste voorstelling van zaken (en daarmee een beroep op dwaling).⁵

In de parlementaire geschiedenis zijn verschillende doelstellingen terug te vinden voor het in artikel 7:2 BW gestelde schriftelijkheidsvereiste:

1. *Rechtszekerheid ten dienste van de bedenktijd*

Het vormvoorschrift maakt duidelijk op welk moment de bedenktijd ingaat; de ter hand stelling van de akte is het moment dat deze begint te lopen.

Kamerstukken II 1995-96, 23 095, nr. 5, p. 4, 8;
Kamerstukken II 2000-01, 23 095, nr. 10, p. 27;
Kamerstukken I 2001-02, 23 095, nr. 178b, p. 4;
Kamerstukken I 2002-03, 23 095, nr. 38a, p. 18.

Naast het markeren van het moment dat de bedenktijd gaat lopen, brengt het schriftelijkheidsvereiste mee dat duidelijk is waarop de koper zich (gedurende de bedenktijd) moet beraden. De inhoud staat immers op schrift en kan eventueel aan deskundigen worden voorgelegd.

¹ *Bijlage Handelingen I 2002-2003, 23 095, nr. 38a, p. 5.*

² Breedveld-de Voogd 2007, p. 42.

³ Asser-Hartkamp 4-II 2005, nr. 219.

⁴ Hierbij kan worden opgemerkt dat de rol van het schriftelijkheidsvereiste zonder dat bij de koop deskundigen zijn betrokken in het kader van dit laatste aspect niet overschat dient te worden.

⁵ Breedveld-de Voogd 2007, p. 41-46.

Kamerstukken II 1992-93, 23 095, nr. 3, p. 39;
Kamerstukken II 2000-01, 23 095, nr. 10, p. 27;
Kamerstukken I 2001-02, 23 095, nr. 178b, p. 4;
Kamerstukken I 2002-03, 23 095, nr. 38a, p. 18.

2. Rechtszekerheid in het algemeen

Het schriftelijkheidsvereiste dient daarnaast ook de rechtszekerheid in het algemeen. Het verschaft duidelijkheid over de vraag of, en zo ja, wanneer er een overeenkomst tot stand is gekomen, en wat de inhoud daarvan is. Zekerheid hieromtrent is in het belang van de koper, de verkoper maar ook van andere gegadigden. Dit voorkomt belasting van het rechterlijke apparaat met geschillen over al dan niet tot stand gekomen mondelinge koopovereenkomsten en bespaart daarmee maatschappelijke kosten.

Kamerstukken II 1995-96, 23 095, nr. 5, p. 6, 8 en 13;
Kamerstukken I 2001-02, 23 095, nr. 178b, p. 4 en 11;
Kamerstukken II 2000-01, 23 095, nr. 10, p. 27.

De doelstelling van het wettelijk vormvoorschrift is aldus tweeledig. In de eerste plaats is het opgenomen ten dienste van de bedenktijd. Duidelijk dient te zijn wanneer deze begint te lopen en waarop de koper zich gedurende deze tijd dient te beraden. De aannahme dat dit het hoofddoel van het wettelijk vormvoorschrift is, vloeit voort uit het feit dat schriftelijkheid enkel is voorgeschreven ten aanzien van overeenkomsten gesloten door particuliere kopers van een woning, en het bepaalde in artikel 7:2 lid 4 BW als gevolg waarvan niet ten nadele van de koper van deze bepaling kan worden afgeweken. Daarnaast blijkt uit de parlementaire geschiedenis dat de wetgever als belangrijk nevensdoel de rechtszekerheid in het algemeen op het oog heeft gehad.

2.4 Praktische betekenis van het vormvoorschrift

Het schriftelijkheidsvereiste is, zoals aangegeven, mede (of hoofdzakelijk) ingevoerd in verband met de bedenktijd. De bedenktijd dient er toe om de koper te beschermen tegen overhaast genomen beslissingen en hem de mogelijkheid te bieden om deskundigen in te schakelen.⁶ Het schriftelijkheidsvereiste heeft tot gevolg dat de koper ook vóór het tot stand komen van de overeenkomst meer tijd krijgt om zich op de overeenkomst te beraden en om deskundigen in te schakelen.⁷ Doorgaans gaat aan de ondertekening van de koopakte een fase vooraf waarin aan de koper een conceptakte wordt gestuurd.⁸ De conceptakte biedt de koper vóór het sluiten van de overeenkomst, en daarmee ook voordat de bedenktijd ingaat, de mogelijkheid zich op basis van een schriftelijk stuk te beraden, en als daar behoefte aan is, kan hij dit stuk aan een deskundige voorleggen. Deze precontractuele ‘bedenktijd’ heeft een belangrijk voordeel ten opzichte van de postcontractuele bedenktijd, zoals neergelegd in artikel 7:2 lid 2 BW. In de drie dagen bedenktijd na het ter hand stellen van de akte heeft de koper enkel de optie om volledig te ontbinden. De verkoper is daarna weer vrij om met deze, maar ook met andere gegadigden in zee te gaan. De koper heeft in de wettelijke bedenktijd niet de mogelijkheid om één of twee bepalingen te wijzigen of toe te voegen, het is in die fase alles of niets.⁹ In de fase dat de koopakte zich nog in een conceptstadium bevindt, behoort het aanbrengen van wijzigingen of aanpassingen nog wel tot de mogelijkheden.

De precontractuele ‘bedenktijd’ bestaat niet als de koper (of verkoper!) een akte onder zijn neus gedrukt krijgt en onder druk wordt gezet om te tekenen, zodra mondeling overeenstemming is bereikt. In dat geval kan de wettelijke bedenktijd van artikel 7:2 lid 2 BW uitkomst bieden. Echter, hier wordt voor een deel ook in bescherming voorzien door het leerstuk van de wilsgebreken, waaronder in het bijzonder de bepaling van artikel 3:44 BW inzake misbruik van omstandigheden. De minister meent dat deze algemeen

⁶ Vergelijk opmerkingen van de minister in deze zin, *Kamerstukken I*, 2002-2003, 23 095, nr. 38a, p. 4. Zie uitgebreid hierna hoofdstuk III.

⁷ Zo ook door de minister signaleerd, zie *Kamerstukken I*, 2002-2003, 23 095, nr. 38a, p. 13. de leden van D66 duiden deze periode aan als een ‘informele bedenktijd’, zie *Kamerstukken II*, 1995-1996, 23 095, nr. 7, p. 3.

⁸ Ook is mogelijk dat de koper de conceptakte opstelt, maar dit lijkt minder voor te komen.

⁹ Althans, formeel is dit het geval. Dit is anders als de verkoper met de wijzigingen of toevoegingen akkoord gaat, om te voorkomen dat de koper een beroep doet op de bedenktijd.

contractrechtelijke bescherming voor wat betreft de zijde van de verkoper volstaat.¹⁰ Als gevolg van de bedenktijd heeft de koper een aanvullende bescherming tegen situaties waarin onder druk wordt gecontracteerd. De vraag is of de extra bescherming die de koper wordt geboden door de hem ten dienste staande wettelijke bedenktijd, naast artikel 3:44 BW en de overige bepalingen met betrekking tot wilsgebreken, gerechtvaardigd is. Het verschil in bescherming van koper respectievelijk verkoper is mogelijk te rechtvaardigen door erop te wijzen dat de koper een grote informatieachterstand heeft met betrekking tot de woning. Daarnaast heeft de verkoper zich al voordat hij zijn onroerende zaak te koop zette, kunnen beraden op de juridische en financiële aspecten die daarbij komen kijken. De koper heeft om die reden meer behoefte aan advies, en bescherming dan de verkoper.¹¹ Toch kan het ook voor de verkoper (die vaak een particulier is) van belang zijn zich op een schriftelijk stuk te beraden en hiervoor nader advies te vragen, bijvoorbeeld met betrekking tot de voorwaarden die de koper wenst op te nemen. Door de schriftelijkheidseis heeft ook de verkoper een zogenaamde informele ‘bedenktijd’, die hem deze mogelijkheid verschaft.

De conclusie die kan worden getrokken is dat het vormvoorschrift van artikel 7:2 BW in veel gevallen ook zonder dat daaraan een bedenktijd is gekoppeld in bescherming tegen overijling voorziet en partijen de mogelijkheid biedt zich op een schriftelijk stuk te beraden.¹² Los van de vraag of dit de bedoeling is geweest van de wetgever, beschermt het voorschrift zodoende de zwakke partij zonder bij voorbaat vast te leggen of dit de koper of de verkoper is. Ook de verkoper heeft immers in de conceptfase de mogelijkheid zich te beraden. Dit effect ondervangt het probleem dat de bedenktijd van drie dagen in feite te kort is om daadwerkelijk op de koop te beraden en een deskundige in te schakelen.¹³ Deze conclusie gaat er van uit dat zowel de koper als de verkoper zich, voordat de koopovereenkomst definitief is vastgelegd in een door beide partijen ondertekende akte, kunnen terugtrekken. Over de status van mondelinge afspraken zie hierna uitgebreid paragraaf 2.6.2.

Uit interviews met vertegenwoordigers van belangenorganisaties (NVM, de landelijke makelaarsvereniging en Vereniging Eigen Huis) komt naar voren dat het schriftelijkheidsvereiste positief wordt beoordeeld. Genoemd zijn de verbeteringen die het heeft opgeleverd op het gebied van zekerheid, met name met betrekking tot de vraag op welk moment de koopovereenkomst precies tot stand is gekomen.

Het enquêteonderzoek laat zien dat kopers en verkopers de schriftelijkheidsvereiste zinvol achten met betrekking tot de zekerheid aangaande de inhoud van de overeenkomst. Ook wordt aangegeven dat het van belang wordt geacht om zekerheid te hebben over de start van de bedenktijd. Daarnaast wordt het zinvol geacht met betrekking tot het overdenken van de genomen beslissing. Het schriftelijkheidsvereiste wordt in ieder geval gezien als onderdeel van een beschermingsconstructie die hun belangen waarborgt. Een aantal respondenten is van mening dat enkel het enkele schriftelijkheidsvereiste afdoende is om te voorzien in bescherming.

2.5 Problematische (praktijk-)scenario's met betrekking tot het vormvoorschrift

2.5.1 *Ter inleiding*

Uit het onderzoek is naar voren gekomen dat zich rechtsonzekerheid heeft voorgedaan, met name met betrekking tot de vraag wat de betekenis is van mondelinge afspraken. Hieronder worden de problemen die zich hebben voorgedaan en die zich kunnen voordoen uiteengezet. Vervolgens worden in paragraaf 2.6 oplossingsrichtingen aangereikt.

¹⁰ *Kamerstukken I*, 2002-2003, 23 095, nr. 38a, p. 17.

¹¹ *Kamerstukken I*, 2002-2003, 23 095, nr. 38a, p. 17.

¹² In die gevallen waarin één van de partijen een akte onder zijn neus gedrukt krijgt en in gevallen waarin slechts een provisorisch schriftelijk stuk wordt gebruikt gaat deze conclusie niet op.

¹³ Zie hierover nader hoofdstuk III.

2.5.2 *Mondelinge afspraken*

Een denkbaar probleem is dat één van de partijen zich terugtrekt nadat mondeling over de belangrijkste punten overeenstemming is bereikt, maar voordat een schriftelijke koopovereenkomst tot stand is gekomen. De rechtspraktijk toont dat dit scenario zich ook daadwerkelijk voordoet.¹⁴

Vzngr Rb. Leeuwarden 8 oktober 2004, LJN AR3587: na een echtscheiding moet de echtelijke woning worden verkocht. Mondeling wordt overeenstemming bereikt over de prijs, maar de akte wordt in verband met een vakantie nog niet opgemaakt. In de tussentijd vindt de man zelf financiering om het gedeelte van zijn ex over te nemen. Hij wil niet meewerken aan de verkoop, omdat hij het huis zelf wil houden.

Rechtbank Dordrecht 2 februari 2005, LJN AS4859: mondeling was overeenstemming bereikt over de prijs van de te verkopen woning. De verkoper wil niet meewerken omdat de verkoop volgens hem afhangt van de vraag of hij een nieuwe baan kan krijgen en dat veel andere zaken nog te onduidelijk waren om van een perfecte koop te kunnen spreken.

Vzngr Rb Utrecht 17 maart 2005, LJN AT0954: een potentiële koper heeft een koopoptie en aanvaardt binnen de termijn het aanbod van de verkoper. Vlak daarvoor was het huis aan een andere koper verkocht, van welke koop ook een akte is opgemaakt.

Vzngr Rb Maastricht, 2 mei 2005, LJN AT5938: via een makelaar wordt onderhandeld over de koop van een woning. Over en weer worden bedragen genoemd totdat partijen het eens zijn over de prijs en de leveringsdatum. Koper stelt dat er mondeling wilsovereenstemming is bereikt, verkoper is het hiermee niet eens en heeft het huis aan een ander verkocht.

Rb Zutphen, 22 november 2005, LJN AV0536: een moeder van zeven kinderen wil haar deel van de woonboerderij aan één van hen verkopen. Met behulp van loting wordt vastgesteld wie daarvoor in aanmerking komt. Afgesproken wordt dat de koop geschiedt onder de voorwaarde van de vestiging van een voorkeursrecht tot koop in de eerste plaats voor de kinderen van de koper, daarna de moeder zelf en daarna de andere kinderen van de verkopende moeder. De moeder gaat akkoord met doorverkoop door de koper van het huis aan zijn bedrijf, voor zover dat 'safe' is. Later acht de moeder dit niet safe, omdat het bedrijf failliet zou kunnen gaan. Zij wil niet meewerken aan de verkoop.

Vzngr Rb Haarlem, 19 maart 2006, LJN AV9072: de erven van de eigenaar van een woonboerderij willen de boerderij verkopen. Via de makelaar wordt met één van de erven overeenstemming bereikt, onder de ontbindende voorwaarde dat een schoongrond-verklaring wordt verkregen. De verkopende makelaar verstuurd naar de kopers een conceptakte, met de mededeling dat dezelfde dag met de akte akkoord dient te worden gegaan, anders de koopovereenkomst als ontbonden te beschouwen en vrij te zijn om met anderen te onderhandelen. De akte komt niet tot stand, maar de kopers zijn van mening dat er wel een koopovereenkomst is en leggen beslag om levering te verkrijgen.

Vzngr Rb Arnhem 20 maart 2006, LJN AW2754: via een makelaar wordt onderhandeld over de koop van een woning. Mondeling wordt overeenstemming bereikt over de prijs en de makelaar stelt een conceptakte op. De verkoper weigert te ondertekenen en stelt dat de onderhandelingen nog in de oriënterende fase waren. De koper kon volgens hem weten dat het nog niet rond was, omdat met hem over een geschil met de bank over de hypotheek was gesproken. Koper is daarentegen van mening dat er mondeling een overeenkomst tot stand is gekomen.

Vzngr Rb Haarlem 24 mei 2006, LJN AX4870: partijen onderhandelen over de verkoop van een woonhuis. Met betrekking tot object, prijs datum van levering en ontbindende voorwaarden wordt overeenstemming bereikt en door de notaris wordt een conceptakte opgesteld. De verkoper verkoopt de woning uiteindelijk (voor veel minder dan door de potentiële koper was geboden) aan de BV waar hij zelf aandeelhouder in is.

Vzngr Rb Haarlem 6 juni 2006, LJN AX7093: nadat een relatie is verbroken moet de gezamenlijke woning verkocht worden. De makelaar laat weten dat de verkopers 265.000,- willen voor het huis. Kopers stemmen hiermee in en laten de notaris een conceptakte opstellen. Verkoper is echter van mening dat het bod was gedaan onder de voorwaarde dat geen financiering verkregen zou kunnen worden om de woning zelf van de

¹⁴ Veel zaken werden gesignaleerd en besproken door Van Velten, zie van Velten 2005a, 2005b, 2006 en 2007.

ex te kopen, dat dit ten onrechte niet door de makelaar gecommuniceerd is, en weigert mee te werken aan de verkoop.

Rb Leeuwarden 29 juni 2006, LJN AX9937: telefonisch en per mail wordt onderhandeld over de verkoop van een recreatiewoning. Partijen worden het eens over de prijs, maar de verkoper wil over een aantal punten nog nader overleg (opleverdatum, makelaarskosten, overname van de inboedel). De koper stelt dat er een overeenkomst tot stand is gekomen, de verkoper wil niet meewerken aan de verkoop.

Vznr Rb Arnhem 7 juli 2006, LJN: AY4055: een weduwe wil de echtelijke woning verkopen. Er wordt met een gegadigde overeenstemming bereikt over de prijs, leveringsdatum, financieringsvoorbehoud en overname van goederen. Dit wordt per fax bevestigd, daarnaast is mondeling als opschortende voorwaarde overeengekomen dat toestemming van de erven (de kinderen) ten aanzien van de prijs zou worden verkregen. Deze wordt verkregen, maar verkoper wil de koopakte vervolgens niet ondertekenen, omdat ook als voorwaarde zou gelden dat de nalatenschap eerst verdeeld moest worden.

Rb Amsterdam 2 mei 2008, LJN BD6779: partijen onderhandelen over de koop van een woning in Amsterdam en bereiken overeenstemming over de prijs. Door de notaris wordt een concept koopakte opgesteld en aan partijen gestuurd. Verkoper trekt zich dan alsnog terug.

Ook is het mogelijk dat een partij de mondelinge afspraken wil wijzigen of iets wil toevoegen. Bijvoorbeeld, een nooit eerder besproken anti-speculatiebeding of een ontbindende voorwaarde wordt ingevoegd als de akte wordt opgemaakt.

Vznr. Rb Haarlem 9 juli 2004, *NJF* 2004, 503: vlak voor de ondertekening wenst de verkoper nog een ontbindende voorwaarden op te nemen.

Rb Zutphen 8 juli 2005, LJN AU0149, verkoper liet in de concept akte een niet eerder besproken anti-speculatiebeding opnemen. Koper vordert medewerking aan het opstellen van de akte zonder dit beding.

De vraag in al deze zaken is of de verkoper aan de mondeling overeengekomen afspraken gehouden kan worden. Daarmee hangt samen, of daaraan gaat vooraf, de vraag of er overeenstemming is bereikt. Indien de overeenkomst niet schriftelijk is vastgelegd kan het erg lastig zijn vast te stellen of dat het geval is.

Gerechtshof Leeuwarden 19 maart 2008, LJN BC7658: per telefoon en e-mail hebben partijen contact over de aankoop van een woning met vraagprijs 535.000. In een telefoongesprek had de verkoper aangegeven te willen zakken naar 521.000 de potentiële koper geeft in het zelfde gesprek aan zijn bod te willen verhogen naar 513.000, wat neerkomt op afwijzing van het bod van de verkoper en het doen van een nieuw aanbod. Verkoper accepteert dit aanbod niet, waarop koper aangeeft het bod van 521.000 te accepteren. Niet duidelijk is of de verkoper dit eerdere bod na de afwijzing van het tegenbod van de koper heeft herhaald. Mailberichten geven geen duidelijkheid, met nader getuigenverhoor zou vast gesteld moeten worden of mondeling een overeenkomst tot stand is gekomen.

Ook indien aan één van beide zijden sprake is van wilsonbreken, ofwel één van beide partijen wilde zich eigenlijk niet binden, kan mogelijk gesproken worden van mondelinge overeenstemming, namelijk op grond van het gerechtvaardigde vertrouwen van de één dat de ander zich wilde binden en dat van wils-overeenstemming sprake is, zie artikel 3:33 jo 3:35 BW.

In alle gevallen in de hierboven gesignaleerde rechtspraak is het de koper die de verkoper aanspreekt. Als gevolg van de bedenktijd, zoals neergelegd in artikel 7:2 BW, heeft het immers geen zin de koper te verplichten om mee te werken aan het opstellen van de akte. Deze zal zich namelijk nadat de akte is opgesteld, getekend en ter hand is gesteld, binnen de bedenktijd kunnen beroepen op zijn ontbindingsrecht. De koper bevindt zich in dit opzicht in een aanzienlijke betere positie dan de verkoper; de bedenktijd heeft tot gevolg dat de koper op geen enkele manier onder druk gezet kan worden om zijn mondelinge toezeggingen gestand te doen of om mee te werken aan het opstellen van een akte. Op dit punt is de balans tussen koper en verkoper (ernstig) verstoord.

De rechtspraktijk ziet zich ten eerste gesteld voor de vraag of en op welk moment sprake is van mondelinge bereikte (wils)overeenstemming en vervolgens voor de vraag of de partijen aan deze afspraken gehouden kunnen worden indien deze niet zijn vastgelegd in een akte.

Notarissen en makelaars die de enquêtes hebben ingevuld geven aan dat het af en toe voorkomt dat partijen afspraken willen wijzigen nadat mondelinge overeenstemming is bereikt. Vertegenwoordigers van de belangenorganisaties (NVM, Vereniging Eigen Huis en Landelijke Makelaars Vereniging) geven aan de problemen die zich hieromtrent voordoen te herkennen, maar geven tevens aan dat de rechtspraak deze inmiddels heeft opgelost. Uit rechtspraak die over dit punt beschikbaar is volgt dat de verkoper niet aan mondelinge toezeggingen gehouden kan worden zolang dit niet is vast gelegd in een akte (deze rechtspraak komt aan de orde hierna in paragraaf 2.6.2).

Een nadelige consequentie van het schriftelijkheidsvereiste is dat de particuliere koper ten opzichte van een zakelijke koper in een minder gunstige positie verkeert bij het sluiten van de koopovereenkomst. Aangezien het vormvoorschrift enkel geldt voor de koop van een woning door particulieren, kan een particulier een verkoper in beginsel niet aan mondelinge toezeggingen houden, terwijl een zakelijke koper dezelfde verkoper wél aan mondelinge afspraken kan houden. Dat betekent dat de volgende situatie zich kan voordoen:

Een particulier bereikt mondelinge overeenstemming met een verkoper. Nog voordat de koopakte is opgesteld, komt dezelfde verkoper met betrekking tot hetzelfde object tot mondelinge overeenstemming met een zakelijke koper.

In deze casus is de status van de mondelinge afspraken met de particulier onzeker, maar de mondelinge afspraak met de zakelijke partij kan (mits deze kan worden bewezen) zonder meer rechtens worden afgedwongen. Dit is, zoals ook gesignaleerd door Van Velten, een ongelukkige consequentie van de invoering van de bedenktijd en de daarmee samenhangende schriftelijkheidseis voor particuliere kopers.¹⁵

2.5.3 *Gebruik en misbruik van het vormvoorschrift*

Hierboven is reeds gesignaleerd dat het schriftelijkheidsvereiste in de praktijk een precontractuele ‘bedenktijd’ met zich brengt doordat er een fase aan de totstandkoming vooraf gaat waarin concept akten worden uitgewisseld, en er enige tijd overheen kan gaan voordat de definitieve akte is getekend. De partijen kunnen deze periode gebruiken om zich nader op de (ver)koop van de desbetreffende woning te beraden, maar tegelijkertijd kunnen ze in deze periode ook naar andere mogelijkheden kijken. Door verschillende omstandigheden kan het zijn dat de koop dan alsnog niet rond komt, bijvoorbeeld omdat de verkoper in die tijd een beter bod van een andere koper ontvangt, of omdat de koper een aantrekkelijker geprijsd object vindt.

Mondelinge overeenstemming bereikt over de prijs. Nog voordat de akte is opgesteld en ondertekend, laat de (makelaar van de) verkoper weten inmiddels een hoger bod te hebben gekregen en alleen te willen meewerken aan het opstellen van de akte indien de koper bereid is meer te betalen.

Dit ligt in het verlengde van het hierboven gesignaleerde probleem van de (on)gebondenheid aan mondelinge afspraken. Er is een langere precontractuele fase en er is minder snel of zelfs geen gebondenheid aan een gegeven woord. Dit geeft meer ruimte om zich om eigenlijke, maar ook oneigenlijke redenen aan de onderhandelingen of aan mondelinge gemaakte afspraken te onttrekken.

Tijdens de interviews met de vertegenwoordigers van belangenorganisaties werd opgemerkt dat waar op het eerste gezicht problemen zijn met de status van mondelinge afspraken, de problemen in werkelijkheid door andere factoren worden veroorzaakt. Hier kan uit worden afgeleid dat het schriftelijkheidsvereiste kan worden gebruikt om de onderhandelingen weer open te breken, omdat er iets is tussengekomen. De vraag is of dit als problematisch moet worden gezien; juist bij de koop van een woning waar veel bij komt

¹⁵ Van Velten 2004a, p. 313.

kijken is het wellicht goed dat partijen niet zijn gebonden totdat alles op papier staat en dat tussentijdse gebeurtenissen nog meegenomen kunnen worden in de onderhandelingen.

De aan de juridische gemeenschap voorgelegde vragen zijn of dat zonder meer mogelijk is en wat de eventuele consequenties daarvan zouden moeten zijn.

2.5.4 Nadere afspraken of wijzigingen na het opmaken van de akte

Voorstelbaar is dat partijen het eens zijn over de tekst van de akte en dat deze zonder problemen tot stand komt, maar dat daarnaast mondeling enkele nadere afspraken worden gemaakt. Door verschillende omstandigheden kan verzuimd worden deze in de akte op te nemen, bijvoorbeeld om praktische redenen, de akte was al opgemaakt, maar aan enkele details was niet eerder gedacht, of de afspraken waren telefonisch gemaakt en vergeten was ze ook nog eens op te nemen in de akte.

In de akte is opgenomen dat een woning op 1 februari 2009 leeg opgeleverd moet worden. Door drukte komt de verkoper er niet aan toe om al zijn spullen op te ruimen en telefonisch wordt afgesproken dat de verkoper daartoe nog tot 1 maart de gelegenheid krijgt.

Een woning wordt verkocht waarin een op maat gemaakt kachelsysteem is ingebouwd. Over de overnamekosten van de kachel is wel gesproken, maar hierover is niets in de akte opgenomen. Later wordt toch geen overeenstemming over de overnameprijs van de kachel bereikt.

Dit kan consequenties hebben voor de akte. Nu deze kennelijk onjuist of onvolledig is, kan dat betekenen dat de hele overeenkomst aantastbaar wordt. Een andere vraag is of voor de wijzigingen of aanvullingen ook het schriftelijkheidsvereiste geldt. En, in het verlengde daarvan, of hiermee een nieuwe overeenkomst tot stand is gekomen, waaraan opnieuw een bedenktijd is of zou moeten worden gekoppeld.

2.5.5 Kwaliteit van de akte

Het schriftelijkheidsvereiste laat nog altijd de mogelijkheid open dat partijen een koop aangaan op de achterkant van een bierviltje. Vermelding van object en prijs, ondertekend door beide partijen, voldoet aan de eisen van een onderhandse akte.¹⁶ In een dergelijk geval wordt de beschermingsgedachte, die mede aan het stellen van het schriftelijkheidsvereiste ten grondslag ligt, tekort gedaan.

Partijen zitten na bezichtiging nader te onderhandelen op een nabijgelegen terras en schrijven op de achterkant van een viltje adres, koopprijs en leveringsdatum. Vervolgens zetten ze beiden een handtekening.

In geval van een conflict is het van belang dat de rechten en plichten van de betrokken partijen duidelijk zijn vast te stellen op basis van de koopakte. Een duidelijke en volledige akte zal gerechtelijke procedures kunnen voorkomen en kan voorzien in oplossingen voor mogelijke problemen die na het sluiten van de overeenkomst aan de orde kunnen komen, zoals verborgen gebreken, onverwachte kosten bij het herstellen van bestaande gebreken, onvoorziene hinder van burens, dit met behulp van exoneratie en garantieclausules, ontbindende voorwaarden of voorbehouden. Ook met het oog om zich in de bedenktijd op de inhoud van de overeenkomst te kunnen beraden, is het van belang dat de akte de volledige inhoud van de overeenkomst weergeeft. Doorgaans komt er bij de koop van een woning meer kijken dan enkel object, prijs en leveringsdatum.

Een probleem dat zich bij het opstellen van de akte kan voordoen is dat deze wordt opgesteld door partijen die geen kennis van zaken hebben. Het opstellen van een koopovereenkomst met betrekking tot een huis vergt kennis van het object en juridische kennis. Een gebrek aan deskundigheid zal geen problemen opleveren waar het gaat om de hoofdzaken (object en prijs), maar mogelijk wel bij de bijkomende afspraken. Te denken valt aan bepalingen die zien op garanties, exoneraties, (on)bekendheidsverklaringen of

¹⁶ Mogelijk is niet eens vermelding van de prijs nodig, in dat geval zou op basis van artikel 7:4 BW 'een redelijke prijs' verschuldigd zijn. Vergelijk Loos 2002, p. 361.

ontbindende voorwaarden waarvan de betekenis of de volledige strekking voor een leek niet op het eerste gezicht duidelijk zal zijn. Partijen zijn zich mogelijk niet bewust van alle (juridische, maar ook niet-juridische) aspecten die van belang zijn en stellen daardoor een onvolledige of onjuiste akte op. Indien partijen zich wel van alle aspecten bewust zijn, zijn zij mogelijk niet in staat alle afspraken op ondubbelzinnige wijze vast te leggen. Kortom, enkel het schriftelijkheidsvereiste biedt nog geen waarborg dat de beoogde rechtszekerheid met betrekking tot de totstandkoming en de inhoud van de overeenkomst daadwerkelijk wordt bereikt. Er is een risico op onvolledige en onduidelijke akten.

Indien partijen de inhoud en de strekking van de overeenkomst niet kunnen overzien, brengt dit het risico met zich mee, dat door partijen later een beroep op een wilsgebrek wordt gedaan, hetgeen vernietiging van de overeenkomst tot gevolg kan hebben. In geval van vernietiging zal de eigendomsstatus van een onroerende zaak met terugwerkende kracht worden veranderd. Het wordt in het algemeen onwenselijk geacht dat de eigendomsstatus van onroerende zaken met terugwerkende kracht wordt aangetast, zonder dat dit zichtbaar is in de registers. Bij vernietiging komt immers de titel aan de overdracht te ontvallen, terwijl de levering door middel van inschrijving in de openbare registers, mogelijk wel al is geschied.

Het bovenstaande illustreert het belang van de vraag welke kwaliteitseisen aan de schriftelijke akte kunnen of moeten worden gesteld.

2.6 Analyse en oplossingsrichtingen

2.6.1 *Ter inleiding*

In het navolgende worden de problemen die in de voorgaande paragraaf gesignaleerd zijn nader geanalyseerd en wordt naar aanleiding daarvan oplossingsrichtingen aangedragen. Bekeken wordt in hoeverre de problematiek dient te worden gezien in het licht van de huidige Nederlandse wet- en regelgeving. Met name de status van mondelinge afspraken heeft aanleiding gegeven tot verschillende visies in de literatuur en de rechtspraak.

2.6.2 *Status van mondelinge afspraken*

2.6.2.1 *Te onderscheiden vragen*

Bij de analyse van de problematiek met betrekking tot de status van mondelinge afspraken dienen verschillende vragen van elkaar te worden onderscheiden. Ten eerste de vraag wanneer sprake is van wilsovereenstemming, dan wel gerechtvaardigd vertrouwen dat de wederpartij zich wilde binden. Ten tweede de vraag of mondeling tot stand gekomen afspraken (i.e. de wilsovereenstemming) met betrekking tot de koop van een woning door een particulier gebondenheid meebrengen dan wel nietig of vernietigbaar zijn. Ten derde de vraag, ingeval de mondelinge afspraken nietig worden geacht, of op basis van de mondelinge afspraken medewerking aan het opstellen van de akte kan worden afgedwongen, waarmee de overeenkomst alsnog tot stand komt (en waarmee in feite alsnog gebondenheid aan de nietige mondelinge afspraken wordt aangenomen). Als laatste de daarmee verband houdende vraag wat de rol is van het leerstuk van de precontractuele redelijkheid en billijkheid.

2.6.2.2 *Wilsovereenstemming*

De invoering van het vormvoorschrift van artikel 7:2 BW laat onverlet dat op grond van de artikelen 6:217, 3:33 jo. 3:35 BW voor de totstandkoming van de overeenkomst steeds ook wilsovereenstemming is vereist, of in het geval van wilsontbreken, gerechtvaardigd vertrouwen dat van wilsovereenstemming sprake is. Van wilsovereenstemming is in het algemeen sprake als partijen overeenstemming hebben bereikt over de essentialia van de overeenkomst, met behulp van het model aanbod en daarop aansluitend aanvaarding (artikel 6:217 BW).¹⁷ Een overeenkomst is een meerzijdige rechtshandeling die tot stand komt

¹⁷ Ook al is het model van aanbod en aanvaarding in de praktijk niet altijd strikt te onderscheiden, toch geldt het in het algemeen als basis voor de bepaling of sprake is van een overeenkomst. Zie ook Asser-Hijma 5-I 2007, nr.

doordat beide partijen de wil om gebonden te zijn hebben geuit door middel van op elkaar aansluitende verklaringen (aanbod en aanvaarding). Ook indien de wil van een van beide partijen ontbreekt kan de overeenkomst tot stand komen indien de wederpartij gerechtvaardigd mocht vertrouwen, aan de hand van uitspraken van de ander, dat deze zich wilde binden (artikel 3:33 jo 3:35 BW).

Enkel overeenstemming met betrekking tot de prijs is onvoldoende om te concluderen dat overeenstemming bestaat met betrekking tot de essentialia van de koopovereenkomst inzake een huis. Andere aspecten kunnen voor partijen van essentieel belang zijn voor de te sluiten koop.

Uit *Hofland/Hennis* volgt dat bij de verkoop van onroerend goed niet enkel de prijs van het object van belang is, maar ook verdere voorwaarden en de persoon van de koper van belang kunnen zijn.¹⁸ Meer recentelijk oordeelde het Hof 's-Gravenhage dat een voorbehoud dat de verkoper elders een arbeidsovereenkomst zou verkrijgen behoorde tot de essentialia van de overeenkomst.¹⁹

Wat betreft de uitwerking in de literatuur dienaangaande kan onder meer worden gewezen op de opvatting van Santen met betrekking tot de koop van woningen: 'de transactie is gedetermineerd door tal van andere zaken dan object en prijs, en het object zelf wordt gekwalificeerd door feitelijke en juridische bijzonderheden waar partijen, toen zij het over de prijs eens werden, zich mogelijk niet van bewust zijn geweest.'²⁰ Met andere woorden: hoewel partijen dachten dat wilsovereenstemming was bereikt, zijn zij nog in de precontractuele fase. Huijgen geeft aan dat tot de essentialia van de koopovereenkomst met betrekking tot onroerende zaken in ieder geval object en prijs behoren en in beginsel ook de leveringsdatum (althans een indicatie daarvan).²¹ Ook volgens Dammingh behoren object en prijs tot de essentialia, maar een bepaald aspect in een concreet geval kan, gelet op wat partijen hebben besproken en in het licht van de overige omstandigheden van het geval, ook een essentieel element zijn. Volgens Dammingh is het niet uitgesloten dat onder omstandigheden een partij die eerder met een bepaalde prijs akkoord ging, de vrijheid kan hebben om in een later stadium van de onderhandelingen alsnog een andere prijs te bedingen.²²

In zijn conclusie bij HR 11 juli 2008, geeft AG Timmermans aan dat wanneer de prijs niet ter gelegenheid van de levering overeenkomstig artikel 7:26 BW wordt betaald, tenminste tot de essentialia behoren het moment en de wijze van betaling.²³ Hij stelt verder dat hoewel in zijn algemeenheid tot de essentialia van de koopovereenkomst slechts behoren het geven van een zaak tegen betaling van een prijs, dit in het geval van onroerende zaken te beperkt is. Tot de essentialia behoren in dat geval tevens de leveringsdatum, het moment van betaling en afhankelijk van de omstandigheden van het geval ook andere elementen. Daaraan voegt hij toe dat een verzoek van één van de partijen tot het opstellen van een concept van de benodigde stukken zijns inziens niet noodzakelijkerwijs tot de conclusie leidt dat op alle punten overeenstemming is bereikt.

Het is goed mogelijk dat pas bij het opstellen en uitwisselen van een concept koopakte duidelijk wordt welke voorwaarden de koper en de verkoper daarin opgenomen wensen te zien. Te denken valt aan de voorwaarde dat de koop ontbonden wordt indien geen nieuwe baan wordt gevonden of indien het oude huis niet wordt verkocht, een anti-speculatiebeding, etc. Van groot belang kunnen zijn bedingen die exoneraties of garanties behelzen. Denkbaar is dat de koper de koop enkel wenst aan te gaan onder de voorwaarde dat de verkoper bepaalde garanties of verklaringen afgeeft, of andersom, dat de verkoper enkel bereid is tot verkoop met opname van exoneraties of bepaalde (on)bekendheidsbedingen, die mogelijk mondeling (nog) niet ter sprake waren gekomen.

161 e.v.). Breedveld-de Voogd voegt hieraan toe dat niet enkel overeenstemming op essentiële punten een vereiste is, maar dat bovendien van belang is dat partijen het met elkaar eens zijn dat zij ten opzichte van elkaar rechtens verbonden zijn. Zie Breedveld-de Voogd 2007, p. 13 e.v.

¹⁸ HR 10 april 1981, NJ 1981, 532, m.nt. CJHB.

¹⁹ Hof 's-Gravenhage 19 april 2007, LJN: BB5647.

²⁰ Santen 1988, p. 9-10.

²¹ Huijgen 2003, p. 14.

²² Dammingh 2002a, p. 68-70.

²³ Conclusie AG Timmermans bij HR 11 juli 2008, LJN: BD2406.

Gezien de vele aspecten die van belang (kunnen) zijn bij de aankoop of verkoop van een woning, is het niet altijd gemakkelijk vast te stellen op welk moment sprake is van (volledige) wilsovereenstemming. Over sommige punten is men het eens, maar over andere punten, die voor één of beide partijen van essentieel belang zijn, niet. Mogelijk is dat naarmate meer zaken op tafel komen, punten waarover men eerder overeenstemming had bereikt weer worden opengebroken.

Partijen zijn het mondeling eens geworden over de verkoop van een woning. Koper doet nog navraag over een aantal formaliteiten bij Kadaster en gemeente. De woning blijkt zonder bouwvergunning te zijn verbouwd. Koper wil enkel doorgaan met de koop onder de voorwaarde dat alsnog een vergunning wordt verkregen en als de prijs wordt verlaagd met een bedrag ter hoogte van de kosten die gemaakt moeten worden.

Is het aanvangsmoment van de wilsovereenstemming niet steeds te bepalen, wel duidelijk is dat in beginsel steeds van een tot stand gekomen overeenkomst sprake zal zijn zodra de koopakte tussen partijen is opgemaakt en ondertekend; wilsovereenstemming - en in dit geval ook in de voorgeschreven vorm - zal doorgaans zijn bereikt en mocht de wil van één van beide partijen toch blijken te ontbreken dan zal de andere partij in de regel met een beroep op artikel 3:35 BW een succesvol beroep op dit wilsontbreken kunnen verhinderen.

2.6.2.3 Mondeling in plaats van schriftelijk: nietig of vernietigbaar?

Indien vastgesteld kan worden dat er sprake is van wilsovereenstemming, door middel van op elkaar aansluitende wil en wilsverklaringen (aanbod en aanvaarding), dan wel omdat de één gerechtvaardigd mocht vertrouwen dat de ander zich wilde binden, maar deze wilsovereenstemming (nog) niet schriftelijk is vastgelegd, rijst vervolgens de vraag wat de status is van de mondeling gemaakte afspraken.

Op basis van artikel 3:39 BW zijn rechtshandelingen die niet in de voorgeschreven vorm zijn verricht nietig. Indien evenwel het voorschrift uitsluitend de belangen van één der partijen beoogt te beschermen, is de overeenkomst niet nietig, maar vernietigbaar.²⁴ Ingevolge artikel 6:226 BW geldt het vormvereiste ook voor voorovereenkomsten. Dat betekent dat een afspraak die partijen verplicht tot het meewerken aan het opstellen van een koopakte, ook schriftelijk zal moeten worden vastgelegd.

Als er vanuit wordt gegaan dat de ratio van het vormvoorschrift is gelegen in de dienstbaarheid aan de wettelijke bedenktijd, die is ingevoerd ter bescherming van de belangen van de koper, is dat een aanknopingspunt om aan te nemen dat de sanctie vernietigbaarheid zou moeten zijn. De ratio van artikel 7:2 BW, met name de bedenktijd en het daaraan gekoppelde schriftelijkheidsvereiste is bescherming van de koper, met andere woorden, uitsluitend in het belang van één partij. De verkoper kan in deze lezing geen beroep doen op de nietigheid van de gemaakte afspraken en is derhalve gebonden.

Loos acht het een gegeven dat het schriftelijkheidsvereiste primair als een noodzakelijke voorwaarde van de bedenktijd is ingevoerd, en verbindt daaraan de conclusie dat het te ver gaat om aan het ontbreken van de schriftelijke vorm de sanctie van nietigheid te verbinden.²⁵ Dit argument past in de gedachte van de relativering van de nietigheden, die er op neerkomt dat een nietigheid in beginsel niet verder zou moeten reiken dan nodig in het licht van de strekking van de bepaling.²⁶

Anderzijds kan betoogd worden dat, ook al moet worden aangenomen dat het vormvoorschrift ten dienste staat aan de bedenktijd, het zowel in het belang van de koper als de verkoper is om te weten wanneer deze bedenktijd zijn aanvang neemt. De verkoper is erbij gebaat te weten wanneer hij niet meer hoeft te vrezen dat de koper zich zal terugtrekken. Het vormvereiste is aldus niet *uitsluitend* in het belang van de koper en dan zal de conclusie op grond van artikel 3:39 BW moeten luiden dat de afspraken nietig zijn zolang deze niet zijn vastgelegd in een akte.²⁷

²⁴ Asser-Hartkamp 4-II 2005, nr. 459 e.v. Vergelijk in dit verband het systeem van artikel 3:40 BW.

²⁵ Loos 2006, p. 181.

²⁶ Asser-Hartkamp 4-II 2005, nr. 467.

²⁷ *Kamerstukken II*, 1995-1996, 23 095, p. 13.

De aanname dat de sanctie op het niet voldoen aan het vormvoorschrift nietigheid betreft, vindt steun in de parlementaire geschiedenis. Onmiskenbaar is dat het vormvereiste ook het belang van de verkoper, en zelfs de belangen van andere gegadigden, dient.²⁸ De keuze voor nietigheid als sanctie is om die reden op zijn plaats. Ook in de literatuur leest men regelmatig dat nietigheid de meest passende sanctie is op schending van het vormvoorschrift.²⁹ Verschillende argumenten zijn hiervoor aan te voeren. Ten eerste doet vernietigbaarheid tekort aan de rechtszekerheid.³⁰ Vernietigbaarheid leidt tot een (onwenselijk geachte) asymmetrische binding; de verkoper kan worden gehouden aan een gegeven woord, de koper niet.³¹ Breedveld-de Voogd betoogt daarenboven dat het vormvereiste gezien moet worden als een constitutief vereiste voor de rechtshandeling, hetgeen meebrengt dat zonder de vereiste vorm de rechtshandeling (i.e. de overeenkomst) niet tot stand kan komen.³²

2.6.2.4 Dwang tot schriftelijke vastlegging

Uit het voorgaande volgt dat bij niet voldoen aan het schriftelijkheidsvereiste thans nietigheid als sanctie geldt. Dat wil zeggen, zonder schriftelijke koopovereenkomst is er geen overeenkomst, partijen kunnen niet aan mondelinge afspraken gehouden worden. Met name in het licht van de achterliggende gedachte van artikel 7:2 BW, komt de vraag naar voren of partijen rechtens kunnen worden gedwongen tot het meewerken aan de totstandkoming van de koopakte, waarmee de overeenkomst alsnog tot stand komt. Als gevolg van de bedenktijd, zoals neergelegd in artikel 7:2 lid 2 BW, speelt deze vraag in de praktijk naar huidig recht slechts voor wat betreft de medewerking van de verkoper. Daar de koper zich immers nadat de akte is opgesteld en ter hand gesteld kan beroepen op zijn ontbindingsrecht binnen de bedenktijd, heeft het geen zin de koper onder druk te zetten om zijn mondelinge toezeggingen gestand te doen en tot medewerking van het opstellen van een akte te verplichten.

Strikte of niet-strikte benadering (handelingsvisie of formaliteitsvisie)

Indien de sanctie op de schending van het vormvoorschrift vernietigbaarheid is, is de verkoper in beginsel gebonden aan de mondelinge afspraken (voor zover er van wilsovereenstemming sprake is). Deze kan dan, op basis van de geldig, mondeling tot stand gekomen overeenkomst (die uitsluitend nog door de koper kan worden vernietigd), verplicht worden tot het meewerken aan het tot stand brengen van de akte. Wel zal dan de koper die naleving van de overeenkomst wenst, moeten kunnen aantonen dat men mondeling tot overeenstemming is gekomen.

Minder duidelijk is of de verkoper gedwongen kan worden mee te werken indien de sanctie nietigheid is. Op dit punt zijn in de rechtspraak en de literatuur twee stromingen te onderscheiden. Enerzijds zijn er de aanhangers van *de strikte leer* die geen (of slechts onder uitzonderlijke omstandigheden) gebondenheid aan mondelinge afspraken mogelijk achten. Onder de strikte benadering valt de beschouwing van het schriftelijkheidsvereiste aan de hand van wat door Breedveld-de Voogd aangemerkt wordt als *de handelingsvisie*.³³ In deze visie vormt het vormvoorschrift een onderdeel van de rechtshandeling, in die zin dat de rechtshandeling zonder het vormvoorschrift niet tot stand kan komen. Het is een constitutief vereiste: indien de verklaring van de wil niet in deze vorm is gegoten, is zij niet gedaan en kan de rechtshandeling (bestaande uit wil en verklaring) niet tot stand komen.

²⁸ *Kamerstukken II*, 1995-1996, 23 095, nr. 5, p. 6, p. 8, p. 13. Zie ook hiervoor paragraaf 2.3.

²⁹ Voorstanders van nietigheid als passende sanctie: Loos 2002, Breedveld-de Voogd 2003a, Huijgen 2004 en 2006, p. 13, Bakker 2005, Van Velten 2006a, Oorthuys 2006, Selderbeek-Doyer 2008. Wel wordt door meerdere auteurs opgemerkt dat nietigheid de beschermingsgedachte van de koper die artikel 7:2 BW beoogt mogelijk tekort doet: Hesselink en van Kooten 1996, p. 73, Bartels en Van Buuren-Dee 1996, p. 59, Loos 2006, p. 181, Heyman 2009.

³⁰ Hesselink en Van Kooten 1996, p. 72; Huijgen 2006.

³¹ Loos 2006. Huijgen 2006.

³² Breedveld-de Voogd 2007, p. 54. Dit is de zogenaamde handelingsvisie, die staat tegenover de formaliteitsvisie. Deze laatste visie gaat uit van de vormvrijheid van de wilsverklaring, het vormvereiste is (slechts) een formaliteit. Zie nader hieronder paragraaf 2.6.2.4.

³³ Breedveld-de Voogd 2007, p. 40.

Daartegenover staan degenen die het wel mogelijk achten op basis van mondelinge afspraken gebondenheid aan te nemen, doordat de verkoper verplicht kan worden mee te werken aan het opstellen van de akte (*de niet-strikte benadering*). De overeenkomst is ook in deze visie slechts geldig wanneer deze in de vereiste vorm is vastgelegd, maar dit is (slechts) een formaliteit, nadat de wilsovereenstemming in wezen al tot stand is gekomen. Partijen kunnen gehouden worden mee te werken aan het totstandbrengen van de schriftelijke vastlegging. Deze benadering wordt door Breedveld-de Voogd *de formaliteitsvisie* genoemd.³⁴

Argumenten voor en tegen gebondenheid aan mondelinge afspraken

Indien er een verplichting zou zijn tot medewerking aan het tot stand brengen van de akte, wordt daarmee het vormvereiste ondermijnd. Ook de nietigheidssanctie verliest in dat geval aan betekenis, omdat in dat geval zonder dat de akte tot stand is gebracht, toch al gebondenheid bestaat, in ieder geval aan de zijde van de verkoper.

Wanneer het vormvereiste enkel tot doel heeft dienstbaar te zijn aan de bedenktijd, namelijk zekerheid omtrent het moment dat deze begint te lopen, is deze ondermijning van het vormvereiste geen fundamenteel bezwaar. Kern is immers dat wilsovereenstemming is bereikt met betrekking tot de inhoud en de akte is in dat geval niet meer dan een formaliteit.³⁵

Als het vereiste als zelfstandig onderdeel van de bescherming van de koper moet worden gezien, is het ook niet bezwaarlijk om de mogelijkheid te geven de verkoper te verplichten tot medewerking aan de totstandbrenging van de akte. De ongelijkheid tussen de partijen die dit teweeg brengt vloeit in dat geval voort uit de vermeende ratio van de wetgeving, namelijk bescherming van de particuliere koper van een woning. In het verlengde daarvan ligt het argument dat de gehele regeling zoals ingevoerd bij Wet koop onroerende zaken per 1 september 2003, extra bescherming beoogt te bieden aan de koper. In dat licht zou het onacceptabel zijn dat de koper aan de ene kant een bedenktijd wordt gegund, maar aan de andere kant zijn recht verliest om de verkoper aan een gegeven woord te houden.³⁶ Dit betekent in dit opzicht een verslechtering van de positie van de koper ten opzichte van zijn positie vóór 1 september 2003, toen hij de verkoper kon houden aan mondeling gemaakte afspraken. In paragraaf 2.5.2 werd reeds het volgende scenario geschetst:

Een particulier bereikt mondelinge overeenstemming met een verkoper. Nog voordat de koopakte is opgesteld, komt dezelfde verkoper met betrekking tot hetzelfde object tot mondelinge overeenstemming met een zakelijke koper.

Het voorbeeld is ontleend aan de parlementaire geschiedenis.³⁷ Als gevolg van artikel 3:298 BW gaat het oudste recht op levering voor. In deze situatie is dat het recht van de zakelijke koper, de mondelinge koopovereenkomst met de particulier is immers nietig. Volgens de parlementaire geschiedenis is dat onwenselijk en zou op grond van redelijkheid en billijkheid in een dergelijk geval het recht van de particulier voor moeten gaan. De particulier heeft immers een zwaarder wettelijk belang dan het (enkel financiële) belang van de zakelijke koper. De zakelijke koper zou dan genoeg moeten nemen met schadevergoeding.³⁸ Zoals nog nader zal worden toegelicht in navolgende paragrafen biedt het recht voor gestand doen van de particuliere koper geen grond. Een mogelijke oplossing is om het schriftelijkheidsvereiste voor te schrijven voor alle koopovereenkomsten met betrekking tot onroerende zaken.³⁹

Wordt het vormvereiste gezien als een maatregel in het belang van zowel koper als verkoper en ter waarborging van de rechtszekerheid in het algemeen, dan is het niet te rijmen dat de verkoper verplicht kan worden tot medewerking aan het tot stand brengen van de akte en de koper in het geheel niet. Dit leidt tot een verstoring van de balans tussen partijen. De zekerheid die het vereiste beoogt te bieden met betrekking tot het moment van totstandkoming en de inhoud van de overeenkomst valt weer weg, nu (ten min-

³⁴ Breedveld-de Voogd 2007, p. 35-39.

³⁵ In die zin *Loos* 2006, p.180.

³⁶ Heyman 2009.

³⁷ *Kamerstukken II*, 1995-1996, 23 095, nr. 5, p. 13 en *Kamerstukken II*, 1995-1996, 23 095, nr. 8, p. 9.

³⁸ *Kamerstukken II*, 1995-1996, 23 095, nr. 5, p. 13.

³⁹ In die zin ook Van Velten 2004a, p. 313.

ste) de verkoper al voordat de akte tot stand is gekomen, op een zeker moment gebonden is. Dit probleem doet zich te meer gevoelen nu het, zoals hierboven reeds werd aangegeven, onduidelijk kan zijn op welk moment sprake is van volledige wilsovereenstemming en daarmee mogelijke gebondenheid voor de verkoper.

Grondslag voor het aannemen van de gebondenheid

Naast de vraag of het wenselijk is om gebondenheid aan de mondelinge afspraken mogelijk te achten, komt de vraag op wat de juridische grondslag is voor het aannemen van deze gebondenheid. Er zijn verschillende manieren om ondanks de nietigheidssanctie toch tot gebondenheid te concluderen. De gedachte die aan deze verschillende manieren ten grondslag ligt is de beperkte uitleg van de doelstellingen van het vormvoorschrift. Betoogd wordt dat nu het vormvoorschrift slechts ten dienste van de bedenktijd is ingevoerd, voorkomen moet worden dat de nietigheidssanctie zijn doel voorbijschiet. Het kan toch immers niet de bedoeling zijn dat de verkoper zich aan gemaakte afspraken kan onttrekken, zo luidt de redenering.

Men zou de mondelinge afspraak als een geldige voorovereenkomst kunnen duiden.⁴⁰ Opgemerkt zij dat bij overeenkomsten waarvoor een bepaalde vorm is voorgeschreven, voor de voorovereenkomst in beginsel hetzelfde vormvereiste geldt (artikel 6:226 BW). Evenwel, terwijl dan voor de koopovereenkomst zelf in het kader van de rechtszekerheid en het feit dat beide partijen daar belang bij hebben geldt dat deze nietig is, zou men de voorovereenkomst als vernietigbaar kunnen beschouwen, omdat nietigheid voor deze overeenkomst zijn doel voorbij schiet. De particuliere koper kan in deze lezing op basis van de geldige voorovereenkomst de verkoper verplichten medewerking te verlenen aan het totstandbrengen van de koopakte.

Een ander instrument dat meer ruimte biedt voor de afweging van de belangen van de verkoper, is de redelijkheid en de billijkheid. Verschillende hulpmiddelen kunnen hierbij worden ingezet. Ten eerste het wegdenkcriterium zoals geformuleerd in de parlementaire geschiedenis. Het ontbreken van de koopakte zou volgens de parlementaire geschiedenis niet zonder meer betekenen dat de verkoper zich kan terugtrekken.⁴¹ Een verkoper die na het bereiken van een mondelinge overeenkomst weigert mee te werken aan het opstellen van de akte, handelt 'onbehoorlijk' en zou door rechterlijke tussenkomst gedwongen kunnen worden mee te werken aan het tot stand brengen van de akte.⁴²

Hiertoe wordt het wegdenkcriterium geformuleerd: indien het akkoord de beoogde, rechtens bindende hoofdovereenkomst zou opleveren wanneer geen vormvereiste voor de koop zou gelden, kan de verkoper gehouden zijn mee te werken aan de totstandbrenging van de akte.⁴³ De beoordeling of de verkoper hiertoe kan worden gehouden, dient blijkens de parlementaire geschiedenis mede te geschieden aan de hand van de regels zoals die in de rechtspraak en de doctrine tot ontwikkeling zijn gekomen.⁴⁴ Hiermee wordt kennelijk bedoeld op de criteria die zijn geformuleerd in het kader van het leerstuk van de precontractuele redelijkheid en billijkheid, met name het bestaan van gerechtvaardigd vertrouwen in totstandkoming van de overeenkomst en de afweging van de gerechtvaardigde belangen van partijen (zie uitgebreid over de criteria die in het kader dit leerstuk worden gehanteerd hierna paragraaf 2.6.2.5).

Het wegdenkcriterium is in de literatuur als problematisch aangemerkt.⁴⁵ Bij toepassing van het wegdenkcriterium wordt immers doorslaggevende betekenis toegekend aan de mondelinge uiting van de wil en aldus wordt een dwingendrechtelijk vereiste van de wet weggedacht. Breedveld-de Voogd acht het mogelijk dat het gestelde in de parlementaire geschiedenis niet goed is doordacht, nu het leerstuk van de precontractuele redelijkheid en billijkheid en de strekking daarvan in het kader van overeenkomsten waarvoor vormvereisten gelden, in de kamerstukken niet volledig zijn weergegeven.⁴⁶

⁴⁰ Loos 2003a, p. 259 e.v.

⁴¹ *Kamerstukken II*, 1995-1996, 23 095, nr. 5, p. 13 (MvA).

⁴² *Kamervragen met antwoord* 2003-2004, nr. 178, p. 383-384.

⁴³ Dit stemt overeen met de voorwaarde dat van volledige wilsovereenstemming sprake moet zijn.

⁴⁴ *Kamerstukken II*, 1995-1996, 23 095, nr. 8, p. 8.

⁴⁵ Breedveld-de Voogd 2009. Selderbeek-Doyer 2008 acht het wegdenkcriterium onhoudbaar, omdat er een dwingendrechtelijk criterium wordt weggedacht. Huijgen 2006.

⁴⁶ Breedveld-de Voogd 2007, p. 78.

Hier kunnen dezelfde bezwaren naar voren worden gebracht die reeds genoemd zijn in het kader van de bespreking van de keuze voor vernietigbaarheid als sanctie op schending van het vormvoorschrift. In de eerste plaats heeft toepassing van het wegdenkcriterium tot gevolg dat de verkoper geen bescherming meer kan ontnemen aan het schriftelijkheidsvereiste; de verkoper zal op een zeker moment toch gebonden zijn, ook zonder akte. In dat geval is sprake van een (onwenselijk geachte) asymmetrische binding, die de balans tussen de partijen verstoort. Ten tweede leidt dit tot rechtsonzekerheid in het algemeen, omdat onzeker is wanneer er nu sprake is van gebondenheid. De algemene rechtszekerheid die blijktens de parlementaire geschiedenis in ieder geval ook (naast de dienstbaarheid aan de bedenktijd) aan het vereiste ten grondslag ligt, wordt hiermee weer weggenomen.

Een aantal lagere rechters heeft desalniettemin, met verwijzing naar de parlementaire geschiedenis en met toepassing van het wegdenkcriterium, gebondenheid aan mondelinge afspraken aangenomen en de verkoper gehouden geacht zijn medewerking te verlenen aan het opstellen van de akte.⁴⁷

Vzngr Rb Leeuwarden 8 oktober 2004, LJN AR3587: één van de ex-echtelieden wil nadat mondeling overeenstemming met een koper is bereikt niet meer aan de verkoop van de gezamenlijke woning meewerken omdat hij zelf financiering heeft gevonden om het deel van zijn ex te kopen. De vordering tot meewerken aan het opstellen van de akte wordt toegewezen, met verwijzing naar de parlementaire geschiedenis en het wegdenkcriterium.

Er zijn aan de andere kant ook verschillende lagere rechters die zich zeer kritisch hebben uitgelaten over de in de parlementaire geschiedenis geschetste mogelijkheid tot gehoudenheid mee te werken aan het opstellen van de akte.⁴⁸

Rb Dordrecht 2 februari 2005, LJN AS4859: het wegdenkcriterium strookt niet met het wettelijk systeem dat leidt tot nietigheid van mondelinge afspraken op grond van artikel 3:39 BW. Ook het vorderen van dooronderhandelen op basis van mondelinge overeenstemming is om die reden niet mogelijk. De wet inhoudt aan mondelinge overeenstemming zonder meer de beoogde rechtsgevolgen en daarmee is onverenigbaar dat aan een dergelijke nietige rechtshandeling toch enig rechtsgevolg wordt verbonden in de zin dat de verkoper gedwongen zou kunnen worden tot het opmaken van de voor een koop vereiste akte. Ook de vordering tot schadevergoeding wordt afgewezen.

Vzngr Rb Haarlem 24 mei 2006, LJN AX4870: er is sprake van een mondeling perfecte overeenkomst. Partijen zijn het eens over de essentialia: object, prijs, datum van levering en ontbindende voorwaarden. De verkoper verkoopt het object voor een veel lagere prijs aan zijn eigen BV. De rechter acht voldoende aanknopingspunten om deze transactie van de verkoper als paulianeus aan te merken. Met oog op de rechtszekerheid kan geen gebondenheid aan de mondelinge overeenkomst worden aangenomen. Hooguit zou schadevergoeding mogelijk zijn.

Een andere wijze om de redelijkheid en billijkheid in te vullen teneinde de mogelijkheid van gebondenheid te realiseren is (ook hier) het hanteren van een beperkte uitleg van het belang van het schriftelijkheidsvereiste. Via een ruime uitleg van artikel 6:248 lid 2 BW is een beroep op de nietigheid te toetsen aan de redelijkheid en billijkheid.⁴⁹ Vergelijkbaar is de route via artikel 6:2 lid 2 BW, die ertoe kan leiden dat onder omstandigheden de nietigheid niet van toepassing is omdat dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.⁵⁰ Deze benadering wordt door Loos voorgestaan: het belang dat door het schriftelijkheidsvereiste wordt gediend is het scheppen van duidelijkheid ten aanzien van het aanvangsmoment van de bedenktijd. Duidelijk is dat beide partijen, en ook derden, belang hebben bij duidelijkheid

⁴⁷ In onder meer de volgende uitspraken werd tot gebondenheid geconcludeerd: Vzngr Rb Leeuwarden 8 oktober 2004, LJN AR3587, Vzngr Rb Maastricht, 2 mei 2005, LJN AS4859, Rb Zutphen 8 juli 2005, LJN AU0149, Rb Zutphen 22 november 2005, LJN AV0536, Vzngr Rb Arnhem 20 maart 2006, LJN AW2754, Vzngr 6 juni 2006, LJN AX7093, Vzgnr Rb Arnhem 7 juli 2006, LJN AY4055.

⁴⁸ In onder meer de volgende uitspraken werd geconcludeerd dat geen sprake kon zijn van gebondenheid: Rb Dordrecht 2 februari 2005, LJN AS4859, Vzngr Rb Haarlem 29 maart 2006, LJN AV9072, Vzngr Rb Haarlem 24 mei 2006, LJN AX4870, Rb Leeuwarden 29 juni 2006, LJN AX9937, Rb Amsterdam 2 mei 2008, LJN BD6779.

⁴⁹ Asser-Hartkamp 2005 (4-II) nr. 317.

⁵⁰ Breedveld-de Voogd 2007, p. 90.

over dit tijdstip. De koper de bevoegdheid ontnemen om de verkoper te houden aan medewerking aan het opstellen van de akte, schiet echter het doel voorbij.⁵¹ Deze benadering neemt als uitgangspunt dat het schriftelijkheidsvereiste enkel ten dienste van de bedenktijd is ingevoerd. Ook in het licht van de doelstelling van de gehele regeling kan men tot de conclusie komen dat nietigheid niet de consequentie moet hebben dat de verkoper zich aan gemaakte afspraken kan onttrekken. In die zin Heyman: het doel van artikel 7:2 BW is het bieden van extra bescherming aan de koper.⁵² Die bescherming wordt niet gerealiseerd als de verkoper zich kan onttrekken aan mondelinge afspraken.

In de parlementaire geschiedenis wordt niet enkel het wegdenkcriterium geformuleerd, ook wordt in dit kader verwezen naar de regels zoals die in de rechtspraak en de doctrine tot ontwikkeling zijn gekomen.⁵³ Hiermee wordt bedoeld op de precontractuele redelijkheid en billijkheid zoals tot uitdrukking gekomen in *Plas/Valburg* en daarop volgende uitspraken. De voorstanders van de strikte leer (geen gebondenheid zonder akte) betwijfelen of het leerstuk zich ook leent om de andere partij te verplichten tot medewerking aan het opstellen van de akte. Een verplichting tot meewerken aan het tot stand brengen van de akte zou slechts in uitzonderlijke gevallen mogelijk moeten zijn.⁵⁴ De normen die naar Nederlands recht binnen het leerstuk van de precontractuele redelijkheid en billijkheid worden gehanteerd komen hieronder in paragraaf 3.6.2.5 aan de orde.

Wederom kan worden betoogd dat hier het schriftelijkheidsvereiste wordt ondermijnd. Bovendien is de hier bedoelde vordering weinig zinvol als de verkoper het huis inmiddels aan een ander heeft verkocht. Ten tweede doet de verplichting door te zetten tekort aan de contractsvrijheid, in die zin dat partijen niet langer vrij geacht worden te zijn om te besluiten niet te contracteren totdat de overeenkomst in een akte is vastgelegd. Daarbij komt dat kan worden betoogd dat de belangen van de koper voldoende worden gewaarborgd indien op grond van de precontractuele redelijkheid en billijkheid een vordering tot schadevergoeding kan worden ingesteld. De gedaagde partij kan er in dat geval zelf voor kiezen om ofwel alsnog mee te werken aan de totstandbrenging van de akte (indien dat nog mogelijk is), ofwel zich bloot te stellen aan een schadevergoedingsactie. Deze oplossing heeft oog voor de rechtszekerheid die met het schriftelijkheidsvereiste wordt beoogd (zonder akte geen contract) alsook voor de autonomie van partijen (vrijheid om terug te trekken zolang er geen akte is), terwijl tegelijkertijd de belangen van de koper beschermd worden (mogelijkheid tot vorderen van schadevergoeding).

Literatuur en rechtspraak over de status van mondelinge afspraken

Tot voorstanders van de strikte leer, dat wil zeggen de benadering waarbij geen (of slechts bij zeer hoge uitzondering) binding kan ontstaan aan de hand van mondelinge wilsuitingen, zijn te rekenen: Huijgen, Breedveld-de Voogd, Van Velten, Selderbeek-Doyer en Bakker. Voorstanders van de niet-strikte benadering, waarbij wel betekenis wordt gehecht aan de mondeling tot stand gekomen wilsovereenstemming zijn: Hesselink en van Kooten, Bartels en van Buuren-Dee, Loos, Heyman en Oorthuys. De niet-strikte benadering legt de nadruk op de beschermingsgedachte van de koper die ten grondslag ligt aan artikel 7:2 BW. Enige rechtspraak kwam hiervoor al ter sprake. Aanvankelijk waren de uitspraken van de lagere rechters op dit gebied verdeeld. Zeker zeven lagere rechters concludeerden dat de verkoper gebonden was aan mondeling gemaakte afspraken en verplicht was zijn medewerking te verlenen aan het opstellen van de akte.⁵⁵ Zeker vijf andere lagere rechters hanteerden daarentegen de strikte benadering waarbij geen gebondenheid werd aangenomen.⁵⁶ Inmiddels is in de rechtspraak een tendens waarneembaar die inhoudt dat waar geen sprake is van een akte geen – of slechts bij hoge uitzondering – gebondenheid wordt aangenomen.

⁵¹ Loos 2006, p. 181.

⁵² Heyman 2009.

⁵³ *Kamerstukken II*, 1995-1996, 23 095, nr. 8, p. 8.

⁵⁴ Breedveld-de Voogd 2009. Gebondenheid zou naar Duits voorbeeld bijvoorbeeld enkel aan de orde kunnen zijn als de gevolgen anders tot een *ondraaglijke* uitkomst zouden leiden.

⁵⁵ Vznr Rb Leeuwarden 8 oktober 2004, *LJN* AR3587, Vznr Rb Maastricht, 2 mei 2005, *LJN* AT5938, Rb Zutphen 8 juli 2005, *LJN* AU0149, Rb Zutphen 22 november 2005, *LJN* AV0536, Vznr Rb Arnhem 20 maart 2006, *LJN* AW 2754, Vznr 6 juni 2006, *LJN* AX7093, Vznr Rb Arnhem 7 juli 2006, *LJN* AY4055.

⁵⁶ Rb Dordrecht 2 februari 2005, *LJN* AS4859, Vznr Rb Haarlem 29 maart 2006, *LJN* AW2754, Vznr Rb Haarlem 24 mei 2006, *LJN* AX4870, Rb Leeuwarden 29 juni 2006, *LJN* AX9937, Rb Amsterdam 2 mei 2008. *LJN* BD6779.

men. Alle beschikbare uitspraken sinds 2007 en alle gerechtshoven concluderen dat er geen (of enkel bij hoge uitzondering) gebondenheid kan zijn aan hier ter zake doende mondelinge afspraken.⁵⁷

Het hof in Leeuwarden past expliciet het leerstuk van de precontractuele redelijkheid en billijkheid toe op de verkoop van een recreatiewoning, en acht de verkoper niet gebonden.⁵⁸

Hof Leeuwarden 14 februari 2007, LJN AZ8657: naar aanleiding van een bod van de koper wordt door de verkoper een conceptakte opgesteld, evenwel zonder prijs. De verkoper wil een hoger bedrag. In r.o. 12-13: veronderstellende dat partijen mondeling tot overeenstemming zijn gekomen, is sprake van een nietige overeenkomst. Het strookt niet met het schriftelijkheidsvereiste, dat zowel in het belang van de koper als dat van de verkoper op straffe van nietigheid van de overeenkomst is voorgeschreven, om reeds aan het enkele bestaan van mondelinge wilsovereenstemming een rechtsgevolg te verbinden in die zin dat de verkoper verplicht wordt mee te werken aan de totstandkoming van de voor de koop vereiste schriftelijke akte.

Een zodanig verplichting zou wel kunnen voortvloeien uit de precontractuele goede trouw (HR 24 maart 1995, NJ 1997, 569). Maar dan heeft een strenge en tot terughoudendheid nopende maatstaf te gelden (HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467). Terughoudendheid past in deze zaak te meer, omdat beide partijen particuliere partijen waren, en omdat de koper een bedenktijd had terwijl de verkoper deze niet had. In een dergelijk geval moet de verkoper zich, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, terug kunnen trekken.

In deze zaak was volgens het hof geen sprake van uitzonderlijke omstandigheden. Zo waren er geen lange uitvoerige onderhandelingen, de koper had geen kosten gemaakt, en er was ook geen ander bijkomend na-deel voor de koper. Het belang van de koper om het goed te verwerven werd achtergesteld bij het belang van de verkoper om een zo hoog mogelijke prijs te realiseren. In dit geval had de koper een dermate laag bod gedaan dat kon worden aangenomen dat de verkoper een hogere prijs kon realiseren.

Ook in andere beschikbare uitspraken van gerechtshoven is de conclusie dat het niet voldoen aan het schriftelijkheidsvereiste tot nietigheid leidt.⁵⁹

Hof 's-Gravenhage 19 april 2007, LJN BB5647, waarbij de koop uiteindelijk niet doorgaat omdat de verkoper geen nieuwe baan krijgt. In r.o. 3: volgens de memorie van antwoord bij het desbetreffende wetsvoorstel bevat het eerste lid van artikel 7:2 BW een vormvereiste dat de belangen van beide partijen (en van eventuele andere gegadigden) dient door duidelijkheid te verschaffen omtrent het moment waarop partijen overeenstemming hebben bereikt en omtrent de aanvang van de bedenktijd van de koper en is, zolang het vormvereiste van een schriftelijke overeenkomst nog niet is vervuld, de overeenkomst niet rechtsgeldig tot stand gekomen. De sanctie op het niet voldoen aan dit vormvereiste is nietigheid van de koop, overeenkomstig de hoofdregel van artikel 3:39 BW. Voor de verkoper was van doorslaggevend belang of hij elders een baan kon krijgen. Deze voorwaarde behoorde volgens het hof tot de essentialia van de overeenkomst.

Hof Leeuwarden 19 maart 2008, LJN BC7658, waarbij partijen per telefoon en e-mail over de prijs onderhandelen, maar niet tot overeenstemming komen. In r.o. 12: niet voldoen aan het vereiste tot schriftelijke vastlegging van de koopovereenkomst van een onroerende zaak als bedoeld in artikel 7:2 BW leidt – behoudens uitzonderlijke omstandigheden, waarvan in deze zaak niet is gebleken – (krachtens artikel 3:39 BW) tot nietigheid van de koop, hetgeen met zich brengt dat de wet daaraan zonder meer de beoogde rechtsgevolgen onthoudt. Zulks staat er aan in de weg dat de verkoper in geval van een mondelinge overeenkomst in beginsel gehouden zou zijn om de noodzakelijke medewerking te verlenen, door mee te werken aan het opmaken van en ondertekenen van de daarvoor vereiste akte, of om met de (potentiële) koper door te onderhandelen teneinde alsnog tot een perfecte koopovereenkomst te komen.

Hof 's-Hertogenbosch 8 juli 2008, LJN BF0457: waarbij het ging om de verkoop door een gescheiden echtpaar. Er wordt onderhandeld over de prijs, maar de man besloot zelf het deel van zijn ex te kopen. In r.o. 4.7: het schriftelijkheidsvereiste dient het belang van zowel koper als verkoper. Dit vereiste dient volgens de parlementaire geschiedenis immers de rechtszekerheid, nu een schriftelijke overeenkomst duidelijkheid be-

⁵⁷ Hof Leeuwarden 14 februari 2007, LJN AZ8657, Hof 's-Gravenhage 19 april 2007, LJN BB5647, Hof Leeuwarden 19 maart 2008, LJN BC7658, Hof 's-Hertogenbosch 8 juli 2008, LJN BF0457.

⁵⁸ Hof Leeuwarden, 14 juni 2007, LJN AZ8657.

⁵⁹ Hof Leeuwarden 19 maart 2008, LJN BC7658; Hof 's-Gravenhage 19 april 2007, LJN BB5647; Hof 's-Hertogenbosch 8 juli 2008, LJN BF0457.

werkstelligt ten aanzien van (het moment van) het bereiken van wilsovereenstemming tussen partijen en ten aanzien van hetgeen werd overeengekomen. Nu deze dwingende wetsbepaling aldus niet strekt ter bescherming van de koper gaat de uitzondering van artikel 3:40 BW niet op en leidt zulks tot de conclusie dat de koop bij gebreke van de voorgeschreven vorm niet rechtsgeldig tot stand is gekomen en de rechtshandeling ingevolge 3:39 BW nietig is. De aangevoerde omstandigheden kunnen niet tot een ander oordeel leiden.

2.6.2.5 Rol van het leerstuk van de precontractuele redelijkheid en billijkheid

Wat kan worden gevorderd?

Hiervoor is reeds enkele malen naar voren gekomen dat het leerstuk van de precontractuele redelijkheid en billijkheid een grote rol speelt bij de beoordeling wat de status dient te zijn van mondelinge afspraken. In deze paragraaf wordt de betekenis van dit leerstuk voor deze vraag nader uiteengezet. Indien nog geen mondelinge overeenstemming is bereikt, of de conclusie moet zijn dat de hier ter zake doende mondelinge overeenkomsten nietig zijn, bevinden partijen zich in de precontractuele fase. In die fase geldt het leerstuk van de precontractuele redelijkheid en billijkheid, zoals deze tot ontwikkeling is gekomen in de jurisprudentie.⁶⁰ Partijen dienen in deze fase rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de ander.

De precontractuele redelijkheid en billijkheid kan tot gevolg hebben dat het partijen niet vrij staat de onderhandelingen af te breken.⁶¹ Dat betekent dat de afbrekende partij gehouden kan zijn schadevergoeding te betalen of verplicht kan worden tot dooronderhandelen.⁶² Een stap verder gaat het om op basis van dit leerstuk een partij te dwingen tot het tot stand brengen van de overeenkomst. Indien dat mogelijk zou zijn, wordt via een omweg, feitelijk toch bindende kracht toegekend aan de mondeling bereikte wilsovereenstemming.

In de literatuur is wel aanwijzing te vinden dat een verplichting om de beoogde overeenkomst te sluiten op zichzelf uit de redelijkheid en billijkheid kan voortvloeien.⁶³ De vraag is of dit ook in het geval van vormvereisten tot de mogelijkheid zou moeten behoren.

Zie HR 24 maart 1995, NJ 1997, 569, M. nt. CJHB (*Belien/Staat*) over de toepasselijkheid van de norm van de precontractuele goede trouw op afgeronde onderhandelingen. Dit arrest gaat evenwel over een consensuele overeenkomst. In het kader van een overeenkomst waar een vormvereiste voor geldt zie HR 27 juni 2003, 524 (*Zweedse vrouw*), waarin werd geconcludeerd dat gebondenheid op grond van precontractuele redelijkheid en billijkheid niet mogelijk werd geacht.

De kwestie ligt in het grijze gebied van de precontractuele verhoudingen waar onduidelijk kan zijn op welk moment gesproken kan worden van wilsovereenstemming, dan wel van de situatie dat op basis van artikel 3:33 jo 3:35 BW de totstandkoming van de overeenkomst kan worden aangenomen. Precies aan deze onduidelijkheid beoogt het schriftelijkheidsvereiste een einde te maken, zodat het aannemen van een plicht tot medewerking aan het tot stand brengen van de akte de doelmatigheid van het vereiste ondermijnd. Mogelijke gebondenheid zonder dat er een akte is doet verder afbreuk aan de contractsvrijheid. Het leerstuk van de precontractuele redelijkheid en billijkheid ziet in zekere zin niet op het in strijd met de redelijkheid en billijkheid afbreken van contractsonderhandelingen, maar op het in strijd met de redelijkheid en billijkheid wekken van vertrouwen dat er een overeenkomst tot stand zou komen.⁶⁴ Vorderen van gebondenheid ligt dan niet in de rede. Dat neemt niet weg dat het leerstuk nog altijd de mogelijkheid biedt om schadevergoeding en, waar zinvol, een verplichting tot dooronderhandelen te vorderen. Opgemerkt

⁶⁰ HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (*Baris/Riezenkamp*).

⁶¹ Asser-Hartkamp 4-II 2005, nr. 158 e.v.

⁶² In de doctrine bestaat verschil van mening over de vraag wat in dat geval de grondslag van de schadevergoedingsplicht is, met name of dit de onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) is of dat de precontractuele redelijkheid en billijkheid een zelfstandige grondslag hiertoe vormen. Zie Asser-Hartkamp 4-II 2005, nr. 164 e.v.

⁶³ Asser-Hartkamp 4-II 2005, nr. 161.

⁶⁴ Men kan ook betogen dat het afbreken zonder vergoeden van kosten in strijd met de redelijkheid en billijkheid is.

kan worden dat toekenning van vergoeding van het positieve contractsbelang het aannemen van gebondenheid erg dicht nadert.⁶⁵

Wat is de norm?

Alvorens de vraag naar de gevolgen van het leerstuk aan de orde komt, dient de vraag te worden beantwoord wat de norm is die in deze fase gehanteerd wordt. De norm die thans op basis van de meest recente uitspraak van de Hoge Raad geldt is te vinden in *CBB/JPO* en luidt als volgt:⁶⁶

‘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 gerechtvaardigde vertrouwen van de wederpartij in het totstandkomen van de overeenkomst of in verband met 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 tenslotte op het moment van afbreken van de onderhandelingen moet worden geoordeeld tegen de achtergrond van het gehele verloop van de onderhandelingen.’

Toewijzing van een vordering op grond van deze maatstaf zal niet snel aan de orde zijn nu deze door de Hoge Raad is geduid als ‘een strenge en tot terughoudendheid nopende maatstaf’.⁶⁷ Als norm geldt immers dat het *onaanvaardbaar* moet zijn om zich uit de onderhandelingen terug te trekken. Derhalve zal op basis van deze norm waarschijnlijk niet snel sprake kunnen zijn van een schadevergoedingsplicht, laat staan van gebondenheid.

Vergelijk Huijgen die met verwijzing naar HR 27 juni 2003, NJ 2003, 524 constateert dat niet snel sprake zal kunnen zijn van een plicht tot dooronderhandelen dan wel tot contracteren.⁶⁸ Bakker spreekt in dit verband van een vorm van reflexwerking van het vormvereiste, welke bij schending nietigheid met zich brengt, op de precontractuele fase.⁶⁹ Aannemen van gebondenheid op basis van de leer van de precontractuele redelijkheid en billijkheid betekent dat het moment waarop gebondenheid bestaat naar voren wordt getrokken, namelijk in plaats van het moment dat gerechtvaardigd vertrouwd mocht worden op de totstandkoming naar het moment dat een partij er op mocht vertrouwen dat de overeenkomst tot stand zou komen.⁷⁰

Op welk moment is sprake van onaanvaardbaar afbreken van onderhandelingen bij de verkoop van woningen?

De vraag die naar voren komt op basis van het leerstuk van de precontractuele redelijkheid en billijkheid, is op welk moment gesproken zou kunnen worden van een onaanvaardbaar afbreken van de onderhandelingen. Er dient gezien de hierboven geciteerde norm in ieder geval sprake te zijn van gerechtvaardigd vertrouwen in het tot stand komen van de overeenkomst. Maar, ook al is sprake van dergelijk gerechtvaardigd vertrouwen, dan kan als gevolg van een afweging van belangen, terugtreden toch nog geoorloofd zijn. Nu sprake is van een vormvereiste kan betoogd worden dat er geen, of niet snel, sprake kan zijn van gerechtvaardigd vertrouwen in de totstandkoming van de overeenkomst zolang er geen akte is.

Op welk moment zou men bij het onderhandelen over een huis kunnen spreken van gerechtvaardigd vertrouwen in het tot stand komen van de overeenkomst? Verwezen kan worden naar paragraaf 2.6.2.2 inza-

⁶⁵ Hesselink 1996, p. 910.

⁶⁶ HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467 (CBB/JPO).

⁶⁷ HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467 (CBB/JPO).

⁶⁸ Huijgen 2004.

⁶⁹ Bakker 2005.

⁷⁰ Hesselink 1996, p. 908.

ke de essentialia van de koopovereenkomst met betrekking tot een woning. Zelfs als men het eens is over de belangrijkste bijkomende voorwaarden, zoals gebruikelijke voorbehouden met betrekking tot financiering en technische keuring, hoeft dit nog niet te betekenen dat er een gerechtvaardigd vertrouwen in de totstandkoming van de overeenkomst kan zijn.

Hof 's-Gravenhage 19 april 2007, LJN BB5647: op 15 april 2004 waren verkoper en koper het eens geworden over de hoogte van de koopprijs. Per e-mail liet de verkoper op 19 april 2004 weten dat de koper het bod van de koper aanvaardt onder het voorbehoud dat hij een arbeidsovereenkomst elders zou verkrijgen. Deze voorwaarde dient volgens de rechter tot de essentialia van de overeenkomst te worden gerekend. Op 23 april 2004 verneemt de verkoper dat de nieuwe baan niet doorgaat, hij heeft vervolgens de koper telefonisch laten weten dat de koop niet door zal gaan. De rechter achtte de omstandigheden waaronder de onderhandelingen zijn afgebroken niet in strijd met de redelijkheid en de billijkheid, dan wel onrechtmatig jegens de potentiële koper.

Huijgen geeft als voorbeeld waarbij er van gerechtvaardigd vertrouwen in de totstandkoming van de overeenkomst sprake kan zijn, het geval dat een verkoper in correspondentie heeft verklaard akkoord te gaan met de verkoop van een woning op grond van min of meer gedetailleerde afspraken.⁷¹ Volgens AG Timmermans in zijn conclusie bij HR 11 juli 2008, kan gerechtvaardigd vertrouwen niet te lichtvaardig worden aangenomen indien het gaat om een verkoop onder de taxatiewaarden en er ook belangen van derden bij de transactie van belang zijn. Selderbeek-Doyer ziet ruimte voor gerechtvaardigd vertrouwen indien concrete afspraken zijn gemaakt over de schriftelijke vastlegging of indien de schriftelijke vastlegging een aanvang heeft genomen, bijvoorbeeld in het geval dat de onderhandelingen nog uitsluitend de opgestelde concept koopakte betreffen.⁷² Deze auteur stelt tevens dat er een verzwaarde terughoudendheid bij de toepassing van het leerstuk van de precontractuele redelijkheid en billijkheid dient te gelden, aangezien er als gevolg van de bedenktijd een verstoring is in het evenwicht tussen de partijen. Voor de verkoper heeft het immers geen zin de koper aan te spreken, nu die nog altijd een beroep kan doen op de bedenktijd. Daartegenover kan dan staan dat er niet snel sprake kan zijn van gerechtvaardigd vertrouwen aan de zijde van de koper.

Parlementaire geschiedenis

Hoe verhoudt de in dit leerstuk neergelegde norm zich tot wat in de parlementaire geschiedenis wordt aangeduid als ‘onbehoorlijk’ handelen? Naar aanleiding van vragen uit de Kamer over de status van de mondelinge overeenstemming voordat de akte tot stand is gekomen antwoordt de minister:⁷³

‘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 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 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 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 met dit onbehoorlijke handelen sprake van een onaanvaardbaar terugtreden uit de onderhandelingen als bedoeld in de geciteerde jurisprudentie? En zal dat onbehoorlijke handelen dan tot gebondenheid moeten leiden, of slechts tot schadevergoeding, ofwel in de vorm van positief contractsbelang of misschien slechts in de vorm van het negatieve contractsbelang? In de parlementaire geschiedenis wordt terugtreden omdat een beter bod is ontvangen onbehoorlijk geacht. Oorthuys is van mening dat het ontvangen van een (veel)

⁷¹ Huijgen 2006.

⁷² Selderbeek-Doyer 2008, p. 184.

⁷³ *Aanhangsel Handelingen II* 2003-2004, nr. 178, p. 383-384.

beter bod juist een gerechtvaardigde grond is voor de verkoper om terug te treden.⁷⁴ Een andere gerechtvaardigde grond voor het terugtreden van de verkoper zou volgens deze auteur kunnen zijn de situatie waarin uit onderzoek is gebleken dat de kans groot is dat de koper de financiering niet rond zal krijgen. Hesselink en Van Kooten wijzen er op dat in ons omringende landen de verkoper in ieder stadium gerechtigd is de onderhandelingen af te breken indien hij een beter bod heeft gekregen.⁷⁵

Voor de koper zou een reden tot terugtrekken kunnen zijn een ander huis dat hem meer aanstaat. In veel gevallen zal terugtreden, hoewel vervelend voor de wederpartij, niet onbehoorlijk zijn. Een afweging van de gerechtvaardigde belangen vormt een onderdeel van de beoordeling of al dan niet sprake is van een onaanvaardbaar terugtreden. Tegenover het belang van de verkoper om een zo hoog mogelijke prijs te realiseren voor zijn woning, staat het gelijkwaardige belang van de koper om het object tegen een zo laag mogelijk prijs te verwerven. Zo lang van geen andere omstandigheden is gebleken kan afbreken enkel omdat een hoger bod is ontvangen of omdat een ander goedkoper object kan worden verworven derhalve geen reden zijn om afbreken als onaanvaardbaar te bestempelen.

Pres. Rb Zwolle 28 april 1992, KG 1992, 191: zelfs bij een klein verschil in de gevraagde en geboden som (het verschil betrof in casu f 5000,-) bestaat op grond van redelijkheid en billijkheid geen plicht tot dooronderhandelen.

Rb Haarlem 24 mei 2006, LJN AX4870: geeft aan dat onbehoorlijk nog niet onrechtmatig is.

Rechtspraak

Hierboven is al aangegeven dat door de gerechtshoven duidelijk gekozen is voor de strikte benadering met betrekking tot het schriftelijkheidsvereiste. Dat wil zeggen, zolang niet aan het vereiste is voldaan, zijn de afspraken zonder meer nietig. Toch lijken twee uitspraken een opening te laten naar de mogelijkheid om toch op grond van de precontractuele redelijkheid en billijkheid medewerking af te dwingen tot het opstellen van de koopakte.

Hof Leeuwarden 14 februari 2007, LJN AZ8657, r.o. 13-14:

Mondelinge afspraken zijn nietig en op grond van enkele wilsovereenstemming kan geen medewerking afgedwongen worden aan het opstellen van de koopakte. Een dergelijk verplichting zou kunnen voortvloeien uit de precontractuele goede trouw.

Hof Leeuwarden 19 maart 2008 LJN BC7658, r.o. 12:

Behoudens uitzonderlijke omstandigheden, leidt het niet voldoen aan het schriftelijkheidsvereiste tot nietigheid van de koop.

Onder welke bijzondere omstandigheden mogelijk toch gebondenheid kan bestaan en wanneer de precontractuele goede trouw aanleiding kan geven tot deze conclusie is evenwel niet verder uitgewerkt.

2.6.2.6 Besluit

In voorgaande staat centraal de vraag wat de status is van mondelinge afspraken met betrekking tot de koop van een woning zolang deze niet in een akte zijn vastgelegd. De meest passende sanctie op het niet voldoen aan het vormvereiste is nietigheid. Deze oplossing sluit aan bij het systeem van de wet, vindt steun in de literatuur en in de parlementaire geschiedenis.

Vervolgens is de vraag besproken of, ondanks de nietigheid, toch aan de mondeling bereikte wilsovereenstemming betekenis moet worden toegekend. Over het antwoord op deze vraag is de literatuur verdeeld. Naar de mening van het onderzoeksteam verdient het de voorkeur de strikte benadering te hantieren, dat wil zeggen geen gebondenheid zonder akte. Hoewel de parlementaire geschiedenis in een andere richting lijkt te wijzen, sluit de strikte benadering aan bij het systeem van de wet, kan zij rekenen op steun in de literatuur en stemt zij tevens overeen met de tendens in de rechtspraak.

⁷⁴ Oorthuys 2006.

⁷⁵ Hesselink & Van Kooten 1996, p. 74.

De niet-strikte benadering legt de nadruk op de gedachte dat de koper bescherming behoeft. Nu moge de bescherming van de koper ten tijde van de totstandkoming van de wet hoger op de politieke agenda hebben gestaan dan de bescherming van de verkoper, de verhoudingen liggen thans anders in die zin dat niet langer van een verkopersmarkt kan worden gesproken waarin de kopers onder druk staan. In de strikte benadering worden zowel de koper als de verkoper op gelijkwaardige wijze door de regeling beschermd.

Uit een recente uitspraak van de Rechtbank Amsterdam blijkt dat het geen zin heeft om al te lichtvaardig een vordering schadevergoeding of tot dooronderhandelen in te stellen op grond van precontractuele redelijkheid en billijkheid.

Rb Amsterdam 15 april 2009, LJN: BI3549: Een zakelijke verkoper wil twee panden laten veilen. Een zakelijke koper tracht buiten de veiling om overeenstemming te bereiken met de verkoper. Telefonisch en per e-mail wordt door koper en verkoper, via de aankopende en verkopende makelaars, onderhandeld over de verkoop van de twee panden. Nadat partijen elkaar wat betreft prijs dicht zijn genaderd breekt de verkopende partijen de onderhandelingen af, omdat deze onder andere voorwaarden wil verkopen en omdat er inmiddels vier andere gegadigden zijn. De rechtbank is van mening dat door de verkoper geen vertrouwen is gewekt dat de overeenkomst tot stand zou komen, nu deze vanaf het begin de vrijblijvendheid van de onderhandelingen heeft benadrukt. De rechtbank acht dat er verder onvoldoende gesteld is om vast te kunnen stellen of aan de in CBB/JPO geformuleerde maatstaf is voldaan.

Een mogelijke grondslag voor gebondenheid aan de mondelinge afspraken wordt door sommigen gevonden in het leerstuk van de precontractuele redelijkheid en billijkheid. Dit leerstuk biedt evenwel de mogelijkheid te komen tot precontractuele aansprakelijkheid (dat wil zeggen toekennen van schadevergoeding of de verplichting tot dooronderhandelen), het leent zich niet goed voor het aannemen van precontractuele gebondenheid. Gezien het feit dat de norm voor het aannemen van precontractuele aansprakelijkheid een strenge norm is die met terughoudendheid dient te worden toegepast, zal van een feitelijke precontractuele gebondenheid op basis van dit leerstuk via de weg van de verplichting tot dooronderhandelen geen, of slechts onder uitzonderlijke omstandigheden, sprake kunnen zijn.

Gevolg van deze strikte benadering is dat de koper de verkoper niet kan houden aan mondeling gemaakte afspraken. Indien het wenselijk wordt geacht dat de koper de verkoper wel kan houden aan mondelinge afspraken, dan ligt het meer voor de hand om de mondelinge afspraken (expliciet) als vernietigbaar aan te merken. De koper die zich op de (geldige) mondelinge afspraken wil beroepen zal wel aan dienen te tonen dat van volledige wilsovereenstemming sprake is of dat hij gerechtvaardigd mocht vertrouwen dat de verkoper zich wilde binden.

2.6.3 *Gebruik en misbruik van het vormvoorschrift*

Partijen kunnen het vormvoorschrift gebruiken, maar ook misbruiken. Met misbruik wordt bedoeld op het gebruiken van het schriftelijkheidsvereiste in strijd met de redelijkheid en billijkheid, bijvoorbeeld om de wederpartij te manipuleren.⁷⁶

Als van misbruik sprake is dient de partij die hierdoor benadeeld wordt schadevergoeding te kunnen vorderen. Dit zou zijn grond kunnen vinden in het leerstuk van de precontractuele redelijkheid en billijkheid, maar ook in de onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW). Bij opzettelijk misbruik zal in de regel gesproken kunnen worden van een onrechtmatige daad. Aansprakelijkheid zou ook kunnen bestaan wanneer de partij die zich terugtrekt de ander in de waan laat dat geen vormvereiste geldt. Zeker van professionele partijen kan verwacht worden dat zij hun wederpartijen hieromtrent inlichten.

⁷⁶ Breedveld-de Voogd 2007, p 86.

2.6.4. *Gevolgen van nadere afspraken of wijzigingen na het opmaken van de akte*

2.6.4.1 Ter inleiding

Een van de gesignaleerde problemen is dat het mogelijk is dat partijen het eens worden en hun afspraken in een akte vastleggen, maar dat naderhand nadere afspraken worden toegevoegd of wijzigingen worden aangebracht. Een vraag die daarbij opkomt, is of voor nadere afspraken of wijzigingen ook geldt dat deze schriftelijk vastgelegd moeten worden. Geldt ook hiervoor de bedenktijd en wat is de consequentie van dergelijke nadere afspraken of wijzigingen voor de oorspronkelijke akte?

2.6.4.2 Schriftelijk vastleggen van wijzigingen en aanvullingen

Nadere afspraken of wijzigingen kunnen de essentialia of de niet-essentialia van de overeenkomst betreffen. Voorbeelden van mogelijke wijzigingen zijn: het verzetten van de leverdatum, het uitstellen van de dag dat het pand leeg moet zijn, nadere afspraken overnamekosten, een recht van erfdiensbaarheid wat na de totstandkoming van de akte aan het licht komt en waar alsnog afspraken over gemaakt worden, etc.

In aansluiting op het hiervoor uiteengezette betoog ten aanzien van mondelinge afspraken, geldt dat nadere afspraken of wijzigingen in beginsel ook schriftelijk dienen te worden vastgelegd, op straffe van nietigheid. Hierbij wordt er van uitgegaan dat het schriftelijkheidsvereiste niet enkel ten dienste staat aan de bedenktijd, maar dat het een zelfstandige functie heeft in het kader van de totstandkoming van overeenkomsten met betrekking tot woningen. Waar het dan om gaat is dat voor partijen en eventuele derden duidelijkheid bestaat dat er overeenstemming is bereikt en waar die overeenstemming op ziet.

Nadeel van deze benadering is dat voor niet-essentiële wijzigingen een schriftelijk stuk moet worden opgemaakt, terwijl het om relatief kleine dingen kan gaan. Dat kan voor de praktijk omslachtig worden. Aan te bevelen is om op zijn minst voor wijzigingen en aanvullingen die de essentialia betreffen vast te houden aan het (strikte) schriftelijkheidsvereiste. Om de praktijk niet te zwaar te belasten met papieren rompslomp, kan er voor gekozen worden om met betrekking tot aanvullingen en wijzigingen die niet de essentialia betreffen mondelinge totstandkoming toe te staan.

2.6.4.3 Gevolgen voor de oorspronkelijke akte

Indien ook voor aanvullingen en wijzigingen (zowel voor essentialia als niet-essentialia) wordt vastgehouden aan het schriftelijkheidsvereiste, komt vervolgens de vraag op wat het gevolg is van mogelijke wijzigingen en aanvullingen voor de oorspronkelijke akte. Drie mogelijkheden zijn denkbaar ingeval bijkomende afspraken zijn gemaakt die niet schriftelijk zijn vastgelegd:

1. De gehele koopovereenkomst is nietig, omdat deze niet geheel in de akte is opgenomen;
2. De in de akte opgenomen koopovereenkomst is geldig en enkel de niet in de koopakte opgenomen afspraak is nietig;
3. De gehele overeenkomst, dat wil zeggen de koopovereenkomst in de akte en de niet in de akte opgenomen nevenafspraken, is geldig.⁷⁷

Welke oplossing passend is zal van geval tot geval kunnen verschillen, afhankelijk van de omstandigheden en de belangen die een rol spelen. De eerste oplossing is mogelijk disproportioneel, als het gaat om een afspraak van betrekkelijk geringe betekenis ten opzichte van de rest van de overeenkomst. Hieruit volgt dat de meest passende oplossing mede afhankelijk is van het beding dat niet in de akte is opgenomen. Is het beding voor één van de partijen essentieel, dan kan het redelijk zijn om de gehele overeenkomst als nietig te beschouwen. Is het beding van ondergeschikt belang dan kan de akte als geldig worden beschouwd.

Indien wordt gekozen voor de mogelijkheid van mondelinge totstandkoming van niet-essentiële wijzigingen of aanvullingen, dan hebben deze afspraken tot gevolg dat verouderde afspraken worden vervangen

⁷⁷ Met dien verstande dat in geval van wijzigingen de eerdere afspraken worden vervangen door de nieuwe.

door de nieuwe. Het ligt niet voor de hand dat dergelijke (ondergeschikte) afspraken de geldigheid van de gehele koopovereenkomst aantasten. Overigens is het met het oog op bewijs van dergelijke afspraken aan te raden deze toch schriftelijk vast te leggen.

In dit kader dient wederom de ratio van het vormvoorschrift meegenomen te worden; als het de bedoeling van het voorschrift is dat de koper, of beide partijen zich kunnen beraden op de inhoud van de overeenkomst, dan dienen ook alle afspraken in de akte opgenomen te zijn. Een niet in de akte opgenomen beding zal als nietig moeten worden aangemerkt. Als het doel (slechts) is om de partijen te beschermen tegen te overhaast genomen beslissingen kan dat anders liggen.⁷⁸

Het stellen van minimumeisen aan de inhoud van de akte kan richting geven aan de wijze waarop met nadere afspraken of wijzigingen moet worden omgegaan. In dat geval kan bij ontbreken van één of meer van de gestelde eisen bijvoorbeeld zonder meer tot nietigheid van de gehele akte worden geconcludeerd. Na deel van deze (strikte) benadering is dat indien de leveringsdatum wordt gewijzigd, dit ingrijpende gevolgen kan hebben voor de geldigheid van de akte (en daarmee de titel die ten grondslag ligt aan de overdracht van de onroerende zaak). Dit kan worden ondervangen door een flexibele bepaling ten aanzien van de leverdatum in de akte op te nemen.⁷⁹ Indien de wetgever kiest voor het vastleggen van minimumvereisten met betrekking tot de inhoud van de akte dient derhalve aandacht besteedt te worden aan de gevolgen die intreden indien niet aan de vereisten wordt voldaan.

2.6.4.4 Wel of geen nieuwe bedenktijd

Wederom speelt een rol de vraag of de nadruk moet worden gelegd op het doel van het schriftelijkheidsvereiste als dienstbaar aan de bedenktijd. De vraag die immers naar voren komt is of na wijziging of na het maken van nadere afspraken opnieuw een bedenktijd van drie dagen gaat lopen. Indien het antwoord hierop bevestigend luidt, zullen in het verlengde daarvan de afspraken schriftelijk vastgelegd moeten worden om vast te stellen wanneer deze gaat lopen en waarop de koper zich in die tijd moet beraden.

De problematiek moet aldus in samenhang worden gezien met de vraag of er bij wijzigingen en/of aanvullingen een nieuwe bedenktijd gaat lopen. Hierbij kan onderscheidt gemaakt worden in wijzigingen die binnen zes maanden na de totstandkoming van de akte worden overeengekomen en wijzigingen die daarna tot stand komen. Dit volgt uit de laatste zin van artikel 7:2 lid 2 BW, die bepaalt dat indien de koper gebruik maakt van zijn ontbindingsrecht binnen de bedenktijd, dit recht niet opnieuw ontstaat indien tussen dezelfde partijen binnen zes maanden een nieuwe overeenkomst tot stand komt. Op basis daarvan kan men betogen dat indien in het geval dat een heel nieuwe koopovereenkomst tot stand komt binnen zes maanden na de oorspronkelijke koop geen nieuwe bedenktijd gaat lopen, dit ook niet het geval zou moeten zijn indien op de oorspronkelijke overeenkomst aanvullingen worden gemaakt. Hier wordt een parallel getrokken tussen een geheel nieuwe overeenkomst tussen dezelfde partijen met betrekking tot hetzelfde object en een tweezijdig overeengekomen wijziging zonder de oorspronkelijke akte eerst te ontbinden. Juridisch-dogmatisch zijn dit twee verschillende dingen, maar praktisch gezien lijken de verschillen minder groot.

Wat betreft wijzigingen die na zes maanden plaatsvinden is Huijgen van mening dat in geval van een wijziging van een gering belang geen sprake is van een nieuwe overeenkomst en dat dit niet leidt tot een nieuwe bedenktijd. Bij wijziging van de essentialia is evenwel sprake van een nieuwe overeenkomst en daarmee zou volgens Huijgen een nieuwe bedenktijd gaan lopen.⁸⁰

⁷⁸ Vergelijk Breedveld-de Voogd 2003a.

⁷⁹ Bijvoorbeeld: "Levering zal plaatsvinden op 31 september 2009 of zoveel later of eerder als partijen (schriftelijk) overeenkomen."

⁸⁰ Huijgen 2006, p. 1062.

Verschillende situaties kunnen zich voordoen waarin de vraag die hier aan de orde is naar voren komt:

- a) de overeenkomst wordt ontbonden binnen de bedenktijd en er komt tussen dezelfde partijen een nieuwe overeenkomst tot stand met betrekking tot hetzelfde object;
- b) de overeenkomst wordt op niet-essentiële punten gewijzigd of aangevuld;
- c) de overeenkomst wordt op essentiële punten gewijzigd of aangevuld;
- d) de overeenkomst wordt ontbonden als gevolg van een ontbindende voorwaarde, waarna een nieuwe overeenkomst tot stand komt tussen dezelfde partijen met betrekking tot hetzelfde object;
- e) de overeenkomst wordt ontbonden als gevolg van wanprestatie waarna een nieuwe overeenkomst tot stand komt tussen dezelfde partijen met betrekking tot hetzelfde object.

Zoals in het volgende hoofdstuk met betrekking tot de bedenktijd naar voren zal komen (paragraaf 3.7.5), is het onderzoeksteam van mening dat als gevolg van nieuwe of gewijzigde afspraken tussen dezelfde partijen en met betrekking tot hetzelfde object geen nieuwe bedenktijd gaat lopen.

2.6.4.5 Conclusie en aanbeveling

Er van uitgaande dat het schriftelijkheidsvereiste een zelfstandige functie vervult in het kader van de rechtszekerheid is het volgens het onderzoeksteam aan te bevelen om in alle genoemde situaties het schriftelijkheidsvereiste ook voor de nieuwe overeenkomst, dan wel voor de aanvullingen of wijzigingen te laten gelden. Nu hier thans onduidelijkheid over bestaat kan er door de wetgever voor gekozen worden de wettekst hier op aan te passen. Met betrekking tot niet-essentiële wijzigingen kan op het uitgangspunt om praktische redenen een uitzondering worden gemaakt.

Met betrekking tot de bedenktijd is het onderzoeksteam van mening dat indien er tussen dezelfde partijen met betrekking tot hetzelfde object een nieuwe overeenkomst of gewijzigde overeenkomst tot stand komt er geen nieuwe bedenktijd zou moeten gaan lopen. Zie hierover nader het volgende hoofdstuk paragraaf 3.7.5.

2.6.5 Waarborgen van de kwaliteit van de akte

Het waarborgen van de kwaliteit van de akte, met name met betrekking tot het volledig en juist weergeven van de inhoud van de overeenkomst, kan op verschillende wijzen vorm krijgen. Ten eerste kan het gebruik van modellen zoals de NVM modelakte bijdragen aan de kwaliteit van de koopaktes. In de praktijk wordt met name van dit model gebruik gemaakt. Wel bestaat dan nog altijd het risico dat partijen het model zodanig aanpassen dat aan de duidelijkheid en volledigheid wordt afgedaan. Gebruikelijk is dat één van de partijen het concept van de koopakte opstelt, hierbij mogelijk vooral rekening houdend met zijn eigen belang. Verder kan het gebruik van modellen niet voorkomen dat problemen ontstaan doordat partijen de inhoud en de strekking van de bepalingen niet kunnen overzien.

Een andere mogelijke oplossing is het bij wet stellen van minimumvereisten aan de koopakte. Door de minister is tijdens de parlementaire behandeling aangegeven dat in ieder geval de prijs en de personalia van koper en verkoper moeten worden opgenomen in de koopakte en daarnaast tevens bedingen met betrekking tot: de zakenrechtelijke toestand, obligatoire beperkingen, publiekrechtelijke beperkingen, financiering, garanties, bouwtechnische toestand, etc. Vanuit de eerste kamer is de gedachte geopperd om bij algemene maatregel van bestuur voor te schrijven welke gegevens het contract ten minste moet bevatten.⁸¹ Een dergelijke bepaling bestaat al op het gebied van timeshare-overeenkomsten, zie artikel 7:48b BW.

De minister merkt in dit verband verder op dat de informatieplicht van de verkoper op basis van artikel 7:15, 7:17, 3:44 en 6:228 BW een rol speelt bij beantwoording van de vraag of minimumvereisten gesteld zouden moeten worden aan de akte.⁸² Uit de genoemde wettelijke bepalingen vloeit enerzijds een mededelingsplicht van de verkoper en anderzijds een onderzoeksplicht van de koper voort. De balans tussen deze

⁸¹ *Kamerstukken I*, 2001-2002, 23 095, nr. 178a, p.2.

⁸² *Kamerstukken I*, 2002-2003, 23 095, nr. 38a, p. 3, *Kamerstukken I*, 2001-2002, 23 095, nr. 178b, p. 19?

twee plichten slaat in het algemeen door in het voordeel van de koper. De verkoper kan zich niet verweren met de stelling dat de koper niet aan zijn onderzoeksplicht heeft voldaan, als hij zelf zijn mededelingsplicht heeft geschonden. Verder mag een koper in principe afgaan op de mededelingen van de verkoper en hoeft hij op die punten niet zelf nader onderzoek te doen. Echter, op de vraag waar de grens ligt tussen de mededelingsplicht van de verkoper en de onderzoeksplicht van de koper is niet zonder meer bij voorbaat antwoord te geven. Wel is aan te geven welke gezichtspunten een rol spelen, bijvoorbeeld de kenbaarheid van mogelijke problemen of gebreken, de mogelijkheid en bezwaarlijkheid van het doen van onderzoek, de aard van de mededelingen die partijen gedaan hebben en de (ingeschakelde) deskundigheid van partijen.

Ook bepalingen in de akte kunnen een belangrijke rol spelen bij de vaststelling van de reikwijdte van de onderzoeksplicht en de mededelingsplicht. In de eerste plaats kan dan gedacht worden aan exoneratie- en garantiebedingen. Verder hebben zogenaamde (on)bekendheidsverklaringen een belangrijke bewijs- en signaalfunctie. De signaalfunctie houdt in dat partijen op een bepaald onderwerp attent worden gemaakt. De bewijsfunctie kan betekenen dat bepaalde zaken (behoudens tegenbewijs) niet meer ter discussie kunnen worden gesteld.

De door de minister aangehaalde wettelijke bepalingen en de daarin besloten liggende informatieplicht spelen aldus wel degelijk een rol bij de inhoud van de akte, maar de omgekeerde rol is van groter belang. Juist wat er in de akte staat speelt een rol bij het toepassen van de algemeen contractrechtelijke bepalingen. Dit geldt met name voor het nader bepalen van de verhouding tussen de onderzoeksplicht van de koper en de mededelingsplicht van de verkoper en de beoordeling waar risico's met betrekking tot verborgen gebreken komen te liggen.

Om de kwaliteit van de akte in de praktijk te waarborgen kan er door de wetgever voor worden gekozen om bij wet duidelijke eisen aan de inhoud van de akte te stellen. Het stellen van minimum eisen sluit het gebruik van modellen in de praktijk niet uit, integendeel beide wijzen kunnen elkaar versterken. Minimum-eisen maken duidelijk wanneer er in ieder geval sprake kan of zal zijn van een volledige akte en het gebruik van modellen kan verzekeren dat ook leken in staat zijn om hun overeenkomst vorm te geven.

De eisen kunnen bij AMVB worden gesteld en zouden bijvoorbeeld de volgende elementen moeten voorschrijven: identiteit van de partijen, object, zakenrechtelijke toestand van het object, obligatoire beperkingen, publiekrechtelijke beperkingen, prijs, leveringsdatum en voorbehouden.

In het kader van de hierna te signaleren afgrenzingsproblemen als gevolg van de begrippen 'tot bewoning bestemde onroerende zaak' en 'particuliere koper', kan de wet tevens eisen dat de bestemming van het pand wordt weergegeven. En, indien deze bestemming gemengd is, de verhouding die het zakelijke gebruik heeft ten opzichte van de woonbestemming die men het pand wenst te geven.

Verder achten wij raadzaam dat verplicht wordt gesteld dat in de akte wordt opgenomen dat de overeenkomst pas geldig tot stand is gekomen wanneer deze door beide partijen is ondertekend. Dit ten overvloede, aangezien dit immers volgt uit de wet, maar aangezien niet iedereen van de wet op de hoogte zal zijn, zal explicitering problemen bij de toepassing van de wet kunnen voorkomen. Hetzelfde geldt voor de wijze waarop de overeenkomst kan worden ontbonden, ook dit kan, ter voorkoming van problemen wegens gebrek aan kennis van de wet op dit punt, verplicht in de akte worden opgenomen.

Wel dient bij aanpassing van de wet als hier voorgesteld aandacht te worden besteed aan de gevolgen die verbonden zouden moeten worden indien de akte niet voldoet aan de in de wet gestelde eisen.

2.7 Terminologie

2.7.1 *Ter inleiding*

In het kader van de onderhavige evaluatie van de Wet koop onroerende zaken ligt de vraag voor of de bepalingen die schriftelijkheid voorschrijven voldoende omschreven zijn dan wel of de gehanteerde definiëring dient te worden aangepast.

Deze vraag ziet op de terminologie gehanteerd in de artikelen 7:2, 7:765 en 7:766 BW. Hierna wordt achtereenvolgens ingegaan op volgende begrippen: 1) de koop, 2) een tot bewoning bestemde onroerende zaak, dan wel woning 3) een natuurlijk persoon niet handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf, 4) schriftelijk, 5) akte en 6) ter hand stellen. Voor elk van deze begrippen zal worden ingegaan op de reikwijdte, de onduidelijkheden ofwel problemen die zich kunnen voordoen, gevolgd door conclusies en aanbevelingen.

2.7.2 *De koop*

2.7.2.1 Onduidelijkheden

Vereist is dat *de koop* van een tot bewoning bestemde onroerende zaak of bestanddeel daarvan schriftelijk wordt aangegaan indien de koper een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf. Dit roept de vraag op welke afspraken en bedingen in de akte opgenomen moeten worden om te kunnen spreken van een schriftelijke en daarmee geldige koop. Betekent dit dat enkel de essentialia opgenomen dienen te zijn en dat bijkomende afspraken niet in dezelfde akte opgenomen hoeven te worden? Of dienen alle essentiële en bijkomende afspraken opgenomen te zijn om te kunnen spreken van ‘de koop’.

2.7.2.2 Conclusie

In aansluiting op wat hierboven is betoogd, is de koop in beginsel geldig tot stand gekomen indien de akte de essentialia van de wilsovereenstemming bevat. Wat tot die essentialia behoort, is mede afhankelijk van wat partijen essentieel bij de door hen gesloten overeenkomst achten. Bijkomende afspraken dienen ook schriftelijk te worden aangegaan, maar tasten naar de mening van het onderzoeksteam de geldigheid van de hoofdakte niet aan, tenzij ze de essentialia betreffen (zie hierover paragraaf 2.6.4).

Stellen van minimumeisen aan de akte, zoals ook in paragraaf 2.6.4 en 2.6.5 als een mogelijke oplossing is aangedragen kan van dienst zijn bij het vaststellen van hetgeen bedoeld wordt met ‘de koop van een woning’, met name welke bedingen deze (op zijn minst) zou moeten omvatten.

2.7.3 *Een tot bewoning bestemde onroerende zaak (7:2 lid 1) en een woning (7:765 lid 1)*

2.7.3.1 Begripsbepaling en reikwijdte

Artikel 7:2 BW is enkel van toepassing op ‘tot bewoning bestemde onroerende zaken’. De bescherming van artikel 7:765 BW wordt op vergelijkbare wijze begrensd door het gebruik van het begrip ‘woning’. Onder de term tot bewoning bestemd moet volgens de parlementaire geschiedenis worden verstaan woondoeleinden dienend.⁸³ Maatgevend is de feitelijke situatie ten tijde van de totstandkoming van de koopovereenkomst. De nadruk ligt hier aldus op de feitelijke bestemming; ook al laat het bestemmingsplan bewoning toe, indien het pand feitelijk als bedrijfspand in gebruik is, geldt de bescherming van artikel 7:2 BW niet.⁸⁴ Het voorgenomen gebruik van de koper is niet relevant, net zo min als de vraag of de verkoper de zaak in gebruik had.⁸⁵ Permanente bewoning is niet vereist; vakantiewoningen en tweede huizen vallen daarmee binnen het bereik van de bepaling.⁸⁶ Het enkele feit dat de woning wordt bewoond, maakt het nog niet tot ‘een tot bewoning bestemde onroerende zaak’ als hier bedoeld. Zo is de koop van een pand dat in gebruik is als studentenwoning géén tot bewoning bestemde onroerende zaak, omdat er een kamerverhuurbedrijf wordt geëxploiteerd.⁸⁷

⁸³ *Kamerstukken II*, 1995-1996, 23 095, nr. 5, p. 8 en *Kamerstukken I*, 2002/03, 38a, p. 19.

⁸⁴ *Kamerstukken I*, 2002-2003, 23 095, nr. 38, p. 9.

⁸⁵ Breedveld-de Voogd 2006.

⁸⁶ *Kamerstukken II*, 1995-1996, 23 095, nr. 5, p. 8. p. 12. Bevestigd met verwijzing naar de Parlementaire Geschiedenis door Rechtbank Leeuwarden, 29 juni 2006, LJN: AX9937.

⁸⁷ *Kamerstukken II*, 1993-1994, 23 095, nr. 4, p. 5.

Als gevolg van artikel 7:47 BW geldt artikel 7:2 BW ook voor de koop van een recht waaraan een onroerende zaak is onderworpen. De parlementaire geschiedenis noemt als voorbeelden appartementsrechten, erfpacht, opstal en vruchtgebruik.⁸⁸ Als gevolg van artikel 7:2 lid 3 BW vallen ook deelnemings- en lidmaatschapsrechten die recht geven op het gebruik van een tot bewoning bestemde onroerende zaak of een bestanddeel daarvan onder de bescherming van de leden 1 en 2 van artikel 7:2 BW.

2.7.3.2 Onduidelijkheden en problemen

Met betrekking tot het begrip ‘tot bewoning bestemde onroerende zaak’ doen zich verschillende vragen voor. Wat is, ten eerste, de status van zogenoemde gemengde objecten? Ten tweede ligt de vraag voor wat de positie is van kopers die een (nog niet tot bewoning bestemde) onroerende zaak tot woning willen maken. Een derde vraag betreft de status van woonwagens en woonboten. Hierop aansluitend rijst een vierde vraag, namelijk die naar de positie van kopers van woonwagens en woonboten die niet onder de bescherming van artikel 7:2 BW vallen.

Gemengde objecten

Indien het verkochte object deels voor andere doeleinden dan woondoeleinden wordt gebruikt, dient aan de hand van de omstandigheden van het geval beoordeeld te worden of het pand valt onder het bereik van artikel 7:2 BW. Het gaat hier bijvoorbeeld om objecten die deels als woning en deels als praktijkruimte, winkelruimte of kantoorruimte worden gebruikt.

De minister heeft aangegeven dat wanneer 70% van een object bestaat uit praktijkruimte, artikel 7:2 BW niet van toepassing is.⁸⁹ Kennelijk wordt hiermee op de verhouding van het aantal vierkante meters geïndiceerd. Hieruit kan worden afgeleid dat indien het object overwegend uit vierkante meters bestaat die niet voor bewoning zijn bestemd, het object niet tot bewoning bestemd is.⁹⁰

Onzekerheid bestaat daarmee ten eerste ten aanzien van objecten waarbij geen sprake is van een duidelijke meerderheid in vierkante meters voor woondoeleinden dan wel zakelijke doeleinden. Andere problematische scenario's die in de literatuur zijn gesignaleerd, betreffen objecten met een 50/50 verhouding woon/bedrijfsruimte en de koop waarbij de bedrijfs- respectievelijk woonruimte op één perceel gelegen zijn, maar los van elkaar staan?⁹¹

Gepubliceerde jurisprudentie ter zake is niet beschikbaar, maar wel zijn op aanpalende terreinen uitspraken gedaan over vergelijkbare problematiek.

HvJ van 20 januari 2005, C-464/01 (*Gruber v Bay Wa AG*): een boer uit Oostenrijk schaft in Duitsland voor zijn woonboerderij dakpannen aan. De woonboerderij is voor 60% in gebruik voor woondoeleinden en de overige 40% wordt gebruikt voor het agrarische bedrijf. In het kader van het EEX-verdrag doet zich de vraag voor of deze koper gezien moet worden als een consumentkoper zodat deze in zijn eigen land een procedure aan kan spannen tegen de Duitse verkoper. Het Europese Hof van Justitie besluit dat wanneer iemand een overeenkomst sluit die gedeeltelijk betrekking heeft op beroepsactiviteiten, hij zich niet op consumentenbescherming mag beroepen, tenzij het professionele gebruik een onbetekenende rol speelt (zie r.o. 39).

Daarnaast bestaat op het terrein van het huurrecht jurisprudentie met betrekking tot gemengde objecten, nu in het huurrecht verschillende regimes gelden voor woonruimte, artikel 7:290 BW-bedrijfsruimte en overige bedrijfsruimte.

⁸⁸ *Kamerstukken II*, 1995-1996, 23 095, nr. 6, p. 2.

⁸⁹ *Kamerstukken II*, 1995-1996, 23 095, nr. 5, p. 12.

⁹⁰ Mogelijk is dan ook dat de koper handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, waardoor de bescherming van artikel 7:2 BW buiten beschouwing blijft.

⁹¹ Van Rossum 2003.

Mede gelet op vergelijkbare, maar niet geheel aansluitende terminologie op andere deelterreinen van het privaatrecht is het niet duidelijk in hoeverre gemengde objecten binnen het toepassingsbereik van artikel 7:2 BW vallen.

Uit de enquêtes volgt dat makelaars op verschillende manieren omgaan met dit begrip. Een deel van de respondenten binnen deze groep geeft aan dat het object tot bewoning bestemd wordt geacht zodra een deel van het object (ook al is het een minderheid) voor bewoning is bestemd. Anderen onder de respondenten in deze groep geven aan dat het begrip pas van toepassing wordt geacht als een substantieel deel (70% of meer) voor bewoning is bestemd. Ook notarissen die de enquête invulden blijken erg verschillend met dit begrip om te gaan. Een deel van de respondenten is van mening dat een object nooit onder dit begrip valt zodra een deel een zakelijke bestemming heeft. Anderen zijn juist van mening dat het wel onder dit begrip valt, zodra een meerderheid van de vierkante meters voor bewoning is bestemd. Weer anderen geven aan dat een overwegend deel (minimaal 70%) voor bewoning bestemd dient te zijn voordat zij het begrip van toepassing achten.

Geplande bewoning

Tevens dient te worden opgemerkt dat de keuze om de invulling van het begrip te laten afhangen van de bestemming die het pand ten tijde van het sluiten van de koop heeft, tot gevolg heeft dat particuliere kopers die een pand kopen om daar een woning van te maken niet de geboden bescherming genieten.⁹² Dit terwijl een koper van een bedrijfspand die, met medeweten van de verkoper, de bedoeling heeft om er te gaan wonen in zijn hier ter zake doende positie niet afwijkt van de koper die een pand koopt dat wel al als woning in gebruik is. Een deel van de particuliere kopers valt door de keuze van de wetgever buiten de bescherming. De vraag is of dit terecht is.

Een voordeel van de huidige benadering is dat deze veel zekerheid biedt. Uitgaande van een beoogde (maar nog niet gerealiseerde) bestemming herbergt het risico dat kopers misbruik van de regeling kunnen maken door te beweren dat ze het object voor bewoning willen gaan gebruiken, terwijl ze dat in werkelijkheid niet voor ogen hebben.

Uit het empirisch onderzoek is gebleken dat respondenten onder zowel notarissen en makelaars van mening zijn dat verkopers die buiten de bescherming van de wet vallen zichzelf kunnen beschermen door zich te laten bijstaan door een deskundige. Anderzijds is ook aangegeven dat het omwille van de duidelijkheid handig zou zijn als het schriftelijkheidsvereiste voor alle objecten zou gelden.

Het gesignaleerde probleem kan (deels) worden ondervangen door niet naar de aard van het object te kijken, maar enkel naar de hoedanigheid van de koper. Dit ondervangt het probleem slechts deels, omdat bij de vaststelling van de hoedanigheid van de koper (zakelijke of particuliere koper) de aard van het object een rol speelt. Het probleem wordt geheel ondervangen indien er door de wetgever voor wordt gekozen om het schriftelijkheidsvereiste uit te breiden naar alle onroerende zaken. Zie hierover ook hierna paragraaf 2.9. Aansluitend speelt dan de vraag of de bedenktijd ook voor alle objecten zou moeten gelden.

Woonboten en woonwagens

Het derde gesignaleerde probleem in het kader van dit begrip is dat vragen kunnen rijzen met betrekking tot de status van woonboten en woonwagens. Deze worden doorgaans voor woondoeleinden gebruikt, maar vallen mogelijk buiten het begrip 'onroerende zaak'. Aan de hand van de vereisten van artikel 3:3 BW moet worden bepaald of een object al dan niet onroerend is. Een object is onroerend in de zin van dit artikel als het duurzaam met de grond is verenigd.

Of sprake is van duurzame vereniging moet vervolgens worden beoordeeld aan de hand van de maatstaven die de Hoge Raad heeft aangelegd in het *Portacabin*-arrest.⁹³ Volgens deze maatstaven is de omstandigheid dat het object verplaatsbaar is, niet van belang. Gekeken dient te worden of het object naar aard en

⁹² Loos 2002 acht deze uitleg zo niet onjuist, in elk geval buitengewoon onwenselijk (p. 363).

⁹³ HR 31 oktober 1997, *NJ* 1998, 97.

inrichting bestemd is om duurzaam ter plaatse te blijven. Daarbij dient gelet te worden op de bedoeling van de bouwer (of diens opdrachtgever) voor zover die naar buiten toe kenbaar is.

Op basis van de in het *Portacabin*-arrest geformuleerde norm behoren woonboten en woonwagens onder omstandigheden als onroerend te worden gezien, bijvoorbeeld in het geval de woonwagen visueel één geheel vormt met de grond, voorzien is van een bestrate oprit en een aangelegde tuin, en bovendien aangesloten is op het gas-, elektriciteit- en waternet. Ook een boot of woonwagen kan bestemd zijn om duurzaam ter plaatse te blijven. Wel is met betrekking hiertoe in de parlementaire geschiedenis opgemerkt dat het enkele feit dat er een vaste stand- of ligplaats is, niet voldoende is.⁹⁴

Aldus kan worden geconcludeerd dat op voorhand niet altijd even duidelijk zal zijn of een object wel of niet bestemd is duurzaam ter plaatse te blijven. Bij twijfel is het uiteindelijk aan de rechter om te beoordelen of het object roerend dan wel onroerend is, en daarmee al dan niet binnen de bescherming van artikel 7:2 BW valt.

Roerende woonboten en woonwagens

In het verlengde van het voorgaande verdient de status van woonboten en woonwagens die niet binnen de bescherming van artikel 7:2 BW vallen, bespreking. Op grond van de voornoemde *Portacabin*-maatstaf zal een aantal woonboten en woonwagens binnen het bereik van de bepaling vallen, maar een aantal van deze objecten zal buiten de reikwijdte van de bepaling blijven, bijvoorbeeld omdat de bewoner of bouwer juist uitdrukkelijk wil dat het object mobiel blijft.

Tijdens de parlementaire geschiedenis is opgemerkt dat de objecten die gezien dienen te worden als roerende zaken, onder de regeling van de consumentenkoop vallen. Om die reden zag de wetgever geen aanleiding om ze binnen het regime van artikel 7:2 BW te laten vallen; de regeling consumentenkoop voorziet dan immers in de benodigde bescherming.⁹⁵ Deze stelling kent twee bezwaren. Ten eerste vallen de roerende objecten enkel binnen de regeling van de consumentenkoop, wanneer deze worden verkocht door een professionele verkoper dat wil zeggen een verkoper handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf (zie artikel 7:5 BW). In veel (of zelfs de meeste?) gevallen zal de woonwagen of de woonboot verkocht worden door de bewoner/eigenaar, niet handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf. De hier bedoelde koopovereenkomsten vallen dus buiten het toepassingsbereik van artikel 7:2 BW én buiten het toepassingsbereik van artikel 7:5 BW. Nu het ook bij deze overeenkomsten kan gaan om grote gevolgen voor de koper, aanzienlijke risico's en grote financiële belangen is het niet te rechtvaardigen dat deze overeenkomsten buiten elk wettelijk beschermingsregime voor particuliere kopers vallen.

Indien de objecten door een professionele verkoper worden verkocht, vallen ze wel binnen het bereik van de consumentenkoop, maar dan komt het tweede bezwaar dat aan de voornoemde benadering kleeft, naar voren. De verkoop van een woonwagen of woonboot kent vergelijkbare grote belangen en risico's als de verkoop van een onroerende woning. Het gaat om de koop van woonruimte, waarbij opmerking verdient dat woonboten en woonwagens, net als, of misschien zelfs meer dan, vaste woningen, behept kunnen zijn met verborgen gebreken. Dat wil zeggen dat het voor de koper om een complexe, zeer ingrijpende overeenkomst gaat, waarvoor hij langlopende en aanzienlijke financiële verplichtingen aangaat. Het is dan ook meer voor de hand liggend om voor deze overeenkomsten aan te sluiten bij het regime van artikel 7:2 BW, dat de consument in verband met deze aspecten beoogt te beschermen, dan bij de regeling van de consumentenkoop. Bovendien is het ongerijmd om de woonboot die bestemd is duurzaam ter plaatse te blijven wel onder het regime van artikel 7:2 BW te scharen, maar eenzelfde type boot die niet bestemd is duurzaam ter plaatse te blijven onder artikel 7:5 BW.⁹⁶ Ook opmerkelijk is dat tweede woningen en vakantiehuizen, die niet permanent bewoond worden, wel onder de reikwijdte van artikel 7:2 BW vallen, en permanent bewoonde roerende woonwagens en woonboten onder omstandigheden niet.⁹⁷

⁹⁴ *Kamerstukken I*, 2002-2003, 23 095, nr. 38a, p. 18.

⁹⁵ *Kamerstukken I*, 2001-2002, 23 095, nr. 178b, p. 15, *Kamerstukken I*, 2002-2003, 23 095, nr. 38a, p. 18.

⁹⁶ Ook de bescherming van huurders van woonruimte strekt zich uit tot huurders van (onroerende en roerende) woonwagens en standplaatsen, zie artikel 7:233 BW.

⁹⁷ Vergelijk Loos 2002, p. 363.

2.7.3.3 Conclusies en aanbevelingen

Tot bewoning bestemd

Het begrip ‘een *tot bewoning bestemde* onroerende zaak’ wekt onduidelijkheid op indien het gaat om zogenaamde gemengde objecten en laat daarmee veel ruimte aan de rechter om te beoordelen of een object al dan niet binnen het toepassingsbereik valt. Het is evenwel, met het oog op de rechtszekerheid, wenselijk dat partijen op voorhand duidelijkheid hebben over de vraag of de transactie al dan niet binnen de reikwijdte van de bepaling valt.⁹⁸

Indien de bescherming van artikel 7:2 BW wordt uitgebreid naar zakelijke objecten, vormt dit geen probleem meer. Houdt men er echter aan vast de bescherming te beperken tot woningen, dan zal een duidelijk criterium opgenomen moeten worden aan de hand waarvan bepaald kan worden wat onder het beschermingsbereik van de bepaling valt en wat niet. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan aanknopen bij vierkante meters. Vervolgens speelt de vraag bij welke objecten de bescherming geacht wordt gerechtvaardigd te zijn. Hierbij kan een keuze worden gemaakt tussen een brede bescherming (zodra een deel van de onroerende zaak tot bewoning bestemd is, komt de bescherming in beeld), of juist een smalle bescherming (zodra een deel van het object voor zakelijk gebruik is, komt men niet voor de bescherming in aanmerking). Om misbruik te voorkomen kan men er voor kiezen om vast te houden aan de huidige benadering om de bestemming van het object ten tijde van het sluiten van de overeenkomst als eikpunt te kiezen. Nadeel van deze benadering is wel dat doordoor een groep particuliere koper (ten onrechte?) buiten de bescherming van de regeling valt.

Het is naar het oordeel van het onderzoeksteam aanbevelenswaardig om een object als een woning te beschouwen, zodra een deel tot bewoning is bestemd (ongeacht de grootte of het aandeel in het geheel). Dit laat weinig ruimte voor onzekerheid en sluit aan bij de gedachte dat particuliere kopers van woonruimte beschermd dienen te worden.

Een andere mogelijkheid is om het criterium dat het om woonruimte moet gaan geheel te laten vervallen en voor de (eventueel gewenste) afbakening van de bescherming van artikel 7:2 BW enkel aan te knopen bij de hoedanigheid van partijen en niet bij het object. De wettekst dient daartoe dan aangepast te worden door de woorden ‘tot bewoning bestemd’ in artikel 7:2 BW te schrappen. In artikel 7:765 BW kunnen de woorden ‘een woning, bestaande uit’ worden geschrapt. Dit ondervangt ten dele de gesignaleerde afbakeningsproblemen, omdat de aard van het object nog wel een rol zal kunnen spelen bij de beoordeling of een koper (dan wel verkoper) optreedt in een zakelijke dan wel particuliere hoedanigheid, waarover hieronder meer. De keuze om aan te knopen bij de hoedanigheid van de koper sluit goed aan bij de doelstelling van de regeling, nu deze beoogt consumenten te beschermen. Daarbij is de aanknoping bij zowel de aard van het object als de hoedanigheid van de koper voor de afbakening van de reikwijdte van de bepaling dubbelop.

Een vollediger oplossing voor dit probleem wordt bereikt indien er door de wetgever wordt gekozen het schriftelijkheidsvereiste voor alle onroerende zaken te laten gelden (zie hierover nader hierna paragraaf 2.9). Dit voorkomt tevens dat een groep kopers ten onrechte buiten de reikwijdte van de bescherming valt, waarbij bedoeld wordt op die kopers die een feitelijk nog niet tot bewoning bestemde zaak kopen om deze te gaan bewonen.

Onroerende zaak

Voorts leidt de gehanteerde afbakening met behulp van de term ‘een tot bewoning bestemde *onroerende zaak*’ ertoe dat er een onacceptabele leemte bestaat in de bescherming van particulieren die woonruimte kopen, waarbij wordt bedoeld op particulieren die een roerende woonboot of woonwagen van een andere particulier kopen. Deze overeenkomsten vallen immers noch binnen het bereik van artikel 7:2 BW, noch binnen het bereik van artikel 7:5 BW. Voor zover woonboten en woonwagens wél binnen de bescherming van de consumentenkoop vallen, omdat ze worden verkocht door een professionele verkoper, is dit niet te rijmen met het systeem van de wet, waaronder met name de bescherming die artikel 7:2 BW beoogt te bieden aan de particuliere kopers van woonruimte.

⁹⁸ Selderbeek-Doyer 2008, p. 179.

Daar de wet ziet op de bescherming van particulieren die woonruimte kopen, ligt het voor de hand om woonboten en woonwagens zonder meer binnen de bescherming van de wet te laten vallen en dit niet afhankelijk te laten zijn van het antwoord op de vraag of het desbetreffende object al dan niet bestemd is om duurzaam ter plaatse te blijven. Deze vraag zal immers niet altijd zonder meer duidelijk en ondubbelzinnig op voorhand door partijen te beantwoorden zijn.

De aanbeveling aan de wetgever is dan ook om een zinsnede of lid toe te voegen waarin expliciet wordt bepaald dat woonwagens en woonboten binnen het toepassingsbereik van artikel 7:2 BW vallen.

2.7.4 *Een natuurlijk persoon, niet handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf* (7:2 lid 1 en 7:765 lid 1 BW)

2.7.4.1 Begripsbepaling en reikwijdte

De bescherming van artikel 7:2 BW is in de eerste plaats beperkt tot woningen. De tweede wijze waarop de bescherming van artikel 7:2 BW is begrensd is door nadere definiëring van de groep personen die een beroep kunnen doen op deze bescherming, namelijk kopers die natuurlijke personen zijn, niet handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf, met andere woorden een particulier. Met deze formulering wordt aangesloten bij omschrijving van kopers te vinden in onder meer artikel 7:5 BW.⁹⁹

In tegenstelling tot de toepasselijkheid van artikel 7:5 BW op de koop van roerende zaken is het voor de toepasselijkheid van artikel 7:2 BW op de koop van onroerende zaken geen voorwaarde dat de wederpartij een professionele verkoper is. Met andere woorden de particuliere koper van een woning geniet de bescherming ook indien hij van een andere particulier koopt. Dit vindt verklaring in het feit dat niet zozeer de hoedanigheid van de wederpartij, maar de bijzondere aard van de transactie en het financiële gewicht van de aankoop de door de Wet koop onroerende zaken geboden bescherming rechtvaardigen.¹⁰⁰ Daarnaast kan worden opgemerkt dat niet alleen de professionele verkoper, maar ook de particuliere verkoper het te verkopen object in de regel veel beter kent dan de koper. Doorgaans heeft de verkoper zich ook al geruime tijd op de verkoop kunnen beraden voordat het object te koop werd aangeboden. De verkoper verkeert dan ook in een betere uitgangspositie dan de koper.

2.7.4.2 Onduidelijkheden

De minister heeft aangegeven geen afgrenzingsproblemen te verwachten met de begripsbepaling van 'een natuurlijk persoon niet handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf', omdat zich bij vergelijkbare bepalingen in het Burgerlijk Wetboek geen problemen zouden hebben voorgedaan.¹⁰¹ Bedoelde vergelijkbare bepalingen zijn de artikelen 6:236-237 BW en daarop aansluitend artikel 7:5 BW. Het begrip consument wordt in die bepalingen op subjectieve wijze ingevuld. Aan de hand van factoren zoals de aard van de prestatie, het verkoopgesprek, de wijze van betaling (en de naam die vermeld staat op het betaalafschrift) en het afleveradres, moet duidelijk worden of de koper al dan niet handelt in uitoefening van een beroep of bedrijf. Het is daarbij aan de koper om aan te tonen dat hij in de hoedanigheid als particuliere koper handelt.¹⁰²

Miskend wordt dat zich bij vergelijkbare bepalingen wel degelijk afgrenzingsproblemen voordoen. Zo doet zich bij de consumentenkoop de vraag voor hoe omgegaan dient te worden met overeenkomsten die zowel voor zakelijke als privé doeleinden worden gesloten, zoals de huisarts die een computer aanschaft zowel voor zijn patiëntenadministratie als voor persoonlijk gebruik.

⁹⁹ Het gaat bij artikel 7:2 BW uitdrukkelijk niet om een consumentenkoop, dit begrip ziet op de koop door een consument van roerende zaken verkocht door een professionele verkoper. Het gebruik van de term consumentkoper als het gaat om de koop van woningen dient te worden vermeden, omdat dit verwarring schept. Er wordt dan immers enkel gekeken naar de hoedanigheid van de koper en niet naar de van de verkoper. Het verdient de voorkeur in dit verband te spreken van een particuliere koper van woonruimte.

¹⁰⁰ Asser-Hijma 2007, nr. 140.

¹⁰¹ *Kamerstukken I* 2002-2003, 23 095, nr. 178b, p. 5.

¹⁰² Asser-Hijma 2007, nr.77.

In de jurisprudentie is de problematiek te vinden in de eerder al aangehaalde uitspraak van het Europese Hof van Justitie, die draaide om de aankoop van dakpannen voor een boerderij die zowel voor bewoning als voor het bedrijf werd gebruikt.¹⁰³

Bij de beoordeling van de vraag of de koper al dan niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf speelt de aard van het object (voor bewoning, zakelijk gebruik of gemengd) een rol. Dat dit geen eenduidig aanknopingspunt is, blijkt uit het hetgeen in paragraaf 2.7.3 is besproken. Bestudering van literatuur en jurisprudentie brengt ook andere onduidelijkheden naar voren.¹⁰⁴

Wat als iemand een volledig als woonruimte in gebruik zijnd object koopt, niet om er zelf te gaan wonen, maar bijvoorbeeld voor zijn behoeftige ouders. Is het dan daarbij van belang of al dan niet een huurprijs wordt bedongen?

Ook is het mogelijk dat een koper met het oog meerdere doeleinden handelt, waarbij valt te denken aan de aanschaf van een pand dat bestaat uit meerdere woningen, waarvan de koper er zelf één gaat bewonen en de overigen als een belegging beschouwd.

Wordt de huisarts die een object aanschaf om daarin praktijk te houden alsook te wonen, beschermd? Een 'huisbaas' die een pand koopt met de bedoeling het te verhuren aan studenten, kan gezien worden als iemand die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Geldt hetzelfde voor de student die een huis koopt, zelf één van de kamers betreft en de rest verhuurt aan mede-studenten?

Hof Arnhem 7 maart 2006, LJN: AV4864: een particuliere koopster koopt een recreatiewoning met de intentie om deze te gaan verhuren, en waartoe zij ook reeds een BTW-nummer had aangevraagd. Direct na de ondertekening beroept de koopster zich op de bedenktijd. In tegenstelling tot de rechtbank oordeelt het hof dat hier geen sprake was van een koop die valt binnen de bescherming van 7:2 BW, maar het beroep op de bedenktijd werd wel toegestaan omdat deze bevoegdheid in het koopcontract was opgenomen

Een andere vraag die deze begrenzing van de reikwijdte van artikel 7:2 BW oproept, is of afdoende rekening is gehouden met situaties waarin de verkoper een particulier is en de koper een professionele partij. Verdient niet in een dergelijk geval de verkopende particulier ten opzichte van de professionele koper bescherming? De (al dan niet zwakke) positie waarin de verkoper zich bevindt is mede sterk afhankelijk van de markt. In een verkopersmarkt heeft de koper een zwakkere (onderhandelings-) positie, terwijl in een kopersmarkt de verkoper zich in een zwakkere positie bevindt. De vraag is dan ook of het terecht is dat voor de afbakening van de bescherming enkel wordt aangehaakt bij de hoedanigheid van de koper, en niet tevens bij de hoedanigheid van de verkoper.

Het verdient aanbeveling dat de wetgever over het toepassingsbereik van de door de Wet koop onroerende zaken geboden bescherming zo veel mogelijk duidelijkheid verschaft. Daartoe dient een duidelijk criterium geformuleerd te worden aan de hand waarvan bepaald kan worden wanneer een partij te beschouwen is als 'handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf'. De beschermingsgedachte komt dan het beste tot zijn recht als de bescherming wordt geboden zodra deels voor particuliere doeleinden wordt gehandeld en het zakelijke gebruik niet de absolute overhand heeft. In aansluiting daarop zou men ervoor kunnen opteren om bij twijfel de vermeende particulier binnen de beoogde bescherming te laten vallen.

2.7.5 *Schriftelijk (7:2 lid 1, 7:766 lid 1 BW)*

2.7.5.1 Begripsbepaling, reikwijdte en onduidelijkheden

Terwijl in het eerste lid van artikel 7:2 BW wordt aangegeven dat de koop van een tot bewoning bestemde onroerende zaak of bestanddeel daarvan door een particuliere koper 'schriftelijk' moet worden aangegaan, wordt in het tweede lid van dit artikel gesproken over een 'tussen partijen opgemaakte akte'. Hetzelfde zien we terug in de leden 1 en 2 van artikel 7:766 BW.

¹⁰³ HvJ 20 januari 2005, C-464/01 (Gruber v Bay Wa AG).

¹⁰⁴ Zie onder meer Van Velten 2005c, p. 36 en Hof Arnhem 7 maart 2006, LJN: AV4864.

De betekenis van de term ‘schriftelijk’, zoals gehanteerd in de artikelen 7:2 lid 1 en 7:766 lid 1 BW, is niet gelijk aan de betekenis van de in de artikelen 7:2 lid 2 en 7:766 lid 2 BW gebruikte term ‘tussen partijen opgemaakte akte’. Het verschil bestaat hierin dat om te voldoen aan het vereiste van schriftelijkheid geen handtekening is vereist. Het verschil in de hier gebruikte terminologie maakt, dat het op basis van de wettekst strikt genomen mogelijk is dat er wel een schriftelijke en daarmee geldige koopovereenkomst tot stand komt, maar dat er geen bedenktijd ingaat omdat de overeenkomst niet in de vorm van een akte ter hand is gesteld. De term ‘schriftelijk’ laat verder naar juridisch taalgebruik ook ruimte om een geldige koopovereenkomst te sluiten met behulp van meerdere geschriften, zoals bijvoorbeeld een briefwisseling tussen partijen. Kortom, de term ‘schriftelijk’ is een ruim begrip dat voor meerderlij uitleg vatbaar is.¹⁰⁵

Door de minister is aangegeven dat een briefwisseling niet volstaat. Het schriftelijkheidsvereiste van lid 1 van de genoemde artikelen in de uitleg van de minister gelijk aan de onderhandse akte als genoemd in lid 2 van deze artikelen.¹⁰⁶ Er is dus uitdrukkelijk niet aan het schriftelijkheidsvereiste voldaan met twee op elkaar aansluitende akten. De bedoeling is dat de koopovereenkomst wordt opgenomen in één door beide partijen ondertekende akte, die vervolgens ter hand kan worden gesteld, om daarmee het begin van de bedenktijd te markeren. Deze uitleg, die gezien de strekking van artikel 7:2 BW aan de term ‘schriftelijk’ moet worden gegeven, sluit niet aan bij het juridische taalgebruik.

Rb Leeuwarden 29 juni 2006, LJN AX9937: in deze zaak was sprake van een e-mail uitwisseling. De rechter verwees naar de uitspraken van de minister in de parlementaire geschiedenis en stelde vast dat sprake moet zijn van een tussen partijen opgemaakte akte en dat een opeenvolging van brieven of e-mails niet volstaat.

De gesignaleerde inconsistentie met betrekking tot de term ‘schriftelijk’ zoals gehanteerd in lid 1 van de artikelen 7:2 en 7:766 BW is onwenselijk. Het verdient aanbeveling dat de wetgever de wettekst op dit punt aanpast zodat het consistent wordt met de bewoordingen in lid 2 van deze artikelen en bovendien de terminologie in overeenstemming wordt gebracht met de strekking van de bepaling alsook met de wijze waarop dit in juridisch taalgebruik geduid pleegt te worden. Aan het woord ‘schriftelijk’ zou daartoe kunnen worden toegevoegd de woorden: ‘in de vorm van een tussen partijen opgemaakte akte’.

2.7.6 Akte (7:2 lid 2, 7:766 lid 2 BW)

Over het begrip akte bestaat geen onduidelijkheid. De term ‘akte’ wil zeggen een onderhandse akte als bedoeld in artikel 156 Rv, dat wil zeggen een ondertekend geschrift bestemd om als bewijs te dienen. Bevestigd is dat op basis van artikel 3:15a jo 6:227a BW een akte ook elektronisch tot stand kan komen. Mocht daar al twijfel over bestaan, dan zal het als gevolg van het voorgestelde artikel 156a Rv¹⁰⁷ zonder meer mogelijk worden dat onderhandse akten op andere wijze dan bij geschrift opgemaakt kunnen worden. Dit doet de vraag rijzen of het mogelijk wordt dat de koopovereenkomst van een woning elektronisch tot stand komt. Zie over deze vraag paragraaf 2.8 hierna.

2.7.7 Ter hand stellen (7:2 lid 2, 7:766 lid 2 BW)

Op grond van de artikelen 7:2 lid 2 en 7:766 lid 2 BW dient de tussen partijen opgemaakte akte of een afschrift daarvan aan de koper respectievelijk opdrachtgever ter hand worden gesteld, desverlangd tegen afgifte aan de verkoper respectievelijk aannemer van een gedateerd ontvangstbewijs. Met betrekking tot het ‘ter hand stellen’ bestaat geen begripsmatige verwarring. Wel kunnen zich (bewijs)problemen voordoen ten aanzien van het antwoord op de vraag of de akte daadwerkelijk aan de koper ter hand is gesteld.

Vzngr. Rb. ’s Gravenhage 25 januari 2006: een koopcontract werd afzonderlijk door partijen ondertekend, eerst op 27 april door de verkoper en daarna op 5 mei door de koper. Vervolgens stuurde de makelaar op 10 mei per post kopieën van het door beide partijen ondertekende contract naar de partijen. Op 1 juni stelde de

¹⁰⁵ Vergelijk Selderbeek-Doyer 2008, p. 181.

¹⁰⁶ *Kamerstukken I*, 2001-2002, 23 095, nr. 38a, p. 5-6.

¹⁰⁷ Wetsvoorstel inzake verruiming elektronisch rechtsverkeer, nr. 31 358, op 2 december 2008 met algemene stemmen aangenomen in de Tweede Kamer.

koper zich op het standpunt geen kopie te hebben ontvangen, dat om die reden de bedenktijd niet was gaan lopen, ter gelegenheid die bedenktijd ook in te roepen en het contract te ontbinden. De rechter oordeelde dat de makelaar zijn zorgplicht had geschonden door de kopie slechts per gewone post, en niet aangetekend, te verzenden, waardoor de bedenktijd voor de koper niet goed werd afgebakend.

Om dit probleem te ondervangen, vragen makelaars in de praktijk aan de koper een ontvangstbewijs te tekenen, wat geldt als bewijs van de terhandstelling. Nu het in het belang van de verkoper is zich te verzekeren dat de koper de akte daadwerkelijk heeft gekregen, kan deze daartoe maatregelen nemen zoals een afschrift van de akte aangetekend verzenden, dan wel de koper om een getekend ontvangstbewijs te vragen.

Het voorgestelde artikel 156a Rv maakt het mogelijk dat een terhandstelling ook langs elektronische weg mogelijk wordt, waarover meer in paragraaf 2.8.

2.8 Elektronische communicatie

2.8.1 *Is elektronisch contracteren mogelijk?*

De bewoordingen schriftelijk, akte, en ter hand stellen verwijzen naar papieren documenten en een fysieke handeling. Dat roept de vraag op of het mogelijk is dat de koop van een woning door een particulier op elektronische wijze plaatsvindt.

Ter beantwoording van deze vraag is voor wat betreft het vereiste van schriftelijkheid artikel 6:227a BW van belang en dient daarenboven in relatie tot de eis dat sprake moet zijn van een tussen partijen opgestelde, aan de koper ter hand gestelde akte artikel 156 Rv in ogenschouw te worden genomen. Bovendien moet in dit verband acht worden geslagen op het wetsvoorstel verruiming elektronisch rechtsverkeer.¹⁰⁸

Artikel 6:227a BW luidt als volgt:

1. 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;
 - 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.
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; voor zover de aard van de overeenkomst of van de rechtsbetrekking waarvan zij deel uitmaakt zich daartegen verzet.
3. Lid 1 is niet van toepassing op:
 - 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 het licht van dit artikel bestond enige onduidelijkheid over de vraag of overeenkomsten met betrekking tot onroerende zaken zijn uitgezonderd of niet. Op basis van artikel 6:227a lid 2 sub a BW lijkt het kopen van huizen op het eerste gezicht expliciet uitgezonderd te zijn van het toepassingsbereik van artikel 6:227a

¹⁰⁸ Wijziging van enige bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering en het Burgerlijk Wetboek teneinde naast het in deze bepalingen gestelde vereiste van schriftelijkheid ook ruimte te bieden aan de ontwikkelingen op het gebied van het elektronisch verkeer, nr. 31 358.

lid 1 BW. In de parlementaire geschiedenis is evenwel aangegeven dat het de bedoeling is dat een elektronische totstandkoming van een overeenkomst met betrekking tot onroerende zaken in beginsel mogelijk moet zijn.¹⁰⁹ Daarbij is opgemerkt dat de relativering van de slotzinsnede van artikel 6:227a BW lid 2 sub b ook van toepassing is op de verkoop van onroerende zaken. Dit betekent dat het elektronisch tot stand komen van de koop van een woning op de voet van artikel 6:227a BW mogelijk is voor zover de aard van de overeenkomst zich daar niet tegen verzet.¹¹⁰

Onduidelijk bleef vervolgens wanneer de aard van de overeenkomst zich tegen elektronische totstandkoming verzet. Welke gevallen zijn denkbaar? Door de minister is aangegeven dat dit niet op voorhand is te voorzien. Om die reden is niet nader gespecificeerd aan welke gevallen wordt gedacht. De wet laat in ieder geval de mogelijkheid open voor partijen om aan te tonen dat een specifieke koopovereenkomst ten aanzien van een onroerende zaak niet elektronisch tot stand zou moeten kunnen komen. Het is dan aan de rechter om te beslissen of de uitzondering in de concrete situatie toegepast zou moeten worden. Daarbij geeft de minister aan dat een beroep op de uitzondering enkel bij hoge uitzondering succesvol kan zijn.¹¹¹ Hij stelt expliciet de mogelijkheid elektronisch te contracteren voorop. In het kader van het wetsvoorstel inzake de verruiming van het elektronisch rechtsverkeer¹¹² wordt aan deze onduidelijkheden een einde gemaakt. Voorgesteld wordt overeenkomsten met betrekking tot onroerend goed niet langer voorwaardelijk uit te zonderen van de toepassing van artikel 6:227a BW, specifiek gesteld: het wetsvoorstel houdt onder meer in dat artikel 6:227a BW aldus wordt gewijzigd dat het tweede lid komt te vervallen en dat derde lid wordt vernummerd tot lid 2.

Zoals reeds aangestipt doet zich hier bovendien gevoelen dat artikel 7:2 BW niet alleen voorschrijft dat de koop van een woning door een particulier schriftelijk wordt aangegaan, maar tevens dat dit dient te geschieden in de vorm van een tussen partijen opgemaakte, aan de koper ter hand te stellen akte. Ook dit aspect lijkt op het eerste gezicht een papieren document te veronderstellen. Artikel 156 Rv definieert de akte immers als een ondertekend geschrift, bestemd om tot bewijs te dienen. De bewoordingen ‘ter hand stellen’ lijken bovendien te verwijzen naar een fysieke handeling.¹¹³ In de parlementaire geschiedenis bij de artikelen 3:15a-c BW is door de minister opgemerkt dat een elektronisch document dat voldoet aan de vereisten van artikel 6:227a BW waaraan een elektronische handtekening is gehecht die voldoet aan de eisen van artikel 3:15a BW gezien kan worden als een akte in de zin van artikel 156 BW.¹¹⁴ Hoe dit ook zij, als gevolg van de in te voeren Wet inzake de verruiming van het elektronisch rechtsverkeer zal het zonder meer mogelijk worden dat onderhandse akten op andere wijze dan bij geschrift opgemaakt kunnen worden en dat deze via elektronische weg kunnen worden verschaft. Het nu op tafel liggende vergevorderde wetsvoorstel¹¹⁵ houdt onder meer in dat in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering na artikel 156 Rv een artikel 156a wordt ingevoegd, luidende:

1. Onderhandse akten kunnen op een andere wijze dan bij geschrift worden opgemaakt op zodanige wijze dat het degene ten behoeve van wie de akte bewijs oplevert, in staat stelt om de inhoud van de akte op te slaan op een wijze die deze inhoud toegankelijk maakt voor toekomstig gebruik gedurende een periode die is afgestemd op het doel waarvoor de akte bestemd is te dienen, en die een ongewijzigde reproductie van de inhoud van de akte mogelijk maakt.
2. Aan een wettelijke verplichting tot het verschaffen van een onderhandse akte kan alleen op een andere wijze dan bij geschrift worden voldaan met uitdrukkelijke instemming van degene aan wie de akte moet worden verschaft. Een instemming ziet, zolang zij niet is herroepen, eveneens op het verschaffen van een gewijzigde onderhandse akte. Het in de eerste zin van dit lid bepaalde lijdt uitzondering indien de akte eveneens is ondertekend door degene aan wie de akte op grond van de wet moet worden verschaft.

¹⁰⁹ *Kamerstukken I*, 2002-2003, 23 095, nr. 38a, p. 7.

¹¹⁰ Breedveld-de Voogd 2005a, Van Velten 2008a.

¹¹¹ *Kamerstukken I*, 2002-2003, 23 095, nr. 38a, p. 8.

¹¹² Wijziging van enige bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering en het Burgerlijk Wetboek teneinde naast het in deze bepalingen gestelde vereiste van schriftelijkheid ook ruimte te bieden aan de ontwikkelingen op het gebied van het elektronisch verkeer, nr. 31 358.

¹¹³ Asser-Hijma 2007, nr. 136a.

¹¹⁴ *Kamerstukken I*, 2002-2003, 27 743, nr. 35, p. 10, zie ook nr. 35b, p. 2.

¹¹⁵ *Kamerstukken I*, 2008-2009, 31 358, nr. A.

Duidelijk is dat indien de nu op tafel liggende, vergevorderde wetgevingsplannen worden doorgevoerd de elektronische koop zonder meer mogelijk is, ook indien het een koop van een woning door een particulier betreft.

2.8.2 *Welke eisen gelden voor elektronisch contracteren?*

Voor de verkoop van een huis via elektronische weg dient wel te worden voldaan aan de eisen die de wet aan elektronisch contracteren stelt.

In de eerste plaats stelt de algemene bepaling voor elektronisch contracteren, artikel 6:227a BW, een viertal eisen aan de elektronische overeenkomst, namelijk:

1. De overeenkomst moet raadpleegbaar zijn;
2. De authenticiteit moet voldoende zijn gewaarborgd;
3. Het moment van tot stand komen moet kunnen worden vastgesteld;
4. De identiteit van de partijen moet kunnen worden vastgesteld.

Zoals hierboven is aangegeven, dient er daarenboven, waar het gaat om de koop van een woning door een particulier, sprake te zijn van één door beide partijen ondertekende akte. In elektronische vorm moet een dergelijke onderhandse akte ingevolge het voorgestelde artikel 156a Rv zodanig zijn opgemaakt dat:

1. Het mogelijk is de inhoud op te slaan op een wijze die deze inhoud toegankelijk maakt voor toekomstig gebruik gedurende een periode die is afgestemd op het doel waarvoor de akte bestemd is te dienen, en
2. die een ongewijzigde reproductie van de inhoud mogelijk maakt.

Ondertekening kan plaatsvinden met behulp van de elektronische handtekening. De eisen die gesteld zijn aan de elektronische handtekening, zijn neergelegd in de artikelen 3:15a e.v. BW. Een elektronische handtekening heeft dezelfde rechtsgevolgen als een geschreven handtekening, indien de methode die daarbij is gebruikt voor authenticatie voldoende betrouwbaar is, gelet op het doel waarvoor de elektronische gegevens worden gebruikt en op alle overige omstandigheden van het geval (artikel 3:15a lid 1 BW).

Er zijn verschillende technieken beschikbaar die het mogelijk maken een elektronische handtekening aan een document te hechten. Niet duidelijk is welke type handtekening gebruikt zal moeten worden om te voldoen aan de gestelde eis van voldoende betrouwbaarheid. Dit moet worden beoordeeld aan de hand van het doel waarvoor de gegevens worden gebruikt en alle overige omstandigheden van het geval.

Aangezien met het doel van de koopakte met betrekking tot een huis aanzienlijke belangen zijn gemoeid, zullen aan de betrouwbaarheid van de elektronische handtekening betrekkelijk hoge eisen gesteld moeten worden. Wat betreft 'overige omstandigheden' zou men bijvoorbeeld kunnen denken aan de stand van de techniek, de maatschappelijke opvatting inzake hetgeen als 'betrouwbaar' wordt beschouwd en de wijze waarop de bij de koop betrokken partijen hebben gecommuniceerd.

Als gebruik wordt gemaakt van de zogenaamde 'geavanceerde elektronische handtekening', dat wil zeggen een handtekening die voldoet aan de eisen opgesomd in artikel 3:15a lid 2 BW, dan wordt de handtekening in ieder geval vermoed voldoende betrouwbaar te zijn. Degene die gebruik wil maken van de geavanceerde elektronische handtekening dient te beschikken over een gekwalificeerd certificaat, afgegeven door een certificatie dienstverlener, die aan een set vereisten opgesomd in de telecommunicatiewet voldoet. In totaal gelden voor dit type handtekening meer dan dertig vereisten. Er zullen weinig particulieren zijn die zich van deze vorm van elektronisch ondertekenen kunnen bedienen.

Het voorgestelde artikel 156a Rv maakt het mogelijk om akten anders dan in de vorm van een fysiek geschrift te verschaffen. De akte is op elektronische wijze verschaft op het moment dat de ontvangst is bevestigd, zie het voorgestelde artikel 156a lid 3 Rv. Waar de wet het verschaffen, ofwel ter hand stellen, van een onderhandse akte verplicht stelt kan daaraan in het algemeen gesteld slechts langs elektronische weg worden voldaan, indien degene aan wie de akte moet worden verschaft uitdrukkelijk toestemming heeft

gegeven. De vereiste toestemming moet nadrukkelijk onder de aandacht zijn gebracht, instemming met algemene voorwaarden waarin is opgenomen dat wordt ingestemd met verschaffing op andere wijze volstaat niet.¹¹⁶ De toestemming kan volgens de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel verruiming elektronisch rechtsverkeer worden verkregen door het aanvinken van een hokje achter de daartoe strekkende verklaring op de koopovereenkomst of op een afzonderlijk formulier. Om te waarborgen dat het gaat om uitdrukkelijke toestemming zou het niet toegestaan moeten zijn om een dergelijk hokje standaard aangevinkt te hebben.

In het kader van artikel 6:227a BW is (expliciete) toestemming geen vereiste.¹¹⁷ Maar, nu voor het verschaffen van de akte op grond van artikel 156a BW wel expliciete toestemming is vereist, zou dit meebrengen dat een geheel langs elektronische weg opgestelde en ondertekende akte toch nog uitgeprint dient te worden en fysiek aan de partij die dit zo wenst overhandigd of toegestuurd dient te worden, indien deze toestemming ontbreekt. Om die reden is bij nota van wijziging aan artikel 156a lid 2 Rv toegevoegd dat de uitdrukkelijke instemming voor elektronisch verschaffen van de akte niet is vereist indien de akte is ondertekend door degene aan wie de akte moet worden verschaft.¹¹⁸ Met het elektronische ondertekenen van de akte kan volgens de minister de instemming met het elektronisch verschaffen worden aangenomen. Het vereisen van uitdrukkelijke toestemming voor het in elektronische vorm verschaffen zou leiden tot onnodige administratieve handeling, chicanerend gedrag en kan rechtsonzekerheid veroorzaken.¹¹⁹ Kortom: het vereiste van toestemming speelt alleen bij de verschaffing van elektronische onderhandse akten die niet ook worden ondertekend door degene aan wie de akte op grond van de wet moet worden verschaft en is dus voor ons van geen belang.

2.8.3 *Bezwaren tegen elektronische totstandkoming van de koop en praktijkscenario's*

Van Velten heeft bezwaren geuit tegen de mogelijkheid van een elektronische totstandkoming van de koop van een woning.¹²⁰ In de kern komt zijn kritiek er op neer dat het langs elektronische weg kopen van een huis te gemakkelijk zou zijn. Hij betoogt dat het aanklikken van een uit vele onderdelen opgebouwd elektronisch koopcontract immers erg gemakkelijk gaat, en dat van de beoogde rechtsbescherming van artikel 7:2 BW in dat geval weinig terecht zal komen. Het door middel van enkel klikken aanschaffen van een huis aan de hand van een fraaie website lijkt hem een ontwikkeling die zonder twijfel tot ongelukken zal leiden. Ook Huijgen staat kritisch tegenover een elektronische totstandkoming van een koop.¹²¹

De geschetste wijze van totstandkoming via een website met enkel klikken is inderdaad een vorm die veel twijfel doet rijzen. Maar er zijn ook andere manieren van elektronisch contracteren denkbaar.

Te denken valt aan de volgende gevalsschets: een koper besluit na bezichtiging een bod uit te brengen op een huis. Per e-mail aan de verkopende makelaar brengt hij zijn bod uit met een aantal voorbehouden (zoals onder voorbehoud van financiering en een bouwtechnische keuring). De makelaar laat vervolgens telefonisch weten dat het bod door de koper is geaccepteerd en stuurt per e-mail de conceptkoopakte naar de koper. De koper heeft op dat moment de gelegenheid om deze in alle rust door te nemen (en bijvoorbeeld uit te printen) en desgewenst een deskundige in te schakelen. De koper kan nu (bijvoorbeeld met behulp van track-changes, of de mogelijkheid om opmerkingen in te voegen in het elektronische document, of simpelweg door de wijzigingen in een reply-mail op te sommen) door hem gewenste wijzigingen doorgeven, waarna de makelaar een tweede concept, waar reeds een elektronische handtekening van de verkoper aan is gehecht, ter elektronische ondertekening aan de koper mailt. Vervolgens kan de koper het document na bestudering voorzien van zijn elektronische handtekening en retour sturen naar de makelaar. Op het moment dat de koper zijn elektronische handtekening aan de akte hecht heeft hij de beschikking over een door twee partijen ondertekend document. De terugzending kan gezien worden als ontvangstbevestiging, op welk

¹¹⁶ *Kamerstukken II*, 2007-2008, 31 358, nr. 3, p. 5.

¹¹⁷ Men zou kunnen stellen dat impliciet toestemming van de beide partijen vereist is, omdat er twee partijen nodig zijn om mee te werken aan de totstandkoming van de overeenkomst.

¹¹⁸ *Kamerstukken I*, 2008-2009, 31 358, A (gewijzigd voorstel van wet).

¹¹⁹ *Kamerstukken II*, 2008-2009, 31 358, nr. 7, p. 6.

¹²⁰ Van Velten 2008a, Van Velten 2009a.

¹²¹ Zie het interview met Pim Huijgen door Jolanda aan de Stegge in *Notariaat Magazine* van maart 2009.

moment de bedenktijd gaat lopen. De koper heeft dan nogmaals de gelegenheid zich op zijn aankoop en de inhoud van de akte te bezinnen. Zelfs zonder deze bedenktijd is er in deze casus voldoende gelegenheid voor de koper om zich te bezinnen op de aankoop en zich te beraden op de inhoud van de conceptakte. Bovendien dient de elektronische akte te voldoen aan de eisen gesteld in artikel 6:227a BW en de elektronische handtekening aan de eisen gesteld in artikel 3:15a BW.

Aangezien het communiceren per e-mail steeds meer gemeengoed wordt, zal het bezinnen en het beraden op de inhoud van de akte nu in veel gevallen al plaats vinden op basis van elektronische documenten. In de praktijk wordt voor een groot deel al door contractspartijen met behulp van e-mail gecommuniceerd. Enkel in de laatste fase (de ondertekening en de ter hand stelling) wordt dan nog teruggevallen op geschriften. Dat betekent dat het elektronische document door de verkoper (of koper) geprint en ondertekend wordt en per fysieke post of fax naar de andere partij wordt gezonden, waarna deze zijn handtekening zet en het geschrift, althans een kopie daarvan, weer naar de verkoper zendt (of koper). Ook kan een afspraak (bijvoorbeeld ten kantore van de makelaar) worden gemaakt om te ondertekenen en de ondertekende documenten uit te wisselen. Indien ter hand stelling van een elektronische akte mogelijk is zal dit in ieder geval tijd en moeite kunnen besparen in deze laatste fase.

Elektronisch contracteren betekent niet noodzakelijk dat een onroerende zaak met enkele klikken tot stand komt. Als bezwaren tegen het elektronisch tot stand komen van een koopcontract met betrekking tot een huis worden genoemd dat er vanaf een scherm kennis zou moeten genomen van een toch al moeilijk leesbaar contract en dat om bewijstechnische redenen de vluchtige communicatie niet wenselijk is.¹²² Ten aanzien van deze bezwaren kan worden opgemerkt dat het kan worden uitgeprint, maar dat ook een uitgeprint contract voor een leek op papier niet duidelijker zal worden. Daarbij komt dat het elektronisch verzonden contract gemakkelijk aan deskundigen kan worden doorgestuurd. Gebruik van de PC en de mogelijkheid van archiveren en back-ups maken, maakt dat de particulier bewijstechnisch niet in een slechtere positie hoeft te verkeren.¹²³

Zo beschouwd, doet de mogelijkheid om via elektronische wijze te voldoen aan het vormvoorschrift van artikel 7:2 BW geen afbreuk aan de bescherming die dit vormvoorschrift behelst, mits de elektronische vorm met voldoende waarborgen is omkleed. Immers ook thans komen, zonder dat gebruik wordt gemaakt van de elektronische weg, koopovereenkomsten van woningen tot stand zonder face to face contact tussen de betrokken (particuliere) partijen. Het enkel uitsluiten van de elektronische weg brengt derhalve op zich nog geen extra waarborgen mee.

Daar staat tegenover dat elektronische communicatie sneller en impulsievere vormen van communiceren mogelijk maakt, waardoor particulieren wellicht al te gemakkelijk veelomvattende verplichten aangaan die zij niet (goed) kunnen overzien. Ook als een overeenkomst in fysiek schriftelijke vorm wordt aangegaan loopt de koper het gevaar dat hij de gevolgen niet goed kan overzien, maar dit gevaar is mogelijk nog groter wanneer het hele traject elektronisch verloopt.

Een koper communiceert met de makelaar per e-mail over de aankoop van een appartement. Meerdere keren worden concepten van koopaktes per mail uitgewisseld. De koper stuurt de akte per mail aan een bevriende jurist die per reply commentaar geeft. Wanneer men het eens is over de tekst, wordt een afspraak gemaakt ten kantore van de makelaar, alwaar koper en verkoper de akte ondertekenen en waar meteen kopieën van de door beide partijen ondertekende akte ter hand gesteld worden. De koper gaf aan in de veronderstelling te zijn dat het verplicht was dat ten kantore werd ondertekend en dat dit officiële moment hem doordrong van het (grote) belang van de overeenkomst.

De bezwaren die rijzen tegen het elektronisch tot stand komen van koopovereenkomsten ten aanzien van onroerend goed, hebben in de kern niet zozeer betrekking op de invulling van het in het artikel 7:2 BW neergelegd vormvoorschrift via elektronische weg; ze hebben daarentegen betrekking op het gebrek aan extra waarborgen naast de thans door de Wet koop onroerende zaken geboden waarborgen van schriftelijkheid, bedenktijd en mogelijkheid tot inschrijving. Gedoeld wordt op de afwezigheid van verplichte in-

¹²² *Kamerstukken I*, 2008-2009, 31 358, p. 1-2. Van Velten 2009a.

¹²³ Veel mensen gebruiken hun e-mail account als een archief.

schakeling van een juridisch deskundig in het kader van de totstandkoming van de overeenkomst, waaraan in hoofdstuk VI uitgebreid aandacht wordt besteed.

2.8.4 Conclusies en aanbevelingen

Onmiskenbaar is dat elektronisch contacteren naast voordelen ook mogelijke nadelen kent. De snelheid en directheid waarmee gecommuniceerd kan worden brengt een groter risico op overhaast genomen beslissingen en impulsiviteit met zich mee. Het opent de mogelijkheid dat kopers op basis van een digitale presentatie een woning aanschaffen. Hiertegen dient te worden voorzien in waarborgen.

Het geheel verbieden van de elektronische totstandkoming verhindert dat kopers en verkopers van woningen kunnen profiteren van de voordelen (kosten- en tijdsbesparingen), en druist in tegen de praktische ontwikkelingen die nu reeds plaatsvinden, namelijk dat een groot deel van de communicatie per e-mail en telefoon plaatsvindt terwijl enkel voor de formaliteit in de eindfase nog een schriftelijk stuk heen en weer gaat.

De mogelijkheid om het proces geheel elektronisch af te wikkelen hoeft niet noodzakelijk af te doen aan de op dit moment door de Wet koop onroerende zaken beoogde bescherming. Dit ware uiteraard anders geweest als deze bescherming uitgebreid zou zijn met de verplichte inschakeling van de notaris in het kader van de totstandkoming van de koopovereenkomst. Face to face contact dient dan ook andere belangen, waarover meer in hoofdstuk VI. Op deze plek gaat het evenwel slechts om de vraag naar mogelijke invullingen van het in artikel 7:2 BW neergelegde vormvoorschrift.

Met name de eis dat de elektronische overeenkomst voorzien dient te worden van een elektronische handtekening biedt de mogelijkheid om te waarborgen dat de overeenkomst niet op meer lichtzinnige wijze dan thans mogelijk is, wordt aangegaan. Aandachtspunt in verband hiermee zal wel zijn het type elektronische handtekening dat vereist wordt. Er zijn verschillende soorten elektronische handtekeningen met verschillende mate van complexiteit en betrouwbaarheid. Breedveld-de Voogd is van mening dat voldoende zekerheid wordt ingebouwd indien hier de eis van een geavanceerde elektronische handtekening wordt gesteld.¹²⁴ Van Velten vraagt zich in reactie hierop af of er particulieren zijn die over een dergelijke handtekening beschikken, waardoor de mogelijkheid om elektronisch te contracteren in dat geval slechts theoretisch zal blijken te zijn.¹²⁵ Het voorgestelde artikel 7:932 lid 1 BW stelt als eis dat een verzekeringspolis opgemaakt op de wijze als bedoeld in artikel 156a Rv moet zijn voorzien van een geavanceerde elektronische handtekening.¹²⁶

Naar oordeel van het onderzoeksteam misstaat ten opzichte van de huidige regeling en het daarin opgenomen beschermingsniveau de mogelijkheid van het sluiten van een koopovereenkomst via elektronisch weg niet. Het doet immers, indien goed ingekleed, geen afbreuk aan de huidige bescherming. Echter, indien het huidige beschermingsniveau door middel van de verplichte inschakeling van de notaris wordt opgeschroefd, behoort het elektronisch contracteren niet langer tot de mogelijkheden. De bezwaren tegen de elektronische verkoop van woningen hebben immers niet zozeer betrekking op de invulling van het in het artikel 7:2 BW neergelegd vormvoorschrift via elektronische weg; ze hebben daarentegen betrekking op het gebrek aan extra waarborgen naast de thans door de Wet koop onroerende zaken geboden waarborgen van schriftelijkheid, bedenktijd en mogelijkheid tot inschrijving, reden waarom verwezen zijn naar hoofdstuk VI.

Gezien de verscheidenheid aan elektronische akten, achtte de minister het in het kader van het wetsvoorstel verruiming elektronisch rechtsverkeer niet wenselijk om voor iedere akte wettelijk vast te leggen welke elektronische handtekening gehanteerd dient te worden. Dat er in die wet geen ruimte is om specifieke bepalingen op te nemen voor alle denkbare aktes is begrijpelijk, maar in het kader van een mogelijke herziening van artikel 7:2 BW verdient het aanbeveling dat de wetgever hier wel aandacht aan besteedt.

¹²⁴ Breedveld-de Voogd 2007, p. 109.

¹²⁵ Van Velten 2008a.

¹²⁶ Vergelijk *Kamerstukken II*, 2008-2009, 31 358, nr. 7, p. 3.

De wetgever zal de nodige rechtszekerheid moeten bieden met betrekking tot het vereiste betrouwbaarheidsniveau, bij voorkeur door aan te duiden welke typen elektronische handtekeningen die op dit moment beschikbaar zijn als afdoende beschouwd kunnen worden. Om de wettelijke bepaling ten aanzien van dit onderwerp flexibel te houden met het oog op snelle technologische ontwikkelingen, kan dit met behulp van een gemakkelijker aan de laatste ontwikkelingen aan te passen AMVB.

De eisen die aan de elektronische ondertekening worden gesteld kunnen voorkomen dat (in de woorden van van Velten) met enkele muisklikken in een seconde van onbezonnenheid grote verplichtingen worden aangegaan.

Daarnaast is de bedenktijd een belangrijk beschermingsmechanisme bij de bescherming in het kader van elektronisch contracteren, vergelijk de bedenktijd van 7 werkdagen in het kader van het sluiten van overeenkomsten op afstand. Indien besloten wordt de bedenktijd voor de koop van woningen af te schaffen, dan kan ervoor gekozen worden deze voor de elektronisch totstandgekomen overeenkomsten te behouden. Nu de elektronische overeenkomst op een aantal punten meer risico's met zich brengt, met name op het punt van overijling, kan dat een rechtvaardiging zijn de bedenktijd voor die gevallen zelfs te verlengen (bijvoorbeeld tot 7 dagen).

2.9 Uitbreiding van het vormvoorschrift

2.9.1 *Ter inleiding*

Thans wordt toegekomen aan de vraag of er reden is tot uitbreiding van het vormvereiste van een schriftelijke koopovereenkomst, ook indien de koop niet op een tot woning bestemde onroerende zaak betrekking heeft, en ook als de koper niet een particulier is. En voorts, of hier reden toe is als er geen sprake is van een overeenkomst tot aanneming van de bouw van een nieuwbouwwoning in opdracht van een particulier.

2.9.2 *Koppeling aan het doel van het vormvoorschrift*

Indien de betekenis van het vormvoorschrift van artikel 7:2 BW is dat het enkel dienstbaar is aan de bedenktijd, in die zin dat het ingangsmoment van deze bedenktijd duidelijk moet zijn, en dat men een stuk dient te hebben waarop men zich tijdens de bedenktijd kan beraden, kan er uitsluitend aanleiding zijn om het vormvereiste uit te breiden indien ook de bedenktijd op gelijke wijze wordt uitgebreid.

Evenwel, hierboven is reeds vastgesteld dat het vormvoorschrift ook los van de dienstbaarheid aan de bedenktijd een zelfstandige functie vervult bij de koop van woningen. Genoemd zijn de beschermingsgedachte van partijen tegen overijling, de rechtszekerheid voor beide partijen met betrekking tot de totstandkoming en de inhoud van de overeenkomst, als ook het maatschappelijke belang bij zekerheid omtrent de status van onroerende zaken.

2.9.3 *Waarom beperkt tot woningen en particulieren?*

Door zowel aan te knopen bij de status van het object als bij de hoedanigheid van de koper wordt de bepaling op twee manieren begrensd die beide hetzelfde beogen: de bescherming van de bepaling begrenzen tot consumentkopers. Er is niet gekozen voor een vormvereiste voor alle onroerende zaken omdat het wetsvoorstel ertoe strekte de leemte in titel 7.1 BW (consumentenkoop) op te vullen.¹²⁷ Bij deze opmerking past een belangrijke notitie: de consumentenkoop als bedoeld in artikel 7:5 BW is niet goed te vergelijken met de koop van een woning door een particulier. De consumentenkoop ziet immers op de verkoop van roerende zaken door professionele verkopers aan particuliere kopers. Bij de consumentenkoop bevindt de consument zich ten opzichte van zijn professionele partij in een zwakke positie, met name als

¹²⁷ Onder meer: *Kamerstukken I*, 2002-2003, 23 095, nr. 38a, p. 1.

gevolg van de hoedanigheid van de verkoper die financieel gezien en wat betreft deskundigheid beter is toegerust. Dit rechtvaardigt de bescherming van de consumentkoper.

De bescherming van de koper van een woning is om een aantal andere redenen dan de hoedanigheid van de verkoper gerechtvaardigd. Deze redenen zijn gelegen in de aard van de overeenkomst: het gaat om een overeenkomst die ingrijpende gevolgen heeft in het leven van de koper (het gaat om zijn woonruimte), het gaat om aanzienlijke en langlopende financiële verplichtingen, de risico's zijn groot, bijvoorbeeld met het oog op het bestaan van verborgen gebreken en de overeenkomst is juridisch gezien complex van aard, waarbij opgemerkt kan worden dat de consument slechts enkele malen in zijn leven een dergelijke overeenkomst pleegt te sluiten.

Een zakelijke koper wordt geacht minder behoefte aan bescherming te hebben; een inbreuk op de contractsvrijheid is voor deze partijen minder snel te rechtvaardigen met een beroep op de beschermingsgedachte. Indien het gaat om objecten die niet voor bewoning zijn bestemd, zullen deze veelal gekocht worden door personen die handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf.

2.9.4 *Uitbreiding van het vormvereiste naar alle onroerende zaken*

Als gevolg van de beperking van de toepassing tot woningen, vallen particulieren die een bedrijfsruimte kopen om er een woning van te maken niet binnen de bescherming van artikel 7:2 BW. De verwachting was dat het zich niet vaak zou voordoen dat iemand die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf een bedrijfsruimte koopt, bijvoorbeeld om er woonruimte van te maken. Van deze particulieren (die zich begeven op de markt voor bedrijfspanden) wordt verwacht dat ze zelf de nodige deskundigheid bezitten, dan wel dat ze zich door deskundigen laten bijstaan, zodat er geen (vergelijkbare) behoefte bestaat aan bescherming als bij de koop van feitelijke woonruimte.¹²⁸

Daar staat tegenover dat ook in die uitzonderingsgevallen geldt dat de transactie voor de particulier een bijzondere zal zijn, waarmee grote risico's en financiële belangen zijn gemoeid. Indien de wet beoogt de partij te beschermen gezien de hoedanigheid van deze partij, dan ligt het voor de hand deze bescherming te laten gelden ongeacht het object en derhalve met betrekking tot de afbakening van deze bescherming enkel aan te grijpen bij de hoedanigheid van de partij en niet tevens bij het object.¹²⁹

Ook Loos acht het onwenselijk dat een particulier die een bedrijfspand koopt om het een woonbestemming te geven, buiten de bescherming valt. Een dergelijk pand is immers zonder meer *'tot bewoning bestemd'*.¹³⁰ Uitbreiding van het vormvereiste naar alle onroerende zaken voorkomt dat door afgrenzingsperikelen partijen onterecht buiten de reikwijdte van de bescherming vallen. Maar ook los daarvan is het in het kader van de rechtszekerheid van belang dat zoveel mogelijk afgrenzingsproblemen worden voorkomen. Met het voorschrijven van het vormvoorschrift voor alle onroerende zaken kan dit worden bewerkstelligd.¹³¹ Indien men het wenselijk acht de bescherming te beperken tot particuliere kopers, dan kan men deze afgrenzing bewerkstelligen door de bescherming tot deze groep te beperken, zonder dat daarbij (ook) de aard van het object wordt gebruikt als begrenzing. Overigens zal de aard van object wel een rol blijven spelen bij de beantwoording van de vraag of een koper handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.

2.9.5 *Uitbreiding van het vormvereiste naar alle overeenkomsten waarbij een particulier is betrokken*

Voor het toepassingsbereik van het vormvoorschrift en de bedenktijd wordt thans aangehaakt bij de hoedanigheid van de koper, aangezien de particuliere koper gezien wordt als de partij die behoefte heeft

¹²⁸ *Kamerstukken I*, 2001-2002, 23 095, nr.178b, p. 15, zo ook *Kamerstukken I*, 2002-2003, 23 095, nr. 38a, p. 19, in deze volgens de minister 'atypische' situatie mag zonder meer van de particulier verwacht worden dat deze zich laat bijstaan door een deskundige.

¹²⁹ In die zin ook Asser-Hijma 2007, nr. 136.

¹³⁰ Loos 2002, p. 363.

¹³¹ Loos 2002; Breedveld-de Voogd 2006.

aan bescherming. Zeker in tijden waar sprake is van een zogenaamde verkopersmarkt zal het inderdaad de koper zijn die zich in een aanmerkelijk slechtere onderhandelingspositie bevindt dan de verkoper.

Hoewel doorgaans de koper als de zwakkere partij aangemerkt zal kunnen worden, hoeft dit niet noodzakelijkerwijs steeds zo te zijn. In een kopersmarkt is minder aanleiding de koper te beschermen, en waar sprake is van een professionele koper ten opzicht van een particuliere verkoper, zal de verkoper mogelijk als de zwakkere partij aan te merken zijn. De wet dient conjunctuurongevoelig te zijn. Het enkel aanhaken bij de koper als beschermingswaardige partij miskent de situatie dat de verkoper als particulier tegenover een professionele koper als zwakke en beschermingswaardige partij kan worden gezien.¹³² Uitbreiding van het vormvereiste naar alle overeenkomsten met betrekking tot onroerend goed waarbij een particulier is betrokken, ongeacht of dit de verkoper of de koper is, ondervangt deze problemen.

2.9.6 *Uitbreiding van het vormvereiste naar overeenkomsten tussen zakelijke partijen*

Ook de koop van bedrijfsruimte door een professionele koper kent aanknopingspunten die de eis van schriftelijkheid (kunnen) rechtvaardigen. In het algemeen gelden als belangrijke rechtvaardigingsgronden voor schriftelijkheidseisen het waarborgen van rechtszekerheid en het bevorderen van een goede wilsvorming.¹³³ Meer specifiek brengt het vormvoorschrift rechtszekerheid met betrekking tot het totstandkomingsmoment en de inhoud van de overeenkomst mee.¹³⁴ Het sluit aan bij de gedachte dat met betrekking tot de juridische status van onroerende zaken zekerheid dient te bestaan. Vergelijkbaar met de koop van een woning heeft de koop van een bedrijfsruimte ingrijpende gevolgen, brengt het grote risico's met zich alsook meer dan eens langlopende financiële verplichtingen en is het eveneens complex van aard.¹³⁵ Argument tegen opname van een vormvoorschrift is dat het inbreuk maakt op het principiële uitgangspunt van ons contractenrecht dat overeenkomsten vormvrij tot stand komen op basis van wilsovereenstemming en dat een partij trouw dient te zijn aan zijn gegeven woord.¹³⁶ Daarbij zou de handel tussen zakelijke partijen onnodig belemmerd worden indien zij de overeenkomst schriftelijk dienen aan te gaan. Als tegenargumenten zijn verder genoemd dat in de praktijk niet is gebleken dat er behoefte aan is, en dat het marktproces zo min mogelijk dient te worden beperkt.¹³⁷

Echter, het is een gegeven dat mondeling tot stand gekomen overeenkomsten met betrekking tot registergoederen in de praktijk toch ook op enig moment schriftelijk worden vastgelegd; de inbreuk op de contractsvrijheid die de invoering van een vormvoorschrift meebrengt is praktisch gezien dan ook slechts beperkt. Makelaars en notarissen die de enquête hebben ingevuld geven aan dat de bedrijfsmatige aankopen doorgaans schriftelijk worden vastgelegd. Opgemerkt zij evenwel dat toepasselijkheid van het vormvoorschrift – voor zover ten aanzien hiervan de door ons voorgestane strikte benadering wordt gehanteerd – meebrengt dat partijen elkaar niet op basis van een gegeven woord kunnen dwingen tot het verlenen van medewerking aan het opstellen van de akte en daarmee aan de totstandkoming van de overeenkomst.

De mogelijke belemmeringen die het vormvoorschrift opwerpt kunnen worden gerechtvaardigd met verwijzing naar de vermindering van het aantal geschillen dat zal kunnen ontstaan over de vragen of er mondeling een overeenkomst tot stand is gekomen en wat deze dan inhoudt. Het vereiste kan verder fungeren als een beschermingsmechanisme voor één van de partijen tegen een ongelijke machtssituatie. Waar het gaat om de aankoop van onroerend goed gelden voor de koper die handelt in de uitoefening van zijn beroep of

¹³² Een verschil blijft dat de particuliere verkoper tegenover een professionele koper het object goed kent en zich zo lang als hij wilde heeft kunnen beraden op de verkoop.

¹³³ Beide doelstellingen zijn terug te vinden in de visie van Meijers achter het ontwerp van het Burgerlijk Wetboek, zie Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3,5,6), p. 6. Meijers verwierp als rechtvaardiging voor het schriftelijkheidsvereiste dat de overeenkomst bijzonder onereus kan zijn, omdat dit tot willekeurige uitwerking zou leiden en bovendien de algemene bepalingen van het contractenrecht in zijn ogen voldoende bescherming bieden indien een overeenkomst voor een partij bezwaarlijk is (wilsgebreken, *imprévision*). Zie Parl. Gesch. Boek 7 (inv. 3,5,6).

¹³⁴ Onder meer: Van Velten 1994, p. 385.

¹³⁵ Van Velten 2005a, p. 1 wijst op de grote bedragen die gemoeid zijn bij koop en verkoop van bedrijfsobjecten.

¹³⁶ Breedveld-de Voogd 2007 hoofdstuk 2. Zie ook hierna paragraaf 3.4.

¹³⁷ *Kamerstukken I*, 2001-2002, 23 095, nr. 178b, p. 4.

bedrijf, in veel gevallen vergelijkbare omstandigheden als voor particuliere kopers; hier kan met name worden gedacht aan het midden- en kleinbedrijf. Immers ook bij een dergelijke aankoop gaat het om een ingrijpende overeenkomst (de vestiging van het bedrijf), om grote financiële belangen en om aanzienlijke risico's. De (kleine) ondernemer zal ook slechts één of enkele keren een dergelijke overeenkomst aangaan, de (juridische) materie zal ook voor hem complex zijn.¹³⁸

De minister heeft overigens aangegeven op voorhand geen grote bezwaren tegen uitbreiding van het schriftelijkheidsvereiste te hebben.¹³⁹ De eerste resultaten uit de enquêtes geven een wisselend beeld, een voorzichtige meerderheid van de respondenten is vóór de uitbreiding van de schriftelijkheidseis omwille van de duidelijkheid.

Het vormvoorschrift kan bijdragen aan een zuivere wilsovereenstemming met betrekking tot alle aspecten van de overeenkomst. Bij de koop van onroerende zaken zijn veel meer aspecten van belang dan enkel de overeenstemming met betrekking tot object en prijs. Bij de uitwisseling van conceptakten wordt duidelijk waar partijen zich aan willen vastleggen. In die zin draagt het schriftelijkheidsvereiste bij aan de wilsvorming. De vrije wilsvorming wordt ermee gediend indien een partij die alle bepalingen van een overeenkomst overziet, in de fase van de conceptakte nog de vrijheid heeft om ervoor te kiezen zich onder die voorwaarden niet te willen binden.¹⁴⁰ Huijgen verwijst in dit verband naar 'informed consent', dat wil zeggen dat partijen pas een overeenkomst dienen aan te gaan nadat ze goed geïnformeerd zijn, op basis van goede informatie en documentatie.¹⁴¹ Het schriftelijkheidsvereiste vormt naar zijn mening een, zei het bescheiden, *incentive* voor partijen om tot informatievergaring over te gaan.

Zonder vormvoorschrift kan onder omstandigheden een koopovereenkomst stilzwijgend tot stand komen, hetgeen ten aanzien van registergoederen ongewenst is.

HR 21 december 2001, NJ 2002, 60 (Camping Vredenburg): de verkoper had een aanbod tot koop van een kampeerterrein ontvangen, welk aanbod hij door zijn gedragingen stilzwijgend had aanvaard.

Zonder vormvoorschrift kan onduidelijkheid heersen over het antwoord op de vragen of en zo ja, wanneer de overeenkomst tot stand is gekomen. Bijvoorbeeld bij grote projecten waarbij over meerdere elementen die bij de koop van belang zijn, wordt onderhandeld, of bij onderhandelingen waarbij niet duidelijk is wanneer over de essentialia overeenstemming is bereikt. Maar ook bij een relatief eenvoudige verkoop kan onduidelijkheid bestaan over de vraag wanneer de precontractuele fase voltooid is.¹⁴²

HR 18 oktober 2002, NJ 2002, 565: een gemeente en een projectontwikkelaar waren zeer lang met elkaar in onderhandeling over onderdelen van de koopovereenkomst van grond. Onduidelijk was op een gegeven moment of de gemeente afstand had gedaan van haar bevoegdheid om een beroep op verjaring van de vordering tot levering te doen.

HR 20 november 1981, NJ 1982, 68: door middel van een letter of intent is de grens tussen de onderhandelingsfase en de koopovereenkomst overschreden.

HR 21 december 2001, Notafax 2002 nr. 5: ook al is een concept koopovereenkomst nog niet door beide partijen ondertekent dan kan sprake zijn van een koopovereenkomst.

HR 10 april 1981, NJ 1981, 532 (Hofland Hennis): enkele aanvaarding van een aanbod gedaan in een advertentie brengt nog geen koopovereenkomst tot stand, omdat niet alleen de prijs en eventuele verder voorwaarden van de koop, maar ook de persoon van de gegadigde van belang kunnen zijn.

Pres Rb 's Gravenhage 14 september 1992, KG 1992, 331: per fax aanvaardt een koper een aanbod, onder het stellen van vijf nadere ontbindende voorwaarden. Op de voet van artikel 6:225 lid 1 BW geldt een afwij-

¹³⁸ Vgl. Huijgen 2002.

¹³⁹ *Kamerstukken I*, 2002-2003, 23 095, nr. 38a, p. 3 en p. 20.

¹⁴⁰ Zie Breedveld-de Voogd 2007 hoofdstuk 2 over wil en verklaring bij de totstandkoming van de koopovereenkomst van onroerende zaken.

¹⁴¹ Huijgen 2002.

¹⁴² Van Velten 2005c, p. 8-12, met verwijzing naar rechtspraak.

kende aanvaarding als een nieuw aanbod, volgens lid 2 van dit artikel kan een overeenkomst tot stand komen indien een aanvaarding slechts op ondergeschikte punten afwijkt van het aanbod en de aanbieder niet onverwijd bezwaar maakt tegen de afwijkingen. De vraag is dan of de aanvaarding op ondergeschikte punten afweek en of daarmee de koopovereenkomst tot stand is gekomen, of dat sprake was van een nieuw aanbod.

Als bijkomend (gunstig) effect, brengt uitbreiding van het vereiste met zich dat er geen ongerijmdheden kunnen ontstaan bij de toepassing van artikel 3:298 BW. Denk bijvoorbeeld aan een geval van conflicterende rechten op levering waarbij de ene koper een particulier is en de andere koper een zakelijke partij.

Een verkoper komt mondeling tot overeenstemming met betrekking tot de verkoop van zijn woning. Nog voordat de akte tot stand is gebracht, bereikt hij mondelinge overeenstemming met een zakelijk partij. De eerste mondelinge afspraak is nietig, de tweede, waarvoor geen schriftelijkheidsvereiste geldt, is geldig. De particuliere koper kan geen beroep doen op artikel 3:298 BW. Zelfs als de akte na de totstandkoming van de mondelinge overeenkomst met de zakelijk partij alsnog tot stand komt, moet geconcludeerd worden dat de zakelijke koper een ouder recht op levering heeft.

De regering heeft opgemerkt dat indien er sprake is van een dubbele verkoop aan een particulier en aan een huizenhandelaar, de particulier voor moet gaan, nu het belang van de zakelijke partij (slechts) een financieel belang betreft.¹⁴³ Dit wordt door de huidige regeling evenwel niet gewaarborgd.

2.9.7 *Conclusies en aanbevelingen*

Tenminste drie vormen van uitbreiding van het schriftelijkheidsvereiste zijn denkbaar. Ten eerste is de uitbreiding naar alle onroerende zaken verdedigd. Dit voorkomt vooral afgrenzingsproblemen en voorkomt bovendien dat een groep kopende particulieren ten onrechte buiten de bescherming valt.

Ten tweede is de uitbreiding tot alle overeenkomsten waarbij een particulier betrokken is, ongeacht of dit de koper of de verkoper is, ter overweging voorgelegd. Daarmee wordt recht gedaan aan de situatie dat de verkoper als (min of meer) zwakke partij tegenover een professionele koper staat. Dit maakt bovendien dat de wet minder conjunctuurgevoelig zal zijn.

Ten derde is de uitbreiding naar alle overeenkomsten met betrekking tot onroerend goed, ook als deze tussen zakelijke partijen wordt gesloten, besproken. Dit voorkomt in verdergaande mate afgrenzingsproblemen, doet recht aan het systeem van de wet nu de argumenten met betrekking tot de rechtszekerheid in het algemeen ook gelden voor zakelijke partijen. Bovendien worden aldus problemen bij toepassing van artikel 3:298 BW met betrekking tot dubbele verkoop waarbij een opvolgende (potentiële) koper een professionele koper is, vermeden.

2.10 **Samenvattende conclusies**

2.10.1 *Algemene bevindingen*

De invoering van het vormvoorschrift van artikel 7:2 BW wordt door de betrokken partijen, te weten kopers en verkopers, makelaars en notarissen als positief ervaren. Zo is uit de interviews en enquêtering naar voren gekomen. Ook in de doctrine is de eis van schriftelijkheid met instemming ontvangen.

Bij complexe overeenkomsten, zoals de koop van een woning, is het lastig te overzien wat de verplichtingen zijn die worden aangegaan. Indien partijen op onjuiste gronden, slecht geïnformeerd of op verkeerde veronderstellingen een koop aangaan, betekent dit dat na het sluiten van de overeenkomst problemen kunnen ontstaan. De overeenkomst staat mogelijk bloot aan vernietiging op grond van dwaling of zal niet op correcte wijze uitgevoerd worden en daardoor geheel of deels ontbonden kunnen worden. Vastleggen in een schriftelijk stuk draagt op verschillende manieren bij aan het minimaliseren van de risico's. Duide-

¹⁴³ Vergelijk *Kamerstukken II*, 1995-1996, 23 095, nr. 7, p. 4.

lijkheid met betrekking tot de inhoud van de overeenkomst, schept ook meer duidelijkheid over de vraag of al dan niet sprake was van dwaling of (in een latere fase) van non-conformiteit. Het vereiste draagt er verder (deels) aan bij dat de partijen op juiste wijze hun wil vormen omtrent alle aspecten van de koop. Deze bescherming tegen een onjuiste wilsvorming is beperkt, want de genoemde bescherming is er niet indien partijen ondertekenen zonder zich bewust te zijn van de betekenis van de akte. Het rechtsverkeer in het algemeen heeft baat bij duidelijkheid omtrent de juridische status met betrekking tot onroerende zaken, welke duidelijkheid met het stellen van een schriftelijkheidsvereiste aan de koop wordt gediend.

Praktisch bezien heeft het schriftelijkheidsvereiste tot gevolg dat zowel koper als verkoper in de fase voordat de overeenkomst op schrift is gesteld, meer tijd hebben om zich op de transactie te beraden. De schriftelijke vorm heeft ook tot gevolg dat partijen beter inzicht krijgen in de aspecten die bij de koop van belang zijn, met name door het gebruik van modelcontracten waarin de relevante bedingen zijn opgenomen. Daar staat tegenover dat partijen zich aan gemaakte mondelinge afspraken kunnen onttrekken zolang deze niet op schrift staan.

2.10.2 Gerezen problemen

Wat betreft de toepassing en de sanctionering van het vormvoorschrift zoals neergelegd in artikel 7:2 BW hebben zich verschillende problemen voorgedaan. Met name de volgende vragen zijn gerezen: wat is de status van mondelinge afspraken als de akte niet tot stand komt? Wat is de consequentie van wijzigingen of aanvullingen nadat de akte tot stand is gekomen? Hoe kan de kwaliteit van de akte worden gewaarborgd?

Wat betreft de status van mondelinge afspraken heeft thans de nietigheid de meeste steun, welke kan worden gevonden in de parlementaire geschiedenis, de literatuur en de meest recente en hogere rechtspraak. De strikte benadering, dat wil zeggen geen gebondenheid aan mondelinge afspraken en geen mogelijkheid om op basis daarvan medewerking af te dwingen aan het opstellen van de akte, dient met name de rechtszekerheid. Nadeel van deze benadering is dat partijen zich kunnen onttrekken aan mondelinge afspraken.

De niet-strikte benadering acht het mogelijk dat ondanks de nietigheid toch gebondenheid aan de mondelinge afspraken mogelijk is, doordat men de verkoper kan dwingen tot meewerken aan het opstellen van de akte. Nadeel hiervan is dat de onduidelijkheid over de vraag over het moment van de totstandkoming van de wilsovereenstemming en de inhoud daarvan blijven bestaan. De grondslag zou de leer van de precontractuele redelijkheid en billijkheid kunnen zijn. Naar het oordeel van het onderzoeksteam leent deze leer zich evenwel niet voor het aannemen van gebondenheid in deze context.

2.10.3 Oplossingsrichtingen

Het leerstuk van de precontractuele redelijkheid en billijkheid kan worden toegepast in situaties waar in de fase voordat de akte tot stand is gekomen in strijd met de eisen van de redelijkheid en billijkheid wordt gehandeld. Met toepassing van de norm zoals neergelegd in de jurisprudentie, kan dan schadevergoeding of, indien nog zinvol, een verplichting tot dooronderhandelen worden gevorderd. Indien het bestaan van mondelinge overeenstemming kan worden aangetoond is dit een factor bij de beoordeling of een dergelijke vordering zal moeten worden toegekend. Voor een vordering die verplicht tot meewerken aan het opstellen van de akte lijkt op basis van dit leerstuk geen ruimte, mede (of vooral) gezien de strenge en terughoudende norm die binnen dit leerstuk gehanteerd wordt. Hetzij wellicht onder zeer uitzonderlijke omstandigheden als opzettelijke misleiding of misbruik van omstandigheden, maar ook in die gevallen kan een oplossing worden gevonden in het toekennen van schadevergoeding.

Het stellen van minimumvereisten aan de inhoud van akte kan bijdragen aan de oplossing van de signaleerde problemen met betrekking tot de status van bijkomende afspraken en wijzigingen nadat de akte tot stand is gekomen en draagt bij aan het waarborgen van de kwaliteit van de akte. Dit geldt uiteraard voor zover niet wordt gekozen voor verplichte inschakeling van de notaris in de obligatoire fase. In dat

geval zal de kwaliteit van de akte zonder meer gewaarborgd zijn, maar verdient de vraag wat de status is van nadere afspraken en wijzigingen die niet in de notariële akte zijn opgenomen wel aandacht.

2.10.4 Reikwijdte en terminologie

Het strekt tot de aanbeveling om de gesignaleerde onduidelijkheden en inconsistenties met betrekking tot de terminologie en de reikwijdte te verhelpen door aanpassing van de tekst van artikel 7:2 BW. Met name zal ervoor gekozen kunnen worden om woonboten en woonwagens expliciet binnen de reikwijdte van de bepaling te laten vallen en voor de afgrenzing van de bescherming niet aan te knopen bij zowel de hoedanigheid van de koper als de status van het object. Door het schriftelijkheidsvereiste te laten gelden zodra er een particulier bij de transactie is betrokken wordt een meer evenwichtige regeling bereikt. Ook is er aanleiding om het vereiste uit te breiden naar alle overeenkomsten met betrekking tot onroerend goed, waarmee ook (onder meer) de gesignaleerde afgrenzingsproblemen worden ondervangen.

HOOFDSTUK III DE BEDENKTIJD

3.1 Ter inleiding

In dit hoofdstuk staat de bedenktijd centraal. Dit beschermingsmechanisme is door de Wet koop onroerende zaken per 1 september 2003 ingevoerd voor de koop van een woning door een particulier. Op de voet van artikel 7:2 lid 2 BW heeft de particuliere koper van een tot bewoning bestemde onroerende zaak of bestanddeel daarvan gedurende drie dagen na de terhandstelling van de in het vorige hoofdstuk besproken koopakte het recht de koop te ontbinden. Ingevolge artikel 7:766 BW geldt deze bedenktijd ook voor de bouw van een woning in opdracht van een particulier.

De vraagstellingen die in dit hoofdstuk ter beantwoording voorliggen luiden:

- a. Is de bescherming die de wetgever de consumentkoper van een woning heeft gegeven met de in artikel 7:2 BW bedoelde bedenktijd van drie dagen, afdoende gebleken. Hebben zich problemen voorgedaan bij de toepassing van de bedenktijd?
- b. Zijn er nog andere bevindingen die relevant zijn in het kader van de bedenktijd?

3.2 Inhoud en reikwijdte van de bedenktijd

3.2.1 Inhoud

In verband met het overzicht worden artikel 7:2 en 7:766 BW hier nogmaals aangehaald. Artikel 7:2 BW bepaalt:

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.
3. De leden 1-2 zijn van overeenkomstige toepassing op de koop van deelnemings- of lidmaatschapsrechten die recht geven op het gebruik van een tot bewoning bestemde onroerende zaak of bestanddeel daarvan.
4. Van het in de leden 1-3 bepaalde kan niet ten nadele van de koper worden afgeweken, behoudens bij een standaardregeling als bedoeld in artikel 214 van Boek 6.
5. De leden 1-4 zijn niet van toepassing op huurkoop en koop op een openbare veiling ten overstaan van een notaris. Zij zijn evenmin van toepassing op een koop als bedoeld in artikel 48a onder a.

Voor de bouw van een woning in opdracht van een particulier bepaalt artikel 7:766 BW:

1. Een overeenkomst als bedoeld in artikel 7:765 BW wordt schriftelijk aangegaan.
2. De tussen partijen opgemaakte akte of een afschrift daarvan moet aan de opdrachtgever ter hand worden gesteld, desverlangd tegen afgifte aan de aannemer van een gedateerd ontvangstbewijs. Gedurende drie dagen na deze terhandstelling heeft de opdrachtgever het recht de koop te ontbinden. Komt, nadat de opdrachtgever van dit recht gebruik gemaakt heeft, binnen zes maanden tussen dezelfde partijen met betrekking tot dezelfde te bouwen woning opnieuw een koop tot stand, dan ontstaat het recht niet opnieuw.
3. De leden 1-2 zijn van overeenkomstige toepassing indien de overeenkomst strekt tot de bouw van een woning op grond die de opdrachtgever reeds toebehoort, en de overeenkomst niet met de koop van deze grond in verband staat.

Kort gezegd vindt de bedenktijd naar huidig recht toepassing waar het de koop van een woning door een particulier betreft. Deze koper heeft de mogelijkheid om binnen de bedenktijd van drie dagen de koopovereenkomst, zonder opgaaf van reden, te ontbinden. Komt evenwel, nadat de koper van dit recht gebruik gemaakt heeft, binnen zes maanden tussen dezelfde contractspartijen met betrekking tot dezelfde zaak opnieuw een koop tot stand, dan ontstaat het recht niet opnieuw. Er kan niet ten nadele van de koper van de bedenktijd en de mogelijkheid tot ontbinding binnen de bedenktijd worden afgeweken gezien het dwingendrechtelijke karakter van deze bepalingen op grond van artikel 7:2 lid 4 BW.

3.2.2 Toepassingsbereik

Het toepassingsbereik van de bedenktijd is gelijk aan het toepassingsbereik van het vormvoorschrift, reden waarom voor een precieze omschrijving hiervan verwezen wordt naar het vorige hoofdstuk inzake het vormvoorschrift.

Artikel 7:2 lid 5 BW geeft aan dat de leden 1 tot en met 4 van artikel 7:2 BW niet van toepassing zijn op huurkoop, op timeshare-overeenkomsten en op de koop op een openbare veiling. Dit houdt in dat de leden 1 tot en met 4 van artikel 7:2 BW wel zien op onder andere de onderhandse verkoop van artikel 3:268 lid 2 BW en op een verkoop bij openbare inschrijving, waarover meer in paragraaf 3.8.

3.3 Doelstellingen van de bedenktijd

Vooropgesteld kan worden gezegd dat de bedenktijd een inbreuk vormt op het beginsel *pacta sunt servanda*, ofwel: overeenkomsten dienen nagekomen te worden. Het recht op terugtreding uit de overeenkomst is in ons recht een vreemde eend in de bijt,¹ doch niet geheel onbekend. Zo hebben immers verschillende Europese richtlijnen een stelsel geïntroduceerd waarbij de consument een recht op terugtreding uit de overeenkomst wordt toegekend totdat bepaalde informatie is verstrekt.² Verwezen zij bijvoorbeeld naar de artikelen 7:46d en 7:48c BW.

In de parlementaire geschiedenis zijn verschillende doelstellingen terug te vinden voor de in artikel 7:2 BW neergelegde bedenktijd:

1. Verzekeren dat er gelegenheid is tot de inschakeling van een deskundige

Door de bedenktijd kan worden verzekerd dat er gelegenheid is om een deskundige in te schakelen.

Kamerstukken II 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 4.
Kamerstukken II, 2000/02, 23 095, nr. 10, p. 17.

De minister geeft aan dat dit de voornaamste grond vormt voor het invoeren van de bedenktijd.³

Doordat de bedenktijd gaat lopen nadat de koopovereenkomst is gesloten, kan de koper zich laten voorlichten over specifiek in zijn koopovereenkomst opgenomen bepalingen.⁴ De koper heeft ook voordat de overeenkomst is gesloten de mogelijkheid om deskundigen te raadplegen, maar de bedenktijd vergroot de mogelijkheid dat er daadwerkelijk een deskundige

¹ Zie ook Bartels & Sander 1998, p. 80, zij merken op dat de bedenktijd slechts een bijzondere ontbindingsgrond toevoegt aan het reeds bestaande scala van ontbindingsmogelijkheden in het burgerlijk recht.

² Zie bijvoorbeeld art. 5 van de Richtlijn time sharing, art. 6 van de Richtlijn contracten op afstand, art. 6 van de Richtlijn financiële diensten op afstand. Buiten de terreinen die door deze richtlijnbevestigingen worden bestreken kan met toepassing van algemene contractenrechtelijke leerstukken, zoals dwaling, bedrog, uitleg en non-conformiteit in de geest van dit stelsel te werk worden gegaan.

³ *Kamerstukken II*, 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 4 (MvA II).

⁴ *Kamerstukken I*, 2002/03, 23 095, nr. 38a, p. 4.

wordt ingeschakeld.⁵ Expliciet wordt aangegeven dat van de bedenktijd mag verwacht worden dat meer kopers zullen overgaan tot het raadplegen van een deskundige, waardoor het aantal geschillen zal afnemen.⁶

2. Herstel van een overhaaste koopbeslissing

Door de invoering van het recht om de koop gedurende drie dagen na de totstandkoming te ontbinden kan een overhaaste koopbeslissing door de koper worden hersteld.

Kamerstukken II 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 4.

Kamerstukken II 2000/01, 23 095, nr. 10, p. 17.

De parlementaire geschiedenis geeft er blijk van dat de keuze voor de bedenktijd is gemaakt aan de hand van twee beleidsdoelstellingen, te weten een evenwichtige verhouding tussen partijen en het niet méér beperken van het marktproces dan noodzakelijk is.⁷ De gedachte is dat het marktproces, gelet op het regeringsbeleid van terughoudendheid ter zake van inmenging in het marktproces, niet meer dient te worden beperkt dan met het oog op de wenselijkheid van een zo evenwichtig mogelijke verhouding tussen verkoper en consumentkoper noodzakelijk is.⁸

De minister geeft aan dat er niet voor is gekozen om ook aan de verkoper een bedenktijd toe te kennen; de redenen voor een bedenktijd van de koper zijn immers niet van overeenkomstige toepassing op de positie van de verkoper.⁹ De keuze voor de duur van de bedenktijd van drie dagen is ingegeven met het oog op de belangen van de verkoper.¹⁰ Overigens is ook het feit dat de bedenktijd maar eenmaal ter beschikking staat mede in het belang van de verkoper.¹¹

In 2004 heeft de Vereniging voor Burgerlijk Recht haar preadviezen gewijd aan de wettelijke bedenktijd.¹² Deze preadviezen bevatten ondermeer een bespreking van de bedenktijd van artikel 7:2 lid 2 BW. Tijdens de jaarvergadering van de Vereniging voor Burgerlijk Recht in 2004 zijn de preadviezen besproken. Naar aanleiding van de preadviezen en de daaropvolgende bespreking heeft de Vereniging voor Burgerlijk Recht geadviseerd tot afschaffing van de bedenktijd.¹³

3.4 Werking van de bedenktijd

3.4.1 Aanvangsmoment

De bedenktijd begint te lopen, nadat de koopakte aan de koper ter hand is gesteld. Desverlangd wordt aan de verkoper een gedateerd ontvangstbewijs verstrekt. De drie dagen vangen aan op de dag na de dag van de terhandstelling.¹⁴ Op de termijn van drie dagen is de Algemene termijnenwet van toepassing. Dit houdt in dat de termijn van drie dagen niet mag eindigen op een zaterdag, zondag of algemeen erkende feestdag.¹⁵ Daarnaast moeten in de termijn van drie dagen tenminste twee dagen voorkomen die geen zaterdag, zondag of erkende feestdag zijn.¹⁶

⁵ *Kamerstukken I, 2002/03, 23 095, nr. 38a, p. 4.*

⁶ *Kamerstukken II, 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 2.*

⁷ *Kamerstukken II, 2000/01, 23 095, nr. 10, p. 18.*

⁸ Zie *Kamerstukken II, 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 2 (MvA II)* en *Kamerstukken II, 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 4.*

⁹ *Kamerstukken II, 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 5-6.*

¹⁰ *Kamerstukken II, 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 4; Kamerstukken I, 2001/02, 23 095, nr. 178b, p. 14.*

¹¹ *Kamerstukken II, 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 9.* Zie voor het creëren van een gelijkwaardige positie tussen koper en verkoper bij de koop van een registergoed tevens hoofdstuk II en hoofdstuk VI.

¹² *Wettelijke bedenktijd (Preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht)*, Deventer: Kluwer 2004.

¹³ Tevens heeft de Vereniging voor Burgerlijk Recht naar aanleiding van de preadviezen en de bespreking daarvan geadviseerd tot het vervangen van de bedenktijd door een notariële bijstandspflicht.

¹⁴ *Kamerstukken II, 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 11.*

¹⁵ Artikel 1 lid 1 Algemene termijnenwet.

¹⁶ Artikel 2 Algemene termijnenwet.

Het opnemen van een opschortende voorwaarde in de koopovereenkomst heeft geen gevolgen voor het tijdstip van ingaan van de bedenktijd in die zin dat de bedenktijd aanvangt na de terhandstelling van de koopakte.¹⁷

Opgemerkt zij dat het partijen vrij staat om de duur van de bedenktijd te verlengen; de verkoper kan de koper gedurende een langere termijn het recht geven de koop zonder opgave van redenen te ontbinden.¹⁸

3.4.2 *Ontbindingsvorm*

De ontbindingsverklaring is vormvrij. Een wettelijk vormvereiste voor de ontbinding kan zich tegen de koper keren en is om die reden in strijd met de ratio van de bedenktijd, te weten de bescherming van de koper.¹⁹ Wel wordt in de praktijk het advies gegeven om schriftelijk te ontbinden in verband met de bewijslast. De minister adviseert om de ontbinding schriftelijk, aangetekend met ontvangstbevestiging te versturen.²⁰

Partijen mogen in hun overeenkomst opnemen dat de ontbinding aan een bepaalde vorm is gebonden. Het dwingendrechtelijke karakter van artikel 7:2 BW brengt in dat geval evenwel mee dat een dergelijk beding niet geoorloofd is indien het opgenomen vormvereiste de ontbinding zodanig beperkt dat de ontbindingsbevoegdheid praktisch niet meer valt uit te oefenen.²¹

3.4.3 *Ontvangsttheorie*

Voor de werking van de ontbindingsverklaring geldt de ontvangsttheorie zoals neergelegd in artikel 3:37 lid 3 BW. Dit betekent dat de ontbindingsverklaring, wil zij werking hebben, de verkoper moet hebben bereikt binnen de duur van de bedenktijd.²²

3.4.4 *Afstand doen van de bedenktijd*

Er zijn twee mogelijkheden waarbij het leerstuk van afstand aan de orde kan komen met betrekking tot het recht van ontbinding binnen de bedenktijd. De eerste mogelijkheid is het aangaan van de koopovereenkomst. Hiervoor geldt dat in de koopakte geen afstand kan worden gedaan van de mogelijkheid tot ontbinding binnen de bedenktijd. Dit zou immers niet stroken met het dwingendrechtelijke karakter van artikel 7:2 BW.

De tweede mogelijkheid waarin afstand een rol kan spelen is nadat de koopovereenkomst tot stand is gekomen en de bedenktijd is gaan lopen. In die situatie is het wel mogelijk dat de koper afstand doet van de bedenktijd.²³

Mocht zich de situatie voordoen dat er tijdens de bedenktijd wordt geleverd, dan houdt het feit dat de koper meewerkt aan de levering volgens de minister in dat hij afstand doet van de mogelijkheid tot ontbinding binnen de bedenktijd.²⁴ Deze vorm van afstand kan, zoals aangegeven, slechts plaatsvinden,

¹⁷ *Kamerstukken II*, 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 11.

¹⁸ *Kamerstukken I*, 2002/03, 23 095, nr. 38a, p. 3 en 21. De minister heeft tijdens de behandeling van het wetsvoorstel aangegeven dat er na de invoering van de wet op passende wijze voorlichting wordt verzorgd omtrent de mogelijkheid om de bedenktijd te verlengen.

¹⁹ *Kamerstukken II*, 1995/96, 23 095, nr. 8, p. 6.

²⁰ *Kamerstukken I*, 2002/03, 23 095, nr. 38a, p. 14.

²¹ *Kamerstukken II*, 1995/96, 23 095, nr. 8, p. 6 en 7.

²² *Kamerstukken II*, 2000/01, 23 095, nr. 10, p. 28.

²³ *Kamerstukken I*, 2001/02, 23 095, nr. 178b, p. 13. Hierbij merkt de minister op dat het voor de hand ligt dat de adviseurs die bij de koop betrokken zijn de koper weerhouden van het doen van afstand of de koper op niet mis te verstane wijze de consequenties van een dergelijke afstand duidelijk maken.

²⁴ *Kamerstukken II*, 1995/96, 23 095, nr. 8, p. 4-5. De minister geeft hierbij aan dat de notaris partijen goed dient voor te lichten over de gevolgen van de levering binnen de bedenktijd. Tevens adviseert de minister de notaris

nadat de koopakte in werking is getreden. Om die reden kan niet reeds in de koopakte worden overeengekomen dat de levering binnen drie dagen na het tekenen van de koopakte zal plaatsvinden. Wel kan in de koopovereenkomst een latere datum voor de levering worden overeengekomen met daarbij de toevoeging ‘of zoveel eerder of later als partijen nader overeenkomen’.

3.4.5 *Geen terugwerkende kracht*

De wet spreekt van ‘ontbinding’. Dit impliceert dat het intropen van het ontbindingsrecht uit hoofde van de bedenktijd geen terugwerkende kracht heeft. De algemeen verbintenisrechtelijke figuur ontbinding, zoals neergelegd in artikel 6:265 BW en verder, heeft immers, in tegenstelling tot de vernietiging, ook geen terugwerkende kracht.²⁵ Ook Huijgen meent dat het intropen van de bedenktijd geen terugwerkende kracht heeft.²⁶ Daarbij verdient opmerking dat de vraag naar terugwerkende kracht in de regel nauwelijks praktisch belang heeft.²⁷

3.4.6 *Alles of niets*

In de drie dagen bedenktijd na het ter hand stellen van de akte heeft de koper enkel de optie om volledig te ontbinden. In de bedenktijd kan met andere woorden niet partieel worden ontbonden. De reden hiervoor is dat dit te grote nadelen voor de verkoper met zich kan brengen.²⁸ Dit betekent dat in het geval de koper de woning nog wel steeds geleverd wil krijgen, maar niet onder de overeengekomen voorwaarden, hij de overeenkomst geheel moet ontbinden en er opnieuw een contract tot stand moet komen. Het staat de verkoper dan evenwel vrij om niet opnieuw met deze, maar met andere gegadigden in zee te gaan. Komt er tussen dezelfde partijen wel binnen een termijn van zes maanden een nieuw koopcontract tot stand, dan gaat er ingevolge de slotzin van artikel 7:2 BW na de totstandkoming van deze nieuwe overeenkomst niet opnieuw een bedenktijd in.

3.5 **Praktijkervaringen met de bedenktijd**

Op basis van de hoeveelheid literatuur die voor de invoering van artikel 7:2 BW is verschenen, kon worden verwacht dat met name de bedenktijd aanleiding zou geven tot problemen. In tegenstelling tot het schriftelijkheidsvereiste en de Vormerkung is er evenwel nauwelijks rechtspraak beschikbaar waar de bedenktijd aan de orde is. Er zijn slechts enkele uitspraken beschikbaar. In deze uitspraken is met name de ter hand stelling (en daarmee het ingaan van de bedenktijd) aan de orde.

Vznr. Rb. 's-Gravenhage, 25 januari 2006, NJF 2006, 183: Nadat mondeling overeenstemming is bereikt tekenen de verkopers op 27 april 2005 de koopakte, op 9 mei 2005 tekenen ook de kopers. In de koopakte is opgenomen dat de koper een bedenktijd heeft van drie dagen om de koop te ontbinden en dat deze termijn begint te lopen om 0:00 uur van de dag die volgt op de dag dat de tussen partijen opgemaakte koopakte (in kopie) aan de koper ter hand is gesteld. Op 10 mei 2005 verstuurd de makelaar aan de verkopers een kopie, met de melding dat de stukken voor verdere afhandeling aan de notaris zijn verzonden. Op 1 juni 2005 laten de kopers weten dat ze geen kopie hebben ontvangen, en dat de bedenktijd derhalve nog niet is ingegaan. Tevens geven ze aan van de bedenktijd gebruik te willen maken en van de koop af te zien. Dit standpunt van kopers kon door verkopers niet op eenvoudige wijze worden weerlegd. De koopovereenkomst is daarmee door het beroep op de ontbindingsmogelijkheid ontbonden.

om in de leveringsakte een bepaling met betrekking tot de afstand van de mogelijkheid tot ontbinding binnen de bedenktijd op te nemen.

²⁵ Hijma pleit voor de overstap naar een vernietigingsmodel, omdat dat beter bij het karakter van de bedenktijd past. Indien gebruik zou worden gemaakt van een vernietigingsmodel heeft het intropen van deze vernietiging terugwerkende kracht. Zie Hijma 2004a, p. 39-40.

²⁶ Huijgen 2006, p. 1062.

²⁷ Aldus ook Loos 2003b, p. 7.

²⁸ *Kamerstukken II*, 2000/01, 23 095, nr. 10, p. 29.

Uit deze zaak komt naar voren dat van een makelaar verwacht mag worden dat deze ervoor waakt dat de bedenktijd duidelijk wordt afgebakend door er zorg voor te dragen dat (een afschrift van) de koopakte ook daadwerkelijk aan de kopers ter hand is gesteld, bijvoorbeeld door middel van aangetekende verzending al dan niet met bericht van ontvangst. Voorts bepaalt de rechter dat de enkele toezending aan de notaris bij wie de koper domicilie heeft gekozen, onvoldoende wordt geacht om aan het vereiste van 'terhandstelling van het stuk' te voldoen. De wet spreekt immers ondubbelzinnig van de terhandstelling van de koopakte aan de koper.

Rb Amsterdam, 25 maart 2009, LJN: BI3816: Zowel koper als verkoper ondertekenen een koopovereenkomst. In de akte is de volgende bepaling opgenomen: 'Koper verklaart overeenkomstig artikel 7:2 lid 2 BW met deze ondertekening dat de koopovereenkomst aan hem ter hand is gesteld. Gedurende drie dagen nadat een afschrift van dit koopcontract aan koper ter hand is gesteld, heeft koper het recht de koop te ontbinden.' De koper verzoekt hierna enige malen om toezending van een ondertekend afschrift van het koopcontract. Wanneer de notaris contact opneemt voor de levering stelt de koper zich op het standpunt dat hij nog steeds geen afschrift van een door beide partijen ondertekend contract heeft ontvangen, en dat hij, zodra hij deze ontvangt, gebruik wenst te maken van zijn ontbindingsrecht in het kader van de wettelijke bedenktijd.

Vaststaat dat de koper op de dag van de ondertekening een kopie van de koopovereenkomst heeft ontvangen voorzien van (slechts) de handtekening van de verkoper. Een afschrift van een door beide partijen ondertekende akte is na herhaaldelijke verzoeken van de koper twee maanden later ter hand gesteld, de koper heeft dezelfde dag nog gebruik gemaakt van zijn ontbindingsrecht.

Dat ten tijde van de ondertekening een ongedateerde gelijkkluidende kopie aan de koper ter hand is gesteld doet niet ter zake, de rechter komt tot de conclusie dat in een dergelijk geval niet van een afschrift van een door beide partijen ondertekende akte kan worden gesproken en dus niet is voldaan aan de vereiste ter hand stelling als bedoeld in artikel 7:2 BW.

Het onderzoeksteam heeft de indruk dat het hier slechts incidentele gevallen betreft. Uit de interviews met vertegenwoordigers van belangenorganisaties komt namelijk naar voren dat er ondanks de zorg die er was dat de bedenktijd aanleiding zou geven tot 'gechicaneer' hier in de praktijk niet van is gebleken. De ervaring is dat de kopers zich voor de aankoop van de woning goed informeren. Niet is gebleken dat kopers op lichtzinnige wijze kopen of meerdere woningen kopen om vervolgens in de bedenktijd de mooiste te kiezen of toch van de koop af te zien.

Uit de enquêtes komt naar voren dat in de praktijk wel af en toe van het recht tot ontbinding gebruik wordt gemaakt, en incidenteel worden problemen gemeld, maar de meerderheid geeft aan dat hier geen ervaring mee is of dat er geen noemenswaardige problemen mee worden ondervonden.

Ook is uit de enquêtes af te leiden dat de kopers van woningen over het algemeen op de hoogte zijn van het bestaan van de bedenktijd. Dit is onder andere te danken aan het feit dat thans in de praktijk in ieder geval het bestaan en de lengte van de bedenktijd vermeld worden in de koopakte. In de standaard NVM koopovereenkomst voor een bestaande eengezinswoning zijn daaromtrent de volgende bepalingen opgenomen.

“Artikel 17 Bedenktijd

De koper die een natuurlijke persoon is en niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf heeft bedenktijd om deze koopovereenkomst te ontbinden. De bedenktijd duurt drie dagen en begint om 0.00 uur van de dag die volgt op de dag dat de tussen partijen opgemaakte akte (in kopie) aan de koper ter hand gesteld is. Ontvangst van (een kopie van) de akte bij het notariskantoor wordt ook aangemerkt als terhandstelling aan koper.²⁹

Indien de bedenktijd op een zaterdag, zondag of algemeen erkende feestdag eindigt, wordt deze verlengd tot en met de eerstvolgende dag die niet een zaterdag, zondag of algemeen erkende feestdag is. De bedenktijd

²⁹ Het is de vraag of de rechter de ontvangst van (een kopie van) de akte bij het notariskantoor zal aanmerken als een geldige ter hand stelling. Zie hiervoor Rb Amsterdam, 25 maart 2009, LJN BI3816.

wordt, zo nodig, zoveel verlengd, dat daarin ten minste twee dagen voorkomen die niet een zaterdag, zondag of algemeen erkende feestdag zijn.”

De koper kan door zijn gedrag proberen een langere bedenktijd te creëren. Dit is bijvoorbeeld mogelijk door het ondertekenen van de koopovereenkomst zo lang mogelijk proberen uit te stellen. Omdat de wettelijke bedenktijd pas gaat lopen als de koper een ondertekend afschrift van de door beide partijen ondertekende koopovereenkomst heeft ontvangen, heeft de koper de mogelijkheid om door de uitgestelde ondertekening zelfstandig een langere, niet wettelijke, bedenktijd te laten ontstaan. Door middel van de volgende bepaling uit de genoemde NVM koopovereenkomst wordt deze mogelijkheid weggenomen.

“Artikel 18 Schriftelijke vastlegging

1. Uit deze overeenkomst vloeien pas verplichtingen voort als beide partijen deze akte hebben ondertekend.
2. De partij die deze akte als eerste ondertekent, doet dit onder voorbehoud dat hij uiterlijk op de ... werkdag nadat hij de akte ondertekend heeft (een kopie van) de door beide partijen ondertekende akte heeft ontvangen. Indien de eerste ondertekenaar niet tijdig (een kopie van) de door beide partijen ondertekende akte heeft ontvangen, heeft hij het recht zich op het voorbehoud te beroepen, waardoor hij niet (meer) gebonden is. Dit recht vervalt als daar niet uiterlijk op de tweede werkdag nadat alsnog (een kopie van) de door beide partijen ondertekende akte is ontvangen, gebruik van is gemaakt.”

De meningen ten aanzien van de duur van de bedenktijd die uit de interviews en de enquêtes naar voren komen geven een wisselend beeld weer. In ieder geval komt naar voren dat de termijn ten aanzien van het inschakelen van deskundigen als kort wordt beschouwd. Dit wordt echter niet als een probleem gezien, omdat ook reeds voor de start van de bedenktijd over de aankoop wordt nagedacht en advies wordt ingewonnen. Bovendien is er als gevolg van het schriftelijkheidsvereiste een langere fase voor de totstandkoming waardoor geen behoefte bestaat aan een langere termijn. In dat opzicht is de termijn zelfs ook te lang genoemd.

Het beeld dat naar voren komt is dat er slechts af en toe daadwerkelijk van het ontbindingsrecht in de bedenktijd gebruik wordt gemaakt, dat problemen slechts zelden voorkomen en dat de gedachtevorming vooral op theoretische veronderstellingen wordt gebaseerd. Voor zover uit de enquêtes en de interviews kan worden opgemaakt, wordt de bedenktijd niet toegepast voor het doel dat de wetgever hiervoor voor ogen had, namelijk het raadplegen van deskundigen.

Gevraagd naar de voor- en nadelen van de bedenktijd weten de respondenten vooral nadelen te noemen. Genoemd worden de mogelijkheid tot misbruik (zeker in de huidige kopersmarkt), de onnodige druk die het op de verkoper legt, onduidelijkheid en onzekerheid. Als voordeel wordt met name erkend dat het wat lucht biedt voor de koper in een overspannen markt waarin deze onder druk staat.

3.6 Knelpunten

3.6.1 Ter inleiding

Hieronder wordt geïnventariseerd welke knelpunten er zijn gesignaleerd in de literatuur, de rechtspraak en de praktijk met betrekking tot de bedenktijd en de ontbinding. In paragraaf 3.7 worden oplossingsrichtingen voor de knelpunten aangedragen.

3.6.2 De duur van de bedenktijd

Een vaak aangehaald knelpunt van de bedenktijd is de duur. De bedenktijd is zo kort dat het de vraag is of van een reële, effectieve bescherming kan worden gesproken.³⁰ Dit wordt veelvuldig gesignaleerd in de

³⁰ Van Velten 2009b, p. 142. J. Hijma 2003a.

literatuur,³¹ maar ook de KNB heeft gedurende de totstandkoming van de wet al aangegeven dat de bedenktijd te kort is voor het inschakelen van een deskundige.³²

3.6.3 *Verkorting van de duur door de ontvangsttheorie*

Dat niet in plaats van de ontvangsttheorie – die ook gewoonlijk in het privaatrecht gelding heeft – is gekozen voor de verzendtheorie vindt blijkens de parlementaire geschiedenis verklaring in het feit dat de verzendtheorie een verlenging van de periode kan betekenen waarin de verkoper in onzekerheid verkeert, hetgeen volgens de wetgever te veel afbreuk zou doen aan de gerechtvaardigde belangen van de verkoper.³³

In de praktijk geschiedt de ontbinding schriftelijk, hetgeen gelet op bewijsperikelen ook raadzaam is. Ook de minister adviseert om de ontbinding schriftelijk, aangetekend met ontvangstbevestiging te versturen.³⁴ Feitelijk betekent dit dat de bedenktijd, die over het algemeen als erg kort wordt aangeduid, per saldo nog een dag wordt verkort. De vraag is of de bedenktijd door de ontvangsttheorie niet zo kort wordt dat de doelstellingen van de bedenktijd niet meer worden gehaald.

3.6.4 *Onduidelijkheid over het moment van ter hand stelling*

Uit de in paragraaf 3.5 gesignaleerde rechtspraak komt naar voren dat in de praktijk het markeren van de ter hand stelling een probleem kan zijn. De wet geeft aan dat een door beide partijen ondertekende akte of een afschrift daarvan ter hand dient te worden gesteld aan de koper. Een gelijkluidende kopie, of een kopie waar alleen de handtekening van de verkoper op staat, is niet voldoende.³⁵

Indien niet op zorgvuldige wijze zorg wordt gedragen voor de ter hand stelling van een kopie van een door beide partijen ondertekende akte aan de koper, kan dit tot gevolg hebben dat de bedenktijd niet gaat lopen, en dat de koper, nadat op zijn verzoek alsnog een afschrift ter hand is gesteld, lang nadat de verkoper wellicht de indruk heeft dat de overeenkomst tot stand gekomen is alsnog een beroep kan doen op de bedenktijd.³⁶

3.6.5 *Wijzigen en aanvullen van de koopovereenkomst en de bedenktijd*

In aansluiting op de problematiek gesignaleerd in paragraaf 2.5.4 (dienen aanvullingen en wijzigingen ook schriftelijk te worden vastgelegd en wat is de consequentie voor de oorspronkelijke overeenkomst), rijst hier de vraag of naar aanleiding van wijzigingen en aanvullingen opnieuw een bedenktijd gaat lopen.

Ten aanzien van wijzigingen in de koopovereenkomst en de gevolgen daarvan voor de bedenktijd zijn er in de literatuur in grote lijnen twee stromingen te ontdekken.³⁷ Aanhangers van de strikte visie geven aan dat elke wijziging van een overeenkomst schriftelijk moet worden vastgelegd. Door deze schriftelijke vastlegging van een wijziging, ontstaat er een nieuwe koopovereenkomst die er in de visie van sommigen toe zou leiden dat er opnieuw een bedenktijd gaat lopen.

³¹ Aldus onder meer Van Velten 2009b, p. 151; Loos 2003b, p. 22-23; Van Rossum 1995, p. 115. Ten aanzien hiervan merkt Croes op dat het bevreemdend is dat een minder ingrijpende aankoop op grond van de Colportagewet een bedenktijd van zeven dagen oplevert, terwijl een zeer ingrijpende aankoop van een huis een bedenktijd van drie dagen oplevert. Croes 2001 p. 338.

³² *Kamerstukken II*, 1993/94, 23 095, nr. 4, p. 2.

³³ *Kamerstukken I*, 2001/02, 23 095, nr. 178b, p. 2.

³⁴ *Kamerstukken I*, 2002/03, 23 095, nr. 38a, p. 14.

³⁵ Rb Amsterdam, 25 maart 2009, LJN: BI3816.

³⁶ Vzng. Rb. 's-Gravenhage, 25 januari 2006, NJF 2006, 183.

³⁷ Zie voor deze stromingen ook paragraaf 2.6.4.

De aanhangers van de ruime visie streven naar een restrictieve interpretatie van de doelstellingen van de wet. Zij zijn van mening dat de koopovereenkomst tot stand komt doordat er wilsovereenstemming bestaat over de essentialia van de koop. Artikel 7:2 BW geeft aan dat de koop van een onroerende zaak door een particuliere koper schriftelijk moet worden aangegaan. De overeenkomst omtrent de koop van een woning komt in dat geval tot stand als de essentialia van de koop schriftelijk zijn vastgelegd. Uitgaande van deze interpretatie komt er niet steeds een nieuwe koopovereenkomst tot stand op het moment dat er een wijziging of aanvulling van deze overeenkomst plaatsvindt. Dit heeft volgens enkele auteurs automatisch tot gevolg dat er ook geen nieuwe bedenktijd intreedt.³⁸

Huijgen is iets genuanceerder in zijn opvatting in die zin dat hij van mening is dat een aanvulling of wijziging van betrekkelijk gering belang niet tot een nieuwe koopovereenkomst en daarmee evenmin tot een nieuwe bedenktijd leidt. Wijzigt er echter een belangrijk element in de koopovereenkomst, Huijgen noemt als voorbeelden wijziging van de koopprijs of het wijzigen van één van de betrokken partijen, dan is er sprake van een nieuwe overeenkomst en een nieuwe bedenktijd.³⁹

Bovenstaande problematiek kan met enkele voorbeelden uit de literatuur worden verduidelijkt. Breedveld-de Voogd schetst de volgende casus:⁴⁰

Koper en verkoper worden het eens over de verkoop van een woning en ondertekenen een akte. Nadat de bedenktijd is verstreken verschijnen partijen bij de notaris voor de levering. De notaris signaleert dat in de koopakte de verplichting die de verkoper heeft ten opzichte van de gemeente op grond van een kettingbeding, niet aan de koper is doorgegeven. De verkoper geeft toe dat deze helemaal is vergeten dit aan de koper te melden en dat dit wel doorgegeven moet worden, omdat hij anders een boete aan de gemeente moet betalen. Met toestemming van de koper wordt het kettingbeding alsnog in de akte van levering opgenomen.

Van Velten signaleert onder andere de volgende situatie:⁴¹

Verkoper en koper sluiten een koopovereenkomst met betrekking tot een woning. Vlak voor de levering komt aan het licht dat de buurman een recht van overpad heeft over het erf van het verkochte object. Daarop wordt overeengekomen dat de koopprijs verlaagd wordt. Gaat nu een nieuwe bedenktijd lopen en kan de koper daar in de leveringsakte afstand van doen?

3.6.6 *Afstand doen van de bedenktijd*

Zoals in paragraaf 3.4.4 reeds aangegeven is de minister van mening dat de koper na het ingaan van de bedenktijd de mogelijkheid heeft om afstand te doen van de ontbindingsmogelijkheid binnen de bedenktijd.⁴² Deze afstand blijkt volgens de minister onder andere uit het feit dat de koper meewerkt aan een levering binnen de bedenktijd.⁴³

Veel auteurs delen in hoofdlijnen deze mening van de minister.⁴⁴ In hoofdlijnen, want zo is Dammingh bijvoorbeeld van mening dat het enkele feit dat de koper meewerkt aan een levering binnen de bedenktijd niet vanzelfsprekend inhoudt dat de koper daarmee afstand heeft gedaan van de mogelijkheid tot ontbinding. Volgens hem moet deze afstand (expliciet) in de leveringsakte worden vermeld.⁴⁵

³⁸ Zie Dammingh 2008, onder c en Valk 2004, p. 141.

³⁹ Huijgen 2006, p. 1062. Met betrekking tot een wijziging ten aanzien van de persoon van de koper merkt Bosman op dat een eventuele herleving van de bedenktijd in dat geval te voorkomen is door in de leveringsakte melding te maken van de cessie. De vraag omtrent de bedenktijd komt in dat geval niet aan de orde, omdat er geen sprake is van een (nieuwe) koopovereenkomst: Bosman 2005 onder 3.

⁴⁰ Breedveld-de Voogd 2007, p. 264-265.

⁴¹ Van Velten 2004a, p. 313.

⁴² *Kamerstukken I*, 2001/02, 23 095, nr. 178b, p. 13.

⁴³ *Kamerstukken II*, 1995/96, 23 095, nr. 8, p. 4-5.

⁴⁴ Zie onder meer; Hijma 2004a, p. 49; Van Velten 2009b, p. 144.

⁴⁵ Dammingh 2008, onder c. Zie ook Van Velten 2009b, p. 144.

Er zijn echter ook schrijvers die de mogelijkheid van afstand in twijfel trekken. Huijgen brengt naar voren dat van de bescherming van de koper niets overblijft, wanneer men tijdens de uitermate korte bedenktijd afstand van deze bedenktijd doet.⁴⁶ Iedere bedenktijd kan zo in feite volledig worden uitgehold. Breedveld-de Voogd oppert dat het afstand doen van het ontbindingsrecht mogelijk op gespannen voet staat met het dwingendrechtelijke karakter van artikel 7:2 BW.⁴⁷ Van Velten signaleert de volgende situatie:⁴⁸

Koper en verkoper hebben een koopovereenkomst gesloten. In verband met het verstrijken van de zes maanden termijn van de overdrachtsbelasting is het van belang dat de levering direct (binnen de bedenktijd) plaatsvindt. Partijen kunnen echter niet afspreken dat de koper afstand doet van de bedenktijd. Daarmee loopt men het risico dat alsnog wordt ontbonden en niet van het belastingvoordeel geprofitteerd kan worden.

3.7 Analyse en oplossingsrichtingen

3.7.1 *Ter inleiding*

Hieronder wordt de problematiek die in de voorgaande paragraaf is gesignaleerd nader uitgewerkt, worden oplossingsrichtingen aangegeven en worden aanbevelingen gedaan.

3.7.2 *De duur van de bedenktijd*

Er is veel kritiek geleverd op de duur van de bedenktijd. Deze zou te kort zijn om een deskundige in te kunnen schakelen. De minister heeft in reactie op deze stelling aangegeven dat de bedenktijd kort is gehouden om zoveel mogelijk recht te doen aan de gerechtvaardigde belangen van de verkoper.⁴⁹ Een verlenging van de bedenktijd zou de balans tussen de belangen van de koper en de belangen van de verkoper te veel verstoren. Daarbij merkt de minister op dat de koper ook voor het sluiten van de koopovereenkomst advies kan inwinnen of eventueel de koop binnen de drie dagen termijn kan ontbinden als het aangevraagde advies er niet op tijd is.⁵⁰ De bedenktijd verzekert de koper, volgens de minister, dat hij daadwerkelijk de mogelijkheid heeft tot het raadplegen van deskundigen. De minister vermeldt dat er in de voorlichting aan de consument de nadruk op zal worden gelegd dat het verstandig is om niet tot de bedenktijd te wachten met het inschakelen van deskundigen. Tevens wordt opgemerkt dat verwacht mag worden dat deskundigen zullen inspelen op de drie dagen bedenktijd door direct na het onderzoek advies uit te brengen.⁵¹ Ook wordt in ogenschouw genomen dat, zoals in hoofdstuk II is aangegeven, er in de praktijk doorgaans enige tijd ligt tussen het moment van mondelinge overeenstemming en de schriftelijke koopovereenkomst.⁵² Gedurende deze tijd heeft de koper ook bedenktijd. Het schriftelijkheidsvereiste heeft daarmee als het ware de rol van de bedenktijd overgenomen. In een verkopersmarkt is het raadplegen van een deskundige in de fase voor het tot stand komen van de koopovereenkomst wellicht minder makkelijk, maar in die situatie blijft altijd de mogelijkheid over om hiervoor een ontbindende voorwaarde in de koopovereenkomst op te nemen. Ook merkt de minister nog op dat het op grond van de Algemene termijnenwet mogelijk is dat de bedenktijd langer dan drie dagen zal zijn.⁵³ Bedacht zij ten slotte ook dat de bedenktijd eerst de dag na de terhandstelling begint te lopen waardoor de bedenktijd ook nog iets wordt uitgebreid.

⁴⁶ Huijgen 2006, p. 1061.

⁴⁷ Breedveld-de Voogd 2007, p. 256.

⁴⁸ Van Velten 2004a, p. 313.

⁴⁹ *Kamerstukken II*, 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 5-6. Zie ook paragraaf 6.2.2.1 inzake de afwijzing van de twee-wegenleer en de zeven dagen bedenktijd.

⁵⁰ *Kamerstukken II*, 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 5-6. Zie ook *Kamerstukken II*, 2000/01, 23 095, nr. 10, p. 18 - 19.

⁵¹ *Kamerstukken I*, 2001/02, 23 095, nr. 178b, p. 12.

⁵² *Kamerstukken I*, 2002/03, 23 095, nr. 38a, p. 13; *Kamerstukken I*, 2002/03, 23 095, nr. 38a, p. 16.

⁵³ *Kamerstukken I*, 2002/03, 23 095, nr. 38a, p. 20.

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel is reeds aangegeven dat er in de praktijk in ongeveer 90% van de gevallen in de precontractuele fase een deskundige wordt ingeschakeld.⁵⁴ Uit de gehouden enquêtes blijkt, zoals reeds beschreven, dat de invoering van de bedenktijd daar weinig verandering in heeft gebracht. Ook geven de respondenten aan dat ze gebruik maken van het (laten) opnemen van ontbindende voorwaarden in het contract; de koop kan bijvoorbeeld worden gesloten onder voorbehoud van een bouwkundige inspectie of een taxatie. Op die manier wordt de mogelijkheid tot het inschakelen van een deskundige gewaarborgd. Tevens blijkt uit de enquêtes dat er nauwelijks van het ontbindingsrecht gebruik wordt gemaakt.⁵⁵

Samenvattende conclusies

Op grond van het bovenstaande kan worden gesteld dat, ondanks dat de onofficiële bedenktijd langer is dan drie dagen, de bedenktijd niet of nauwelijks wordt gebruikt met als doel het inschakelen van een deskundige. Zo bezien is de korte duur van de bedenktijd geen bezwaar, maar de bedenktijd voegt in het licht van het verzekeren van de inschakeling van de deskundige hetgeen door de minister als hoofddoelstelling gezien wordt, niet veel toe. Wat blijft is de betekenis van de bedenktijd voor het herstellen van overhaast genomen beslissingen. Zoals opgemerkt bij de beschrijving van de praktijkervaringen met de bedenktijd, biedt de bedenktijd lucht in een markt waar de koper onder druk staat. Van een dergelijk marktsituatie is thans geen sprake, maar dat kan in de toekomst uiteraard weer heel anders zijn. Het is echter de vraag of het voorkomen van overhaaste beslissingen, hetgeen niet de hoofddoelstelling van de bedenktijd is geweest, de instandhouding van de bedenktijd rechtvaardigt.

3.7.3 Verzendtheorie of ontvangsttheorie?

De vraag is gesteld of de bedenktijd, mede door de ontvangsttheorie, niet dusdanig kort wordt dat de doelstellingen van de bedenktijd niet meer kunnen worden gehaald. De ontvangsttheorie van artikel 3:37 BW houdt, zoals hierboven beschreven, in dat de ontbindingsverklaring de verkoper moet hebben bereikt voor het einde van de bedenktijd. Omdat het vanwege bewijstechnische redenen wenselijk is dat de ontbindingsverklaring schriftelijk geschiedt, betekent dit dat de verklaring uiterlijk de tweede dag van de bedenktijd moet worden verzonden.

Bij toepassing van de verzendtheorie moet de ontbindingsverklaring zijn verstuurd voordat de bedenktijd is verlopen. Het feit dat de verkoper de verklaring dan pas na het einde van de bedenktijd ontvangt is dan niet relevant. Hijma geeft aan dat veel argumenten ervoor pleiten om de verzendtheorie op de ontbinding binnen de bedenktijd toe te passen. Naast het bovenstaande argument dat de bedenktijd feitelijk een dag wordt verkort door de wenselijkheid van een schriftelijke ontbindingsverklaring noemt hij het rechtssystematische aspect dat in verwante kaders de verzendtheorie wel wordt toegepast.⁵⁶ Als verwant kader kan onder andere worden genoemd artikel 7:48c lid 2 BW, inzake de koop van *timeshares*, welke bepaling is afgestemd op grensoverschrijdende overeenkomsten. De Colportagewet, die evenmin aan de ontbinding een vormvereiste stelt, geeft een gunstige bewijsregel ten aanzien van een met het doel tot ontbinding verzonden brief of briefkaart (artikel 25 lid 4 Colportagewet).⁵⁷ De bovengenoemde bepaling en wet zijn voortgekomen uit Europese richtlijnen. Ook de ontwerp Richtlijn Consumentenrecht hangt de verzendtheorie aan. De verzendtheorie zou in dat kader mooi binnen de Europese ontwikkelingen vallen. Wat echter in het oog moet worden gehouden is dat in het kader van deze richtlijnen andere belangen in het spel zijn dan de belangen die in het speelveld van de Wet koop onroerende zaken aan de orde zijn, te meer daar de verkoper van een onroerende zaak lang niet altijd de professionele en deskundige sterkere partij is.

⁵⁴ *Kamerstukken II*, 2000/01, 23 095, nr. 10, p. 19. Daarbij is er acht op geslagen dat de Vereniging Eigen Huis kopers adviseert om al voor de koopovereenkomst onderzoek te (laten) doen. *Kamerstukken II*, 2000/01, 23 095, nr. 10, p. 18.

⁵⁵ Zie hiervoor hoofdstuk VIII.

⁵⁶ Hijma 2003a.

⁵⁷ Croes 2001, p. 338.

De minister heeft, zoals aangegeven in paragraaf 3.6.3, geen gebruik willen maken van de verzendtheorie vanwege het feit dat de verkoper dan langer in onzekerheid zou verkeren.

Los van de discussie omtrent de toepassing van de verzend- of ontvangsttheorie is in de vorige paragraaf reeds gebleken dat kopers nagenoeg geen gebruik maken van de bedenktijd om een deskundige in te schakelen. Het onderzoeksteam is van mening dat het toepassen van de verzendtheorie hier weinig verandering in zal brengen. De extra tijd die de koper dan wellicht heeft is nog steeds niet voldoende om een deskundige om advies te vragen. De gangbare praktijk van het inschakelen van een deskundige in de precontractuele fase of het opnemen van een ontbindende voorwaarde zal volgens het onderzoeksteam ook bij de toepassing van de verzendtheorie in stand blijven.

De bedenktijd kan nog wel relevant zijn voor de overhaaste koopbeslissing. Ook met betrekking tot het bereiken van dit doel is het onderzoeksteam van mening dat het toepassen van de verzendtheorie niet veel meer voordelen met zich meebrengt dan de ontvangsttheorie. Welke theorie ook wordt toegepast, de koper zal in beide gevallen enige tijd hebben om na de ter hand stelling de koop nog eens te overdenken. Feit is dat de koper door de bedenktijd en de ontvangsttheorie enige tijd heeft om de koop te laten bezinken. Van een overhaaste koopbeslissing zal ook bij de ontvangsttheorie geen sprake zijn, nu er steeds tijd zit tussen het totstandkomen van de koopovereenkomst en de afloop van de bedenktijd.

Samenvattende conclusies

Nu de bedenktijd zowel bij toepassing van de verzendtheorie als de toepassing van de ontvangsttheorie te kort is om een deskundige in te schakelen, is de discussie omtrent de toepassing van één van deze theorieën voor het behalen van dit doel irrelevant.

Met betrekking tot de overhaaste koopbeslissing is er volgens het onderzoeksteam voor de koper bij de toepassing van de ontvangsttheorie voldoende bedenktijd om zich over de koop te beraden.

De verzendtheorie zorgt er weliswaar voor dat de drie dagen bedenktijd in zijn geheel kunnen worden benut, maar op grond van het bovenstaande ziet het onderzoeksteam geen reden om de huidige ontvangsttheorie plaats te laten maken voor de verzendtheorie.

3.7.4 Ter hand stelling

Aanbeveling

Het is aan de (makelaars van) verkopers om er zorg voor te dragen dat de (kopie van een) door beide partijen ondertekende akte aan de kopers ter hand wordt gesteld. Om te verzekeren dat koper en verkoper hiervan op de hoogte zijn kan de ter hand stelling en het ingaan van de bedenktijd worden opgenomen in de (model)akte.

3.7.5 Meerdere malen bedenktijd?

3.7.5.1 Parlementaire geschiedenis

Indien men in de parlementaire geschiedenis zoekt naar het antwoord op de vraag of het mogelijk is dat de koper meerdere malen gebruik kan maken van de bedenktijd komt men tegenstrijdige berichten tegen. Zo geeft de minister in de Memorie van Toelichting aan dat de bedenktijd slechts eenmaal benut hoort te worden met het oog op de belangen van de verkoper.⁵⁸

Uit een antwoord van de minister op een vraag van de KNB is echter af te leiden dat de minister het mogelijk acht dat de bedenktijd opnieuw intreedt:

⁵⁸ Kamerstukken II, 1992/93, 23095, nr. 3, p. 4. Zie ook *Kamerstukken II*, 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 9.

‘De verkoper kan echter het opnieuw ontstaan van de bedenktijd voorkomen door overeenkomstig artikel 7:15 BW de koper tijdig, dus bij de koop de bijzondere lasten en beperkingen uitdrukkelijk te laten aanvaarden.’⁵⁹

In het licht van deze discussie dient ook te worden gewezen op artikel 7:2 lid 2 BW. Daarin staat het volgende vermeld: ‘Komt, nadat de koper van dit recht (tot ontbinding binnen de bedenktijd red.) 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.’ Helaas wordt deze bepaling niet nader toegelicht in de parlementaire geschiedenis.

3.7.5.2 Situaties waarin de koopovereenkomst aangevuld, gewijzigd of opnieuw aangegaan wordt

Het ontbinden van de koopovereenkomst binnen de bedenktijd en een nieuwe overeenkomst aangaan is echter niet de enige mogelijkheid voor partijen om opnieuw met elkaar in onderhandeling te treden. Zoals in paragraaf 2.6.4 al is aangegeven is het in de volgende gevallen mogelijk dat partijen nogmaals met elkaar in onderhandeling moeten treden:

1. de overeenkomst wordt ontbonden binnen de bedenktijd en er komt tussen dezelfde partijen een nieuwe overeenkomst tot stand met betrekking tot hetzelfde object;
2. de overeenkomst wordt op niet-essentiële punten gewijzigd of aangevuld;
3. de overeenkomst wordt op essentiële punten gewijzigd of aangevuld;
4. de overeenkomst wordt ontbonden als gevolg van een ontbindende voorwaarde, waarna een nieuwe overeenkomst tot stand komt tussen dezelfde partijen met betrekking tot hetzelfde object;
5. de overeenkomst wordt ontbonden als gevolg van wanprestatie waarna een nieuwe overeenkomst tot stand komt tussen dezelfde partijen met betrekking tot hetzelfde object.

Het onderzoeksteam is van mening dat de vraag of een bepaalde wijziging of aanvulling schriftelijk dient te geschieden los kan staan van de vraag in welke omstandigheden er een nieuwe bedenktijd intreedt. Zie hiervoor de bovengenoemde paragraaf 2.6.4. Los van het antwoord op de vraag of een wijziging of aanvulling schriftelijk dient te geschieden moet beantwoord worden of en zo ja wanneer een nieuwe bedenktijd gerechtvaardigd is.

Breedveld-de Voogd bespreekt de problematiek van een mogelijke nieuwe bedenktijd in het licht van de situatie dat de leveringsakte afwijkt van de koopakte. De overeenkomst wordt dan gewijzigd. Volgens Breedveld-de Voogd gaat in dat geval de bedenktijd opnieuw lopen. Zij acht dit gevolg onwenselijk, omdat dit te ingrijpende gevolgen heeft.⁶⁰

3.7.5.3 Analyse en oplossingsrichtingen

Uit de hierboven genoemde opmerkingen van de minister kan worden afgeleid dat het onder omstandigheden mogelijk is dat de koper meer dan één keer van de bedenktijd gebruik kan maken. Niet duidelijk is echter in welke situaties het opnieuw ingaan van de bedenktijd mogelijk is. Gesteld zou kunnen worden dat de minister het niet opnieuw ingaan van de bedenktijd alleen heeft willen koppelen aan de situatie dat de koopovereenkomst wordt ontbonden door het invoeren van de ontbinding binnen de bedenktijd. Dit zou betekenen dat de bedenktijd in alle andere hierboven beschreven situaties wel opnieuw gaat lopen. Het onderzoeksteam acht dit, evenals Breedveld-de Voogd, onwenselijk.⁶¹

Volgens het onderzoeksteam kan worden verdedigd dat in alle gevallen waarin partijen de overeenkomst wijzigen, aanvullen of opnieuw met elkaar aangaan de bedenktijd niet nogmaals van toepassing zou moeten zijn. Er kunnen enkele kanttekeningen worden gemaakt bij deze aanname. Ten eerste sluit deze

⁵⁹ Kamerstukken I, 2003/04, 23 095, nr. A, p. 6. De context van dit citaat volgt.

⁶⁰ Breedveld-de Voogd 2007, p. 269-270. Zie ook Breedveld-de Voogd 2003b. In beide publicaties bespreekt Breedveld-de Voogd vier mogelijke oplossingen om de bedenktijd niet opnieuw van toepassing te laten worden.

⁶¹ Breedveld-de Voogd 2007, p. 269-270.

aanname niet aan bij bovenstaand antwoord van de minister op een vraag van de KNB. In die situatie ging het namelijk om een wijziging van de koopovereenkomst, waarna de bedenktijd opnieuw van toepassing wordt verklaard. Ten tweede wordt het niet opnieuw ingaan van de bedenktijd na een ontbinding binnen de bedenktijd beperkt tot zes maanden na de koopovereenkomst.⁶²

Het onderzoeksteam acht het zeer goed verdedigbaar dat de bedenktijd binnen zes maanden na het tot stand komen van de koopovereenkomst slechts eenmaal van toepassing kan zijn. Dit is op het moment van de ter hand stelling van de eerste tussen partijen overeengekomen koopovereenkomst. Naast de belangen van de verkoper baseert het onderzoeksteam haar mening op het feit dat het doel van de bedenktijd na de eerste bedenktijd is bereikt. Van een overhaaste koopbeslissing kan na het verlopen van deze bedenktijd immers geen sprake meer zijn nu de koper reeds drie dagen over zijn koop heeft kunnen nadenken. Daarnaast heeft de koper bij een wijziging of aanvulling van de overeenkomst genoeg tijd om een deskundige voor de wijziging of aanvulling in te schakelen, nu er al een overeenkomst aanwezig is en er geen eventuele tijdsdruk voor de koper is. De situatie dat partijen na de ontbinding van de overeenkomst, bijvoorbeeld na het ingaan van een ontbindende voorwaarde, opnieuw een overeenkomst aangaan heeft dusdanig veel overeenkomsten met het ontbinden van de overeenkomst binnen de bedenktijd dat ook op die grond zou kunnen worden verdedigd dat er geen nieuwe bedenktijd intreedt.⁶³

Een volgende vraag is of de bedenktijd wel opnieuw in zou moeten treden op het moment dat er een wijziging, aanvulling of nieuwe koopovereenkomst tot stand komt na zes maanden na de eerste koopovereenkomst. Ook in deze situatie acht het onderzoeksteam het verdedigbaar dat er niet opnieuw een bedenktijd gaat lopen. De hiervoor genoemde overwegingen zijn volgens het onderzoeksteam ook van toepassing op de situatie dat partijen een wijziging, aanvulling of geheel nieuwe overeenkomst overeenkomen na zes maanden na de eerste overeenkomst.

Breedveld-de Voogd noemt het eenmaal van toepassing zijn van de bedenktijd ook als mogelijke oplossing voor de problemen die een nieuwe bedenktijd met zich kan brengen.⁶⁴ Een nadeel van deze oplossing is volgens haar dat de bescherming van artikel 7:2 BW daarmee illusoir kan worden. Indien in de eerste koopovereenkomst bijvoorbeeld alleen de zaak en de prijs worden genoemd, ziet de bedenktijd namelijk alleen op die elementen. Volgens Breedveld-de Voogd wordt de koper dan slechts beschermd tegen een overhaaste koop, maar niet tegen juridische onkunde.⁶⁵ Dit nadeel kan echter eenvoudig worden weggenomen indien er eisen aan de inhoud van de koopovereenkomst worden gesteld. Zie paragraaf 2.6.5. Op die manier wordt gewaarborgd dat de koper zijn bedenktijd tevens zou kunnen gebruiken (indien mogelijk) voor het inschakelen van een deskundige die de essentiële onderdelen van de koopovereenkomst kan bekijken. Daarnaast geldt bovengenoemd argument dat de koper na de koopovereenkomst meer tijd zal hebben om een deskundige in te schakelen, voordat hij instemt een wijziging of een aanvulling van de overeenkomst.

Het gevolg van de hierboven verdedigde aanname is wel dat ook in de, zeer uitzonderlijke, situatie dat partijen tien jaar na de eerste koopovereenkomst met betrekking tot dezelfde zaak een nieuwe koopovereenkomst aangaan, er geen nieuwe bedenktijd zal intreden voor de koper. Om dit nadelige gevolg te voorkomen zou ook kunnen worden gesteld dat de bedenktijd pas weer in kan treden na twee jaar na de totstandkoming van de eerste koopovereenkomst. Een periode van twee jaar zou in verreweg de meeste gevallen voldoende moeten zijn om te bepalen of de koop al dan niet doorgang zal vinden.

Samenvattende conclusies en aanbeveling

Het opnieuw intreden van de bedenktijd na een aanvulling of wijziging van de overeenkomst of na het opnieuw aangaan van een koopovereenkomst met betrekking tot dezelfde zaak levert bezwaren op. Ten

⁶² Zie artikel 7:2 lid 2 BW.

⁶³ Het onderzoeksteam beseft zich dat dit argument niet op gaat als het de bedoeling van de wetgever is geweest om de uitsluiting van de bedenktijd specifiek te koppelen aan het invoeren van de ontbinding binnen de bedenktijd.

⁶⁴ Breedveld-de Voogd 2007, p. 268.

⁶⁵ C.G. Breedveld-de Voogd 2007, p. 268.

eerste worden de belangen van de verkoper geschaad indien de bedenktijd meerdere malen van toepassing kan zijn. Ten tweede ontstaan er problemen in de, niet ondenkbare, situatie dat er in de leveringsakte een aanvulling of wijziging van de koopovereenkomst plaatsvindt.

Het onderzoeksteam is van mening dat de wetgever nogmaals goed dient na te gaan of het wenselijk is dat een koper meermalen gebruik kan maken van de bedenktijd. Het onderzoeksteam acht het goed verdedigbaar dat de bedenktijd slechts eenmaal wordt toegekend. De bescherming die door de bedenktijd aan de koper wordt gegeven is bij een wijziging, aanvulling of geheel nieuwe overeenkomst tussen partijen reeds gegeven.

3.7.6 *Afstand van de bedenktijd*

De situatie dat de koper afstand doet van zijn recht uit hoofde van de bedenktijd zal zich het meest voordoen wanneer de koopovereenkomst en de leveringsakte direct na elkaar worden ondertekend. De notaris dient partijen goed voor te lichten over de gevolgen en wordt geadviseerd in die situatie een specifieke bepaling met betrekking tot de afstand op te nemen in de akte van levering.⁶⁶

Partijen kunnen zoals gezegd niet in de koopovereenkomst afspreken dat er geleverd zal worden binnen de drie dagen bedenktijd. Een dergelijke afspraak levert een afwijking ten nadele van de koper op en is niet rechtsgeldig gelet op artikel 7:2 lid 4 BW.

Een bijzondere situatie doet zich voor indien er in een leveringsakte tevens een (eerste) koopovereenkomst wordt opgenomen. Deze situatie deed zich onder andere voor in de uitspraak *Bouwmeester/Van Leeuwen*⁶⁷. De casus was als volgt:

Koper en verkoper gaan een koopovereenkomst aan met betrekking tot een perceel grond. In de koopovereenkomst wordt vermeld dat het perceel grond een oppervlakte heeft van ongeveer tachtig are. In de daaropvolgende leveringsakte wordt echter vermeld dat het perceel grond ongeveer 85 are en 90 centiare is. De Hoge Raad bepaalt dat, omdat in de leveringsakte de titel van overdracht was vermeld, er een nieuwe koopovereenkomst in de leveringsakte was opgenomen. De stelling van de verkoper dat de inhoud van de titel in de leveringsakte de partijbedoeling niet juist weergeeft slaagt niet. De Hoge Raad bepaalt dat er een perceel grond is overdragen van 85 are en 90 centiare.

Huijgen geeft aan dat men in deze situatie zou kunnen stellen ‘dat bij het ondertekenen van zo’n leveringsakte, door samenvallende rechtsmomenten, tevens een nieuwe koopovereenkomst een ondeelbaar moment voordien tot stand is gekomen waarbij de koper afstand doet van de bedenktijd’.⁶⁸ Op die manier kan de bedenktijd volgens Huijgen illusoir worden gemaakt.⁶⁹ Het onderzoeksteam is van mening dat in de situatie dat in de leveringsakte de koopovereenkomst wordt gewijzigd, zoals het geval was bij *Bouwmeester/Van Leeuwen*, er geen nieuwe bedenktijd intreedt. Zie hiervoor de vorige paragraaf. De problematiek die Huijgen beschrijft speelt dan echter nog wel indien de eerste koopovereenkomst en levering in één akte worden opgenomen. De situatie dat er in de leveringsakte een eerste koopovereenkomst wordt opgenomen kan echter ook worden gezien vanuit de twee rechtshandelingen die de akte omvat, te weten een koopovereenkomst en een levering. Afstand van de bedenktijd bij de levering is in dat geval mogelijk. Dit is niet problematisch, omdat er een notaris betrokken is bij deze rechtshandelingen, waardoor de bescherming van partijen in de regel is gewaarborgd. De notaris dient immers te waken voor juridische onkunde of feitelijk overwicht van één van partijen.⁷⁰ Bovendien kan, indien de afstand in deze leveringsakte niet mogelijk wordt geacht, het probleem eenvoudig worden omzeild door eerst de koopovereenkomst te tekenen en gelijk erna de leveringsakte waarin de afstand is opgenomen.

⁶⁶ *Kamerstukken II*, 1995/96, 23 095, nr. 8, p. 4-5; Van Velten 2009b, p. 144. Zie ook Van Velten 2004a, p. 313.

⁶⁷ HR 22 april 1994, NJ 1995, 560.

⁶⁸ Huijgen 2006, p. 1061.

⁶⁹ Huijgen 2006, p. 1061.

⁷⁰ HR 20 januari 1989, NJ 1989, 766. Zie voor de rol van de notaris verder hoofdstuk VI.

Samenvattende conclusies

Het is volgens het onderzoeksteam mogelijk om, nadat de koopovereenkomst tot stand is gekomen, afstand te doen van de bedenktijd. Het doen van afstand zal zich voornamelijk voordoen als de akte van levering binnen de bedenktijd dient te worden getekend. De afstand moet in dat geval uitdrukkelijk in de leveringsakte worden vermeld.

Ook in de situatie dat er een (eerste) koopovereenkomst in de leveringsakte is opgenomen, kan er afstand worden gedaan. Dit vanwege het feit dat er twee rechtshandelingen in de akte zijn opgenomen. Ook in deze akte dient de afstand uitdrukkelijk te worden vermeld. Vanwege het feit dat er een notaris bij het tekenen van de akte betrokken is, worden de belangen van partijen voldoende gewaarborgd.

3.8 Andere bevindingen

3.8.1 *Betekenis voor een beroep op algemene remedies*

Naar aanleiding van opmerkingen van Castermans en Van Rossum,⁷¹ is de vraag gerezen of de invoering van de bedenktijd de onderzoeksplicht van de koper uitbreidt. De belangrijkste doelstelling voor de bedenktijd is immers het kunnen inschakelen van een deskundige. Leidt nu het niet inschakelen van deze deskundige ertoe dat een eventueel gebrek na de levering eerder aan de koper zal worden toegerekend? Castermans is van mening dat de bedenktijd geen invloed zou moeten hebben op de onderzoeksplicht van partijen.⁷²

Zoals eerder in dit hoofdstuk is vermeld, wordt in 90% procent van de gevallen in de precontractuele fase al een deskundige ingeschakeld. Dit betekent dat deze problematiek slechts geldt in 10% van de gevallen.⁷³ Er kan niet algemeen worden gezegd dat de onderzoeksplicht door de toepasselijkheid van een bedenktijd wordt uitgebreid. Dit moet van geval tot geval worden bekeken. Het is immers in een concreet geval aan de rechter om uit te maken of de koper al dan niet aan zijn onderzoeksplicht heeft voldaan. Op grond daarvan zegt de minister dat het niet goed mogelijk is om algemeen geldende uitspraken te doen over de invloed van de bedenktijd op de onderzoeksplicht. Wel kan in het algemeen worden gesteld dat het denkbaar is dat de onderzoeksplicht in de bedenktijd kan worden nagekomen.⁷⁴

Daarnaast is bijvoorbeeld Hijma van mening dat de bedenktijd ook geen invloed zou moeten hebben op de beoordeling of sprake is van een wilsgebrek of een tekortkoming. Aangezien de bedenktijd bedoeld is om de koper extra bescherming te bieden, kan het niet de bedoeling zijn dat dit ten koste gaat van andere beschermingsinstrumenten.⁷⁵ Valk signaleert dat een beroep op een vernietigingsgrond niet verstandig is zolang de bedenktijd loopt. De koper kan zich in deze periode de moeite van het bewijzen van bijvoorbeeld dwaling besparen. Het zou echter volgens Valk mogelijk kunnen zijn dat de koper die zich na het verstrijken van de bedenktijd beroept op een wilsgebrek (bijvoorbeeld bedreiging) de vraag krijgt gesteld waarom hij niet heeft ontbonden gedurende de bedenktijd. Indien van invloed sprake is zal deze niet bij alle gronden van vernietiging even groot zijn.⁷⁶

3.8.2 *Artikel 7:2 lid 5 BW; uitzondering van koop op een veiling*

3.8.2.1 Inhoud en reikwijdte van de uitzondering

Ingevolge artikel 7:2 lid 5 BW is de bedenktijd, onder andere, niet van toepassing op een koop op een openbare veiling ten overstaan van een notaris.⁷⁷ De toelichting bij deze uitsluiting vermeldt dat de

⁷¹ Castermans 1992, p. 271 e.v. en Van Rossum 1995, p. 108-109.

⁷² Castermans 1992, p. 271 e.v.

⁷³ *Kamerstukken II*, 2000/01, 23 095, nr. 10, p. 19.

⁷⁴ *Kamerstukken II*, 2000/01, 23 095, nr. 10, p. 19; *Kamerstukken I*, 2001/02, 23 095, nr. 178b, p. 12/13.

⁷⁵ Hijma 2003b.

⁷⁶ Valk 1998, p. 14.

⁷⁷ De bedenktijd van artikel 7:2 BW is daarnaast niet van toepassing op een koop als bedoeld in artikel 7:48a onder a BW en op huurkoop.

toepasselijkheid van de bedenktijd ernstig afbreuk zou doen aan de doeltreffendheid en doelmatigheid van de openbare veiling.⁷⁸ Uit de tekst van lid 5 kan worden afgeleid dat de bedenktijd wél van toepassing is bij de onderhandse verkoop van artikel 3:268 lid 2 en tot en met 4 BW⁷⁹ en bij een vrijwillige verkoop bij inschrijving.⁸⁰

Openbare veiling

De derde titel van het tweede Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering handelt over de gerechtelijke tenuitvoerlegging op onroerende zaken. Uit deze titel en uit artikel 3:268 BW kan worden afgeleid dat een beslaglegger die executoriaal beslag op een woning heeft gelegd of een hypotheekhouder⁸¹ tot verkoop op een openbare veiling (executoriale verkoop) kan overgaan. Artikel 514 RV bepaalt dat deze executoriale verkoop geschiedt ten overstaan van een bevoegde notaris.⁸² De notaris stelt de dag, het tijdstip en de plaats van de veiling vast.⁸³ Dertig dagen voor de vastgestelde dag voor de executoriale verkoop, moet de executoriale verkoop bekend worden gemaakt.⁸⁴ Tevens moeten de veilingvoorwaarden worden vastgesteld. Veelal wordt voor deze veilingvoorwaarden gebruik gemaakt van algemene veilingvoorwaarden⁸⁵ met daarnaast enige bijzondere veilingvoorwaarden. Deze laatste veilingvoorwaarden bevatten meer specifieke kenmerken over de woning die geveild gaat worden.

De daadwerkelijke veiling bestaat in grote lijnen uit twee onderdelen. Er wordt eerst geboden bij opbod en vervolgens wordt er afgemijnd (ook wel afslag genoemd).⁸⁶ Het bieden bij opbod houdt in dat er wordt begonnen met een startbedrag en de aanwezigen door middel van handopsteken of het noemen van een hoger bedrag een hogere bieding kunnen doen. Degene die het hoogste bedrag uitbrengt, ontvangt hiervoor een inzetpremie. Vervolgens vindt de afmijning plaats.⁸⁷ Bij de afmijning wordt door de veilingmeester (die naast de notaris zit) een bedrag genoemd dat veel hoger is dan het hoogste bod dat bij het bieden bij opbod is genoemd. Vervolgens noemt de veilingmeester elke keer een lager bedrag. Op het moment dat één van de aanwezigen ‘mijn’ roept bij een bepaald bedrag, is deze persoon in beginsel de koper van de woning voor het bedrag waarbij hij heeft afgemijnd. Wordt er niet afgemijnd en komt de veilingmeester uiteindelijk bij het bedrag uit dat bij opbod is geboden, dan is degene die dat bedrag heeft geboden in beginsel de koper van de woning. De koper is in beginsel de koper van de woning, omdat de verkoper (de beslaglegger of de hypotheekhouder) kan bepalen dat hij de woning niet wil verkopen aan deze koper. De verkoper moet met andere woorden de woning gunnen aan de koper. De gunning wordt door de notaris aangegeven in een akte van gunning. Daarnaast maakt de notaris een akte van kwijting op op het moment dat de koper alle voor hem komende kosten heeft voldaan. Deze akten worden ingeschreven in de openbare registers. De overdracht is voltooid op het moment dat de akte van kwijting is ingeschreven in de openbare registers.⁸⁸

Onderhandse verkoop

Indien een hypotheekhouder een executoriale verkoop procedure heeft gestart is het mogelijk dat er een mogelijke koper is die voor de dag van veiling een bod doet. Dit bod kan zowel aan de hypotheekhouder als aan de hypotheekgever gericht zijn. Indien de hypotheekhouder of de hypotheekgever het bod aanvaardt wordt er tussen de koper en de verkoper een koopovereenkomst opgesteld. Deze koopovereenkomst moet ter goedkeuring worden voorgelegd aan de voorzieningenrechter van de rechtbank. Het

⁷⁸ *Kamerstukken II*, 2001/02, 23 095, nr. 178b, p. 14.

⁷⁹ *Kamerstukken II*, 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 14.

⁸⁰ *Kamerstukken II*, 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 7.

⁸¹ De hypotheekhouder heeft het zogenoemde recht van parate executie. Dat wil zeggen dat de hypotheekhouder zonder een rechterlijke machtiging tot de verkoop op een openbare veiling kan overgaan.

⁸² Zie ook artikel 3:268 lid 1 BW voor bevoegdheid van de hypotheekhouder om de woning op een openbare veiling te verkopen.

⁸³ Artikel 515 lid 1 RV.

⁸⁴ Artikel 517 RV.

⁸⁵ Bijvoorbeeld de Algemene Veilingvoorwaarden Voor Executieveilingen 2006.

⁸⁶ Artikel 519 RV.

⁸⁷ De afmijning kan dezelfde dag plaatsvinden, maar er kunnen ook enkele dagen tussen het bieden bij opbod en de afmijning zitten.

⁸⁸ Artikel 525 RV.

verzoek tot goedkeuring kan tot uiterlijk één week voor de geplande dag voor de veiling worden ingediend.⁸⁹ Het is mogelijk dat er voor de afloop van de behandeling van het verzoek tot goedkeuring een gunstiger bod wordt gedaan. De rechter kan in dat geval bepalen dat er wordt verkocht aan degene die het hogere bod heeft uitgebracht.⁹⁰

Door het indienen van het verzoek tot goedkeuring van de koopovereenkomst, vervalt de voor de veiling geplande dag.⁹¹ Mocht de rechter geen goedkeuring verlenen, dan bepaalt de rechter een nieuwe dag waarop de veiling zal plaatsvinden.

Vrijwillige verkoop bij inschrijving

Een vrijwillige verkoop bij inschrijving vindt plaats op initiatief van de eigenaar van een woning en kan in een verkopersmarkt een hogere prijs opleveren dan bij een gewone verkoop. Eenieder die geïnteresseerd is in de woning, kan schriftelijk een bod uitbrengen. Vaak wordt er voor dit schriftelijke bod gebruik gemaakt van door de notaris uitgegeven formulieren. De formulieren worden bij de notaris ingeleverd in een gesloten envelop. Een bod dat wordt uitgebracht moet onvoorwaardelijk, onherroepelijk en zonder enig voorbehoud zijn gemaakt. Voldoet een bod niet aan deze eisen dan is het bod ongeldig. De bieder moet daarnaast daadwerkelijk een bedrag noemen. Een bod waarin wordt vermeld dat er € 2.000,- boven het hoogste bod wordt geboden is om die reden niet geldig. Tijdens een openbare zitting maakt de notaris alle biedingen bekend. De verkoper bepaalt vervolgens met welke bieder hij een koopovereenkomst sluit.

3.8.2.2 Vraagpunten

Uitbreiden van de uitzondering naar de onderhandse verkoop

In de parlementaire geschiedenis en de literatuur is de vraag voorgelegd of de drie dagen bedenktijd niet tevens bij de onderhandse verkoop buiten toepassing dient te worden verklaard. Als redenen voor afschaffing van de bedenktijd bij een onderhandse verkoop als bedoeld in artikel 3:268 BW worden gegeven de grote problemen en de hoge kosten door het inroepen van de bedenktijd. Indien een koper, na de toestemming van de rechter voor de onderhandse verkoop, binnen drie dagen de koopovereenkomst ontbindt, moet de gehele veilingprocedure opnieuw worden opgestart.⁹² Ook wordt aangegeven dat het voortraject bij de executoriale verkoop en een onderhandse verkoop voor een groot gedeelte gelijk zijn, met als grootste verschil dat bij de onderhandse verkoop naast een notaris ook een rechter betrokken is. In dat licht zijn dezelfde argumenten die tegen een bedenktijd bij een executoriale verkoop pleiten, ook van toepassing op een onderhandse verkoop.⁹³ Tenslotte komt de vraag naar voren of de belangen van de verkoper door de toepassing van de bedenktijd bij de onderhandse verkoop niet te zeer terzijde worden gezet.⁹⁴

Laten vervallen van de uitzondering bij de executoriale verkoop

Er zijn thans ook tegenovergestelde geluiden te horen. In het kader van de wens om de gang van zaken bij executoriale verkoop te verbeteren, ondermeer ten behoeve van het optimaliseren van de veilingprocedure en het tegengaan van fraude in de vastgoedsector, is door Van der Ham en Depla aan de regering verzocht om het bindende karakter van de executoriale verkoop te heroverwegen.⁹⁵ Met het bindende karakter wordt bedoeld dat de koper op een veiling bij de totstandkoming van deze koop aan de koop gebonden is, omdat de bedenktijd niet op de executoriale verkoop van toepassing is en er geen ontbindende voorwaarden kunnen worden overeengekomen. Specifiek vragen Van der Ham en Depla naar de mogelijkheid van een drie dagen bedenktijd en een financieringsvoorbehoud bij deze vorm van verkopen.

⁸⁹ Artikel 548 lid 1 RV.

⁹⁰ Artikel 3:368 lid 2 BW.

⁹¹ Artikel 548 lid 4 RV.

⁹² *Kamerstukken II*, 2000/01, 23 095, nr. 10, p. 10.

⁹³ *Kamerstukken II*, 2001/02, 23 095, nr. 178a, p. 10.

⁹⁴ *Kamerstukken II*, 2002/03, 23 095, nr. 38, p. 7.

⁹⁵ *Kamerstukken II*, 2008/09, 31 700 XVIII, nr. 48, p. 1. Zie voor het tegengaan van fraude in de vastgoedsector nader hoofdstuk VII.

Uitbreiden van de uitzondering naar de vrijwillige verkoop bij inschrijving

Ook bij een vrijwillige verkoop bij inschrijving kan de uitoefening van de bedenktijd problemen opleveren. Stel dat de verkoper na de openbare zitting de woning gunt aan de hoogste bieder. Deze bieder is op de hoogte van de andere biedingen en kan de verkoper onder druk zetten door aan te geven dat hij de woning slechts tegen het op één na hoogste bod wil kopen en anders gebruik maakt van de bedenktijd. De vraag kan worden gesteld of de bedenktijd bij de vrijwillige verkoop bij inschrijving zou moeten worden afgeschaft om de nadelen van de toepassing van de bedenktijd te voorkomen.

3.8.2.3 Analyse en oplossingsrichtingen

Onderhandse verkoop

De minister heeft aangegeven dat er geen reden is om aan te nemen dat er veel gebruik zal worden gemaakt van de bedenktijd bij de onderhandse verkoop in geval van een executie. De reden voor deze aanname is volgens de minister de lange aanlooptijd die de koper heeft, voordat hij tot een onderhandse koop over moet gaan. Op grond van artikel 516 RV moeten er tussen de bekendmaking en de executoriale verkoop tenminste dertig dagen zitten. Op grond van artikel 547 lid 2 RV kan er tot veertien dagen voor de executoriale verkoop onderhands worden geboden. De koper heeft aldus tenminste zestien dagen de tijd om deskundigen in te schakelen. Vanwege deze aanlooptijd zal er volgens de minister evenmin snel sprake zijn van de ontbinding van de koop in verband met een overhaaste koopbeslissing.⁹⁶ Daarnaast geeft de minister aan dat de onderhandse verkoop een veel lichtere vorm van executie is dan de executoriale verkoop.⁹⁷ Er is volgens de minister op grond van het bovenstaande geen reden om aan te nemen dat aan de doelmatigheid of doeltreffendheid van de onderhandse verkoop ernstig afbreuk zal worden gedaan of dat de belangen van de verkoper te zeer terzijde worden geschoven.⁹⁸ Ook is niet op voorhand uitgesloten dat de koper behoefte heeft aan de ontbinding binnen de bedenktijd en heeft de hypotheekhouder of hypotheekgever altijd de mogelijkheid om het onderhands uitgebrachte bod af te wijzen, zodat er alsnog een executoriale verkoop zal plaatsvinden.⁹⁹ Bij die executoriale verkoop is de bedenktijd dan niet van toepassing.

Zoals hierboven is aangegeven sluiten de mogelijke koper en de hypotheekgever of hypotheekhouder een koopovereenkomst, voordat er een verzoek tot goedkeuring bij de voorzieningenrechter van de rechtbank wordt ingediend. In veel gevallen zal er gewacht worden met het indienen van het verzoek bij de voorzieningenrechter van de rechtbank, totdat de bedenktijd is verlopen. De hypotheekgever of hypotheeknemer heeft dan immers de zekerheid dat de koper aan de koopovereenkomst is gebonden. Het is echter niet ondenkbaar dat de koper de mogelijkheid heeft om de koop nog te ontbinden, nadat de voorzieningenrechter zijn goedkeuring heeft gegeven. Door middel van een tijdschema geeft Van Heuvel aan wanneer dit mogelijk is.¹⁰⁰

Stel: de veiling vindt plaats op dinsdag de 16^e. Tot en met maandag de 1^e kan dan onderhands op de te executeren zaken worden geboden. De maandagavond laat binnengekomen bieding wordt dinsdagochtend de 2^e direct aan de bank en de eigenaar doorgestuurd. Indien bijvoorbeeld de bank besluit een koopovereenkomst met de bieder te sluiten, zal de overeenkomst op diezelfde dinsdag de 2^e moeten zijn opgesteld, door alle partijen zijn ondertekend en in afschrift aan de koper ter hand zijn gesteld. Dan gaat de bedenktijd in op woensdag de 3^e, zodat deze eindigt op vrijdagavond de 5^e om 24:00. het verzoekschrift aan de voorzieningen rechter kan dan tijdig (uiterlijk op maandag de 8^e) worden ingediend, zonder dat de koper zich nog op de bedenktijd kan beroepen. Zou de koopovereenkomst pas op woensdag de 3^e zijn ondertekend en ter hand gesteld, dan gaat de bedenktijd op donderdag de 4^e lopen en eindigt deze op maandag de 8^e om 24:00. De koper zou de overeenkomst dan nog kunnen ontbinden nadat deze is

⁹⁶ *Kamerstukken II*, 2000/01, 23 095, nr. 10, p. 29.

⁹⁷ *Kamerstukken II*, 2001/02, 23 095, nr. 178b, p. 14.

⁹⁸ *Kamerstukken II*, 2002/03, 23 095, nr. 38a, p. 15 en *Kamerstukken II*, 2002/03, 23 095, nr. 38a, p. 21.

⁹⁹ *Kamerstukken II*, 2002/03, 23 095, nr. 38a, p. 15 en *Kamerstukken II*, 2002/03, 23 095, nr. 38a, p. 21.

¹⁰⁰ W.H. van Heuvel, 'Vragen bij de bedenktijd van artikel 7:2 BW', *WPNR* 2007, nr. 6722.

ingediend overeenkomstig artikel 548 lid 1 Rv. Als dat gebeurt, moet de veiling weer van begin af aan worden opgestart, omdat door tijdige indiening van het verzoekschrift de veiling is komen te vervallen.¹⁰¹

Daarnaast is het mogelijk dat voor de afloop van de behandeling van het verzoek aan de voorzieningenrechter een gunstiger aanbod wordt voorgelegd. De rechter kan vervolgens bepalen dat de verkoop overeenkomstig het gunstigere aanbod zal geschieden.¹⁰² In dat geval komt er tijdens de zitting een nieuwe koopovereenkomst tot stand. Voor deze koper zal de bedenktijd pas ingaan na de rechtszitting. Croes signaleert dat de volgende situaties zich kunnen voordoen:¹⁰³

Soms gaat het om een koper die – al dan niet te elfder ure opgetrommeld door de eigenaar - met zijn bod deze schuldenaar te hulp schiet. Verder is het mogelijk dat de rechter zijn toestemming weigert, bijvoorbeeld bij onderhandse executieverkoop door de curator, omdat er inmiddels een (nog) hoger bod is uitgebracht. Ook dit kan gaan om een bod van iemand die de failliet op het laatste nippertje te hulp komt, bijvoorbeeld een familielid die wil verzekeren dat de failliet (en het gezin) in de woning kunnen blijven.

Zoals reeds aangegeven bepaalt artikel 548 lid 4 RV dat de voor de executoriale verkoop bepaalde dag door de indiening van het verzoek tot onderhandse verkoop vervalt. Dit heeft tot gevolg dat, indien de koper gebruik maakt van zijn bedenktijd en de overeenkomst ontbindt, de gehele veilingprocedure opnieuw dient te worden opgestart.¹⁰⁴

Van Heuvel stelt voor om artikel 7:2 lid 5 BW zodanig aan te passen dat de leden 1-4 van artikel 7:2 BW niet van toepassing zijn op een onderhandse verkoop. Om aan de belangen van de koper bij een onderhandse verkoop tegemoet te komen zou volgens Van Heuvel artikel 517 lid 1 RV zodanig moeten worden gewijzigd dat de veilingvoorwaarden ten minste dertig dagen voor de veilingdatum moeten zijn vastgesteld. Op die manier is een eventuele koper bij onderhandse verkoop op tijd op de hoogte van de veilingvoorwaarden.¹⁰⁵ Volgens Van Heuvel heeft een eventuele koper meer baat bij het kunnen kennismaken van de veilingvoorwaarden dan bij het kunnen inroepen van de bedenktijd.¹⁰⁶

Executoriale verkoop

De toepassing van de bedenktijd bij de executoriale verkoop levert grote praktische problemen op. Deze problemen draaien voornamelijk om het feit dat, indien de koper van zijn ontbindingsrecht gebruik maakt, de gehele veiling opnieuw zal moeten worden opgezet. Dit houdt in dat de executeur opnieuw kosten maakt, de notaris opnieuw tijd kwijt is en de schuld van de hypotheekgever verder oploopt. Gezien de grote bezwaren die kleven aan de mogelijkheid tot het inroepen van de bedenktijd bij een executoriale verkoop, lijkt de toepassing van de bedenktijd geen goed middel voor de optimalisering van de veilingprocedure en het tegengaan van vastgoedfraude bij veilingen. Met name vanuit het oogpunt van optimalisering is de toepasselijkheid van de bedenktijd af te raden, zodat het gevaar van de noodzaak tot het starten van een geheel nieuwe veilingprocedure wordt voorkomen. Ook met betrekking tot het tegengaan van de vastgoedfraude kan de bedenktijd niet als een goede oplossing worden gezien. Gezien het feit dat er andere mogelijkheden zijn om de vastgoedfraude op veilingen tegen te gaan¹⁰⁷ en gezien de bezwaren van het gebruik van de bedenktijd bij een veiling raad het onderzoeksteam af om de bedenktijd in te voeren als middel om vastgoedfraude tegen te gaan.

¹⁰¹ Een oplossing zou kunnen zijn dat de koper na het ingaan van de bedenktijd afstand doet van deze bedenktijd. Nadeel van deze oplossing is dat de koper niet gedwongen kan worden om daadwerkelijk afstand te doen en de mogelijkheid tot ontbinding dus ook zou kunnen blijven bestaan.

¹⁰² Artikel 3:268 lid 2 BW.

¹⁰³ Croes 2001, p. 335.

¹⁰⁴ Dit is een veel verdergaand gevolg dan in het geval de rechter geen toestemming geeft voor de onderhandse verkoop. In dat geval zal de rechter een nieuwe dag bepalen waarop de openbare veiling zal plaatsvinden en geldt er een andere termijn voor de bekendmaking van de veilingdag (artikel 548 lid 4 RV).

¹⁰⁵ Van Heuvel 2007. Onder het huidige recht is de verkoper lang niet altijd op de hoogte van de veilingvoorwaarden, omdat deze nu uiterlijk acht dagen voor de veilingdatum bekend moeten worden gemaakt.

¹⁰⁶ Van Heuvel 2007.

¹⁰⁷ Zie hiervoor hoofdstuk VII.

Vrijwillige verkoop bij inschrijving

Aangegeven is dat de bedenktijd ook tot problemen kan leiden bij de vrijwillige verkoop bij inschrijving. Afschaffen van de bedenktijd bij deze verkoop kan er echter toe leiden dat er een toename van deze manier van verkoop zal plaatsvinden in plaats van de ‘gewone’ verkoop door een verkoper. De verkoper zou op die manier de bedenktijd kunnen omzeilen. Bovendien kunnen de genoemde problemen ook via een andere weg worden opgelost. Van Heuvel geeft een aantal mogelijke aanpassingen van de Algemene Voorwaarden voor de Verkoop bij Openbare Inschrijving van Registergoederen 1996” (hierna: AV1996) om deze mogelijke problemen te voorkomen. In hoofdlijnen stelt hij voor om de bedragen niet meteen openbaar te maken en daarnaast de bidders enige tijd aan hun bieding te houden.¹⁰⁸ Het onderzoeksteam adviseert om die reden dat, indien de bedenktijd in stand blijft, deze ook van toepassing blijft op de vrijwillige verkoop bij inschrijving.

Samenvattende conclusie en aanbevelingen

Gezien de grote bezwaren die kleven aan de mogelijkheid tot het inroepen van de bedenktijd bij een executoriale verkoop, lijkt de toepassing van de bedenktijd geen goed middel voor de optimalisering van de veilingprocedure en het tegengaan van vastgoedfraude bij veilingen. Met name vanuit het oogpunt van optimalisering is de toepasselijkheid van de bedenktijd af te raden, zodat het gevaar van de noodzaak tot het starten van een geheel nieuwe veilingprocedure wordt voorkomen. Ook met betrekking tot het tegengaan van de vastgoedfraude kan de bedenktijd niet als een goede oplossing worden gezien. Gezien het feit dat er andere mogelijkheden zijn om de vastgoedfraude op veilingen tegen te gaan¹⁰⁹ en gezien de bezwaren van het gebruik van de bedenktijd bij een veiling raad het onderzoeksteam af om de bedenktijd in te voeren als middel om vastgoedfraude tegen te gaan.

Vergelijkbare bezwaren gelden voor de onderhandse verkoop, waardoor ook bij een dergelijke verkoop kan worden gepleit voor het afschaffen van de bedenktijd.¹¹⁰ Wat betreft de procedurele eisen kan niet worden gezegd dat er sprake is van een lichte vorm van executoriale verkoop. De mogelijkheid voor de koper van het inroepen van de bedenktijd weegt niet op tegen het geheel opnieuw opstarten van een veilingprocedure.

Bij een vrijwillige openbare verkoop bij inschrijving ligt dit anders. Een dergelijke verkoop ligt veel dichterbij een ‘gewone verkoop’ dan bij een executoriale verkoop of onderhandse verkoop. Bij de executoriale verkoop of onderhandse verkoop is de verkoper immers niet de eigenaar van de woning en is de koop mede om die reden met minder waarborgen omkleed dan een gewone verkoop.¹¹¹

Mocht besloten worden dat de bedenktijd bij de koop van een woning door een particulier in stand wordt gehouden, dan dient de bedenktijd ook voor een vrijwillige openbare verkoop bij inschrijving te gelden. De belangen van de verkoper om de bedenktijd bij een vrijwillige openbare verkoop niet van toepassing te verklaren, wegen niet op tegen de belangen voor de koper om de bedenktijd in stand te laten. Dit is temeer het geval indien met de door Van Heuvel voorgestelde aanpassingen in de AV1996 de bezwaren van de bedenktijd voor de verkoper kunnen worden weggenomen. Het niet van toepassing verklaren van de bedenktijd bij een vrijwillige openbare verkoop kan bovendien tot gevolg hebben dat er een toename van dergelijke verkopen plaatsvindt, omdat de verkoper in dat geval de bedenktijd zou kunnen ontlopen.

3.8.3 Misbruik van de bedenktijd

De bedenktijd biedt de koper de mogelijkheid om de verkoper onder druk te zetten, bijvoorbeeld door van de verkoper nadere voorwaarden of een prijsverlaging te eisen, onder dreiging dat anders van het ontbindingsrecht gebruik zal worden gemaakt. Breedveld-de Voogd is van mening dat het in een dergelijke

¹⁰⁸ Van Heuvel 2007.

¹⁰⁹ Zie hiervoor hoofdstuk VII.

¹¹⁰ Eventueel in samenhang met de door Van Heuvel voorgestelde wijziging van artikel 517 lid 1 RV. Het dieper ingaan op deze wijziging gaat dit onderzoek echter te buiten.

¹¹¹ Zie artikel 7:19 BW.

situatie mogelijk is dat de koper geen gebruik kan maken van het ontbindingsrecht. Dit vanwege het feit dat de koper, door in bovenstaande situatie een beroep te doen op het ontbindingrecht, niet handelt in overeenstemming met de ratio van het ontbindingsrecht. Daarbij geeft Breedveld-de Voogd aan dat de leerstukken van misbruik van recht en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid uiteraard ook van toepassing zijn.¹¹²

Hijma is een andere mening toegedaan. Hij geeft voor bedenktijden in het algemeen aan dat de koper, in gevallen van misbruik, zijn ontbindingsrecht niet verliest, maar dat misbruik van dit recht leidt tot aansprakelijkheid van de koper op grond van onrechtmatige daad.¹¹³

De koper kan volgens het onderzoeksteam zijn ontbindingsrecht in beginsel niet verliezen. In het kader van de uitoefening, kan niet worden gevraagd naar de achtergrond van de beslissing om van dit recht gebruik te maken.¹¹⁴ De bevoegdheid om tot ontbinding over te gaan bestaat immers zonder opgaaf van redenen. Wel is het volgens het onderzoeksteam mogelijk dat indien vast staat dat de koper misbruik maakt van dit recht aansprakelijkheid kan ontstaan op grond van onrechtmatige daad. Hiervan zal echter slechts in een zeer uitzonderlijke situatie sprake kunnen zijn.

3.8.4 *Informatieplicht van de verkoper ten aanzien van de bedenktijd*

De kopers die de enquêtes hebben ingevuld en die zijn benaderd voor nadere vragen door middel van een telefonisch interview waren over het algemeen op de hoogte van het bestaan van de bedenktijd. De bekendheid en correct gebruik van de bedenktijd zullen nog meer vergroot kunnen worden indien de bedenktijd, de duur en de wijze waarop hier gebruik van kan worden gemaakt worden opgenomen in de koopakte.

Aanbeveling

De bedenktijd, de duur ervan en de wijze waarop van de bedenktijd gebruik kan worden gemaakt, zou als één van de minimumvereisten voor de inhoud van koopovereenkomst moeten worden voorgeschreven. Mocht daartoe niet worden overgegaan, dan is het onderzoeksteam van mening dat er in beginsel geen verplichting bestaat voor de verkoper om de koper op dit recht te wijzen. Hij mag echter niet de indruk wekken dat de koper definitief aan de koopovereenkomst vast zit. Wel kan van deskundigen (waaronder notarissen en makelaars) worden verwacht dat ze hun cliënten wijzen op de bedenktijd.

3.8.5 *Specifieke aandachtspunten met betrekking tot aanneming van werk*

Vanwege de gelijkenis met de koop van een woning gelden ook voor de aanneming van werk die strekt tot de bouw van een woning, het schriftelijkheidsvereiste en de bedenktijd.

Wedekind signaleert dat de opdrachtgever niet alleen de overeenkomst maar ook bouwtekeningen en het bestek moet laten bekijken en is om die reden voorstander van een termijn van acht dagen na het tekenen van een koop-/aannemingsovereenkomst.¹¹⁵ In vergelijkbare zin Thunnissen, die er op wijst dat de consumentenbescherming wel erg mager is uitgevallen en dat de opdrachtgever mogelijk extra zal moeten betalen om een spoedadvies te krijgen binnen drie dagen.¹¹⁶ Ook Van den Berg betwijfelt of de bedenktijd in de praktijk de consument bij aanneming van werk zal helpen.¹¹⁷ De regeling is volgens hem ten onrechte meegezogen in de politieke discussie omtrent de wettelijke regeling inzake de koop van een woning.

¹¹² Breedveld-de Voogd 2007, p. 239-240.

¹¹³ Hijma 2004a, p. 78-79.

¹¹⁴ Zo ook Hijma 2004a, p. 78-79.

¹¹⁵ Wedekind 1991a, p. 196.

¹¹⁶ Thunnissen 1994, p. 374.

¹¹⁷ Van den Berg 2002, p. 1026.

Van den Berg constateert daarentegen ook dat de summiere aandacht van de wetgever voor de bijzondere aspecten bij aanneming van werk te billijken zijn aangezien er in de bouwsector in verregeande mate sprake is van autonome regelgeving. Dit heeft vorm gekregen in zeer gedetailleerde algemene voorwaarden, tot stand gekomen in nauw overleg tussen belanghebbenden.¹¹⁸ Zo bestaan er door het GIW vastgestelde standaard koop-/aannemingsovereenkomsten voor appartementen en voor eengezinswoningen. Bij gebruik van deze contracten is de GIW Garantie- en waarborgregeling van toepassing. De standaardovereenkomsten bieden de particuliere opdrachtgever een hoop bescherming. Zo heeft de particuliere opdrachtgever die gebruik maakt van genoemde koop-/aannemingsovereenkomst een bedenktijd van één kalenderweek na de ter hand stelling.¹¹⁹

Wellicht nog meer dan voor een gewone koopovereenkomst geldt voor de koop-/aannemingsovereenkomst dat de bedenktijd te kort is om daadwerkelijk een deskundige in te schakelen. Niet alleen zal de koop-/aannemingsovereenkomst zelf moeten worden beoordeeld, maar daarnaast bijvoorbeeld ook bouwtekeningen. Vanuit dit punt bezien dient de bedenktijd bij een koop-/aannemingsovereenkomst te worden verlengd om aan haar doelstelling te kunnen voldoen. De wenselijkheid hiervan wordt mede aangetoond door de reeds bestaande langere bedenktijd in de door het GIW vastgestelde standaard koop-/aannemingsovereenkomsten voor appartementen en voor eengezinswoningen.

3.9 Samenvattende conclusie

De vragen naar wenselijkheid, reikwijdte en invulling van de bedenktijd hangen nauw samen met de reikwijdte en invulling van het vormvoorschrift, zoals besproken in hoofdstuk II, alsook met de vraag naar de wenselijkheid van verplichte inschakeling van de notaris, zoals in hoofdstuk VI aan de orde komt.

De vragen naar wenselijkheid, reikwijdte en invulling van de bedenktijd hangen nauw samen met de reikwijdte en invulling van het vormvoorschrift, zoals besproken in hoofdstuk II, alsook met de vraag naar de wenselijkheid van verplichte inschakeling van de notaris, zoals in hoofdstuk V aan de orde komt.

Op de vraag welke problemen zich bij de toepassing van de bedenktijd hebben voorgedaan moet worden geantwoord dat er niet veel problemen naar voren zijn gekomen. Rechtspraak over de bedenktijd is zeer summier en ziet voornamelijk op de ter hand stelling. Ook uit de interviews en enquêtes komen geen grote toepassingsproblemen naar voren. Vanuit het oogpunt van gebleken problemen bezien kan de bedenktijd in haar huidige vorm in stand worden gehouden. De bedenktijd in haar huidige vorm levert weinig toepassingsproblemen op en in een verkopersmarkt kan het de koper soulaas bieden.

Indien de bedenktijd in stand wordt gehouden beveelt het onderzoeksteam aan om de uitzonderingen in 7:2 lid 5 BW, ondermeer de uitzondering voor de openbare veiling, in stand te houden. Er dient echter een extra uitzondering te worden gemaakt voor de onderhandse verkoop als bedoeld in artikel 3:268 BW. Deze onderhandse verkoop ligt dicht tegen een openbare veiling aan, waardoor de redenen om de bedenktijd niet van toepassing te verklaren op een openbare veiling ook van toepassing zijn op een onderhandse verkoop.

Kijkend naar de doelstellingen van de bedenktijd kan geconcludeerd worden dat de bedenktijd weinig doelmatig is in vergelijking tot de andere (mogelijke) beschermingsmechanismen. De voornaamste reden van de minister voor het invoeren van de bedenktijd was het kunnen inschakelen van een deskundige.¹²⁰ De bedenktijd blijkt echter te kort om daadwerkelijk binnen de bedenktijd een deskundige in te schakelen. Daarbij komt dat verlenging van de bedenktijd niet aanbevelingswaardig is, vanwege de ongerechtvaardigde langere onzekerheid die dit voor de verkoper meebrengt. De verhouding tussen koper en verkoper

¹¹⁸ Van den Berg 2002, p. 1015.

¹¹⁹ Zie art. 2 van de koop-/aannemingsovereenkomst voor eengezinshuizen met toepassing van de GIW Garantie- en waarborgregeling welke is vastgesteld door het GIW op 1 januari 2007 en art. 2 van de koop-/aannemingsovereenkomst voor appartementen met toepassing van de GIW Garantie- en waarborgregeling welke is vastgesteld door het GIW op 1 januari 2007.

¹²⁰ *Kamerstukken II*, 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 4 (MvA II).

levert in die situatie te veel ongelijkheid tussen partijen op. Bovendien blijkt dat het grootste gedeelte van de kopers nog steeds een deskundige inschakelt vóórdat ze tot koop overgaan of dat er gebruik wordt gemaakt van een ontbindende voorwaarde in de koopovereenkomst met betrekking tot de uitkomst van een deskundigenbericht.

De bedenktijd vervult wel een functie bij het tegengaan van een overhaaste koopbeslissing. Dit was de tweede reden van de minister om de bedenktijd in te voeren. Het gevaar van een overhaaste koopbeslissing wordt echter ook voor een groot deel weggenomen door het schriftelijkheidsvereiste. Vanwege het feit dat de koper moet wachten totdat er een schriftelijke koopovereenkomst is opgesteld, blijkt de koper in de praktijk in de meeste gevallen enkele dagen bedenktijd te hebben voor het daadwerkelijk tot stand komen van de koopovereenkomst. Zo bezien biedt een deugdelijk opgestelde standaard koopakte met minimuminhoud waarop de koper zich voor de ondertekening kan bezinnen een zekere waarborg, waaraan de bedenktijd weinig toe kan voegen. Besproken is in dit verband dat kwaliteitseisen met betrekking tot de koopakte kunnen worden gesteld. Dit dient een meerledige functie, het heeft een waarschuwend effect, het voorkomt het wegcontracteren van essentiële bepalingen en er wordt een zo evenwichtig mogelijke verhouding tussen koper en verkoper bereikt.¹²¹

Tot slot is de bedenktijd een zeer conjunctuurgevoelige maatregel. Volgens het onderzoeksteam bestaat er een beter beschermingsmechanisme om de doelstellingen van de minister te verwezenlijken. Dit beschermingsmechanisme bestaat uit het inschakelen van de notaris bij de schriftelijke koopovereenkomst in plaats van het gebruik maken van de bedenktijd in combinatie met een schriftelijkheidsvereiste. De inschakeling van de notaris bij de koopovereenkomst zal nader worden besproken in hoofdstuk VI. Het schriftelijkheidsvereiste is in het vorige hoofdstuk behandeld.

¹²¹ Vergelijk Le Roy 2005, p. 255-258.

HOOFDSTUK IV DE VORMERKUNG VAN ARTIKEL 7:3 BW

4.1 Ter inleiding

In dit hoofdstuk staat de zogeheten ‘Vormerkung’ centraal, de in artikel 7:3 BW geschapen mogelijkheid voor de koper van een registergoed de koopovereenkomst in te schrijven in de openbare registers. Vindt inschrijving plaats dan wordt de koper beschermd tegen een groot aantal in lid 3 van het artikel genoemde feiten.

De vraagstelling die in het onderhavige hoofdstuk ter beantwoording voorligt luidt:

Is de bescherming van de consumentkoper met de mogelijkheid van inschrijving van de koopovereenkomst in de openbare registers als bedoeld in artikel 7:3 BW, afdoende gebleken? Hebben zich problemen voorgedaan bij de toepassing van de mogelijkheid tot inschrijving?

De beantwoording van de vraagstelling vraagt allereerst om een onderzoek naar de inhoud en het doel van invoering van de Vormerkung (paragraaf 4.2 en 4.3). Vervolgens moet worden bekeken hoe de regeling in de praktijk uitpakt, welke problemen zich hebben voorgedaan en op welke wijze deze problemen kunnen worden opgelost (paragraaf 4.4 en 4.5).

4.2 Inhoud, rechtskarakter en reikwijdte van de Vormerkung

4.2.1 De inhoud

Ter inleiding op het onderliggende hoofdstuk kunnen uit de tekst van artikel 7:3 BW de navolgende kernpunten worden gedestilleerd:

1. In weerswil van het bepaalde in artikel 3:17 lid 1 kan een koopovereenkomst in de openbare registers worden ingeschreven (7:3 lid 3 sub 1). Hiermee is een nieuwe uitzondering gemaakt als bedoeld in artikel 3:17 lid 2 BW.
2. Inschrijving van de koopovereenkomst is mogelijk ten aanzien van *registergoederen*. De beperking tot ‘particulier onroerend goed’ als bedoeld in artikel 7:2 geldt niet in artikel 7:3.
3. Inschrijving van een koopovereenkomst is niet mogelijk indien op het tijdstip van de inschrijving levering van dat goed door de verkoper nog niet mogelijk zou zijn geweest. Reden hiervan is de uitsluiting in artikel 3:97 BW van levering bij voorbaat van toekomstige registergoederen.
4. Inschrijving van de koopovereenkomst binnen de bedenktijd kan alleen plaatsvinden als de koopovereenkomst door een notaris is opgesteld en mede-ondertekend (7:3 lid 2 BW).
5. Tegen de koper wiens koop is ingeschreven kunnen de in artikel 7:3 lid 3 genoemde gebeurtenissen niet worden ingeroepen, behoudens de in dit lid genoemde uitzonderingen.
6. De inschrijving heeft slechts rechtskracht gedurende zes maanden. Na verloop van die termijn verliest de inschrijving met terugwerkende kracht haar werking (7:3 lid 4 BW).
7. Indien de inschrijving ex artikel 7:3 lid 4 BW haar werking heeft verloren, kan volgens artikel 7:3 lid 5 BW gedurende zes maanden daaropvolgend tussen dezelfde partijen geen koop met betrekking tot hetzelfde goed worden ingeschreven.
8. Voor inschrijving van de koop in de openbare registers is noodzakelijk dat een notaris een verklaring onder de koopakte plaatst, inhoudende dat zich geen belemmeringen voordoen als bedoeld in artikel 7:3 leden 1, 2 en 5 BW.
9. Inschrijving van een huurkoopovereenkomst is niet mogelijk (artikel 7:3 lid 7 BW).¹

¹ Althans, niet op grond van artikel 7:3 BW maar wel op grond van de Tijdelijke Wet Huurkoop Onroerende Zaken.

4.2.2 *Het rechtskarakter van de Vormerkung*

Door het plaatsen van een Vormerkung, het inschrijven van de koopovereenkomst in de openbare registers, kan aan de koper van het betreffende registergoed een groot aantal posterieure gebeurtenissen niet meer worden tegengeworpen. Hiermee krijgt de ingeschreven koopovereenkomst, beter gezegd, het ingeschreven recht op levering, een bepaalde mate van zakelijke werking.

Artikel 7:3 lid 3 BW geeft een limitatieve opsomming van rechtsgevolgen die niet tegen de koper kunnen worden ingeroepen, zo volgt uit de opmerking van de minister dat lid 3 ‘een precieze en dus vrij uitvoerige regeling van de zakelijke werking van de inschrijving van de koop geeft’.²

Alhoewel de Vormerkung (i.e. de vordering tot levering) ingeschreven kan worden, is zij daarmee geen registergoed. Zij blijft een obligatoir recht en is derhalve slechts vatbaar voor vestiging van beperkte rechten die op een vordering mogelijk zijn, zoals vruchtgebruik en pand. Ook Rank-Berenschot benadrukt dat het recht tot onbelaste verkrijging van een registergoed een persoonlijk recht uit een obligatoire overeenkomst is. Dit karakter verandert niet door de inschrijfbaarheid ervan. Voor zover het wenselijk is het persoonlijk recht enig goederenrechtelijk effect te geven, dient dit expliciet bepaald te worden.³

Alhoewel de Vormerkung dus kan worden beschouwd als een mogelijkheid om een obligatoire aanspraak een bepaalde mate van zakelijke werking te verlenen, kan zij volgens Van Velten naar haar uitwerking worden beschouwd als een vorm van ‘kopersbeslag’.⁴

4.2.3 *Reikwijdte van de Vormerkung*

In tegenstelling tot artikel 7:2 BW kan Vormerkung plaatsvinden voor iedere gesloten koopovereenkomst met betrekking tot een registergoed, ongeacht of de koper een particulier is en ongeacht de vraag of het betreffende registergoed tot woning bestemd is. Toch is de hoedanigheid van de koper niet geheel irrelevant: de mogelijkheid tot inschrijving kan bij de koop van een woning door een ‘consumentkoper’ niet worden uitgesloten, zo bepaalt lid 1 van artikel 7:3 lid 3 BW. Bij ‘commerciële koop’ kan dit wel, al is dit volgens bijvoorbeeld Croes niet wenselijk; de mogelijkheid tot inschrijving zou niet alleen bij ‘consumentenkoop’ van dwingend recht moeten zijn, maar ook bij commerciële koop.⁵

Vormerkung kan niet plaats vinden gedurende de bedenktijd van artikel 7:2 lid 2 BW, met dien verstande dat ex artikel 7:3 lid 2 BW inschrijving gedurende de bedenktijd wel mogelijk is indien de koopovereenkomst door een notaris is opgesteld en mede-ondertekend.⁶

Ook kan de Vormerkung niet plaatsvinden ten aanzien van goederen waarvan op het tijdstip van inschrijving levering door de verkoper nog niet mogelijk zou zijn geweest vanwege de in artikel 3:97 BW vervatte uitsluiting van levering bij voorbaat van toekomstige registergoederen.

Een laatste beperking is de tijd: gedurende zes maanden nadat de inschrijving haar werking heeft verloren kan de koopovereenkomst tussen dezelfde partijen ten aanzien van hetzelfde registergoed niet worden ingeschreven.⁷

² *Kamerstukken II*, 1992/93, 23 095, nr 3, p. 8; Visser 2009, p. 170. Zie ook Broekveldt 2004a, p. 930

³ Van Velten 2009b, p. 161. Anders, Molenaar 1999, onder nr. 7.1. Zo ook E.B. Rank-Berenschot, Conclusie bij HR 6 februari 2009, *LJN* BG5850, onder 2.4.

⁴ Van Velten 2009b, p. 155. Zie ook Stein 1998 p. 68; Broekveldt 2004a; Dammingh 2006, p. 27. Zie in deze trant ook *Kamerstukken II*, 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 9. Overigens is de kwalificatie ‘kopersbeslag’ niet heel gelukkig omdat verwarring kan ontstaan met het beslag tot levering dat de koper een andere, minder ver gaande, bescherming geeft.

⁵ Croes 2001, p. 339. *Kamerstukken II*, 1992/93, 23 095, nr 3, p. 5.

⁶ Zie ook Huijgen 2007, die opmerkt dat volgens de toelichting op dit artikellid de notaris ‘moet hebben geadviseerd’, wat bijvoorbeeld niet zou behoeven in te houden dat de notaris de gehele overeenkomst heeft opgesteld. Zie ook uitgebreider hoofdstuk 6 van dit rapport.

⁷ Huijgen 2005.

4.3 Doelstelling van de Vormerkung

De Vormerkung maakt inbreuk op de ‘paritas creditorum’: door de inschrijving van de koopovereenkomst en de daaruit voortvloeiende bescherming tegen een groot aantal gebeurtenissen, wordt het recht op levering van de koper van een registergoed in hoge mate beschermd ten nadele van andere schuldeisers van de verkoper.⁸ De wet kent weliswaar meerdere inbreuken op de paritas creditorum, zoals de regels van voorrang die de wet biedt aan bijvoorbeeld zekerheidsgerechtigden of beperkt gerechtigden wiens recht door zuivering is teniet gegaan, maar de doorbreking door de inschrijving van de koopovereenkomst is bijzonder ruim te noemen nu zij zelfs bescherming biedt tegen bijvoorbeeld faillissement.⁹

In de parlementaire geschiedenis is wel enige aandacht besteed aan het doel van de Vormerkung, maar minder aan het gevolg ervan voor de paritas creditorum. Het belangrijkste doel van de Vormerkung is volgens de parlementaire geschiedenis bescherming van de koper tegen het risico dat het registergoed dat hij heeft gekocht niet (onbelast) wordt geleverd. Het gaat om het beschermen van het *recht op werkelijke nakoming*, omdat daarmee voor de koper grote belangen gemoeid kunnen zijn.¹⁰

De wetgever acht deze bescherming gerechtvaardigd, omdat de koop van een registergoed voor de koper van grote betekenis is en tussen koop en levering vaak enige maanden zit. In die maanden kunnen anderen zich melden.¹¹

Al eerder werd aangevoerd dat de bijzondere positie van de koper van onroerend goed enigerlei vorm van publicatie van de koopovereenkomst in de openbare registers rechtvaardigt.¹² Het belang dat de koper in zijn recht op werkelijke nakoming wordt beschermd is geen typisch consumentenbelang (dit in tegenstelling tot de bedenktijd) zodat de restrictie van artikel 7:2 BW hier niet hoeft te gelden.¹³

Kamerstukken II 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 5.¹⁴

Kamerstukken II 1995/96, 23 095, nr. 8, p. 9-10.

Kamerstukken II 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 5.

Bartels vindt het opmerkelijk dat er in de parlementaire geschiedenis nauwelijks een inhoudelijke motivering aan de Vormerkung is gegeven. Dit vindt hij vooral opmerkelijk, omdat tegenstanders van de Vormerkung wel degelijk van zich hebben laten horen en omdat de Vormerkung een doorbreking van één van de hoofdregels van het Nederlandse verhaalsrecht, de paritas creditorum, inhoudt.¹⁵ In een eerder stadium was de doorbreking van de paritas creditorum nog reden om de invoering van de Vormerkung af te wijzen.¹⁶

De tegengeluiden in de parlementaire geschiedenis waren inderdaad beperkt. Aangevoerd werd wel dat door zakelijke werking de gerechtvaardigde belangen van derden (zoals schuldeisers) meer zouden worden beperkt dan voor het bereiken van het beschermen van de koper noodzakelijk is. Tevens werd opgemerkt

⁸ Hierover meer uitgebreid paragraaf 4.5.3.

⁹ Artikel 7:3 lid 3 sub g BW waarover meer uitgebreid paragraaf 4.5.3.

¹⁰ *Kamerstukken II*, 1992/93, 23 095, nr. 3, p.5, *Kamerstukken II*, 1995/96, 23 095, nr. 8, p. 10, *Kamerstukken II*, 2001/02, 23 095, nr. 15, p. 1, *Kamerstukken I*, 2001/02,, 23 095, nr. 178b, p. 19.

¹¹ *Kamerstukken II*, 1995/96, 23 095, nr. 8, p. 10.

¹² Hiervoor werd gepleit door de consumentenorganisaties, de Raad voor Onroerende Zaken en de juridische literatuur.

¹³ Dit terwijl oorspronkelijk werd gesproken over het invoeren van de Vormerkung ter bescherming van de kopers van woningen. Zie ook Broekveldt 2004b.

¹⁴ Zie literatuurverwijzingen in de kamerstukken. Van Velten 1982, p. 232 e.v., Preadviezen voor de Koninklijke Notariële Broederschap en de Vereniging voor Bouwrecht, Bescherming van de kopers van woningen, 1985, p. 57 – 60 (Klein) en p. 61 – 65 (Van Velten).

¹⁵ Bartels 2006, onder 3 alsook Bartels 1996. Schrijvers die zich (in het verleden) kritisch hebben uitgelaten over de Vormerkung zijn: Snijders, De Boer, Heyman, Bloembergen, Huijgen, Van Daal en Broekveldt. Zie noot 27 in de bijdrage van Bartels 2006. Overigens verwondert ook Broekveldt zich over het gebrek aan inhoudelijk weerwoord tegen de invoering: Broekveldt 2004a.

¹⁶ MvA II, Parl. *Gesch. Inv. Boek* 3, p. 1080-1081.

dat invoering van de Vormerkung een aanzienlijke inbreuk op het Nederlandse rechtsstelsel zou betekenen. De noodzaak daarvan zou niet zijn aangetoond.¹⁷

Aan de andere kant werd aangevoerd dat de bescherming van 3:298 BW en van het conservatoir beslag niet voldoende waren om de positie van de koper afdoende te beschermen. Deze constatering rechtvaardigde de inschrijving en de bescherming die daaruit voortvloeit. Bovendien wordt de zakelijke werking van de Vormerkung beperkt door de omvang en de duur. Zo wordt zowel aan de gerechtvaardigde belangen van de koper als aan de gerechtvaardigde belangen van derden voldoende recht gedaan.^{18 19}

Gezien de toezegging van de KNB dat de notaris voor het inschrijven van de koopovereenkomst geen kosten in rekening zou brengen (ervan uitgaande dat de koop wordt gevolgd door een levering) was ook dat geen belemmering voor invoering van de Vormerkung.²⁰

4.4 Praktische betekenis van de Vormerkung

Inschrijving van de koopovereenkomst in de openbare registers heeft tot gevolg dat de in artikel 7:3 lid 3 BW genoemde gebeurtenissen de koper wiens koop is ingeschreven niet kunnen deren, dit onverminderd de in genoemd artikel genoemde uitzonderingen. Gedurende zes maanden heeft de koper niets te vrezen van gebeurtenissen als faillissement van de verkoper, beslag op het verkochte registergoed, dubbele verkoop en onder bewindstelling van het verkochte goed. Vorenstaande geeft de obligatoire koop, en het daaruit voortvloeiende obligatoire recht op levering een zakelijke werking die in beginsel vreemd is aan het verbintenissenrecht. Voor de koper levert dit een bijzonder comfortabele positie op; waar in het verleden geregeld problemen ontstonden door bijvoorbeeld een bezwaring of verhuur door de verkoper van het verkochte, kunnen deze bezwaring en verhuur niet meer aan de koper wiens koop is ingeschreven worden tegengeworpen.²¹

Voor bijvoorbeeld de beslaglegger, posterieure beperkt gerechtigde, faillissementscurator en bewindvoerder ligt dit vanzelfsprekend anders. Zij zien zich geconfronteerd met een schuldeiser van de verkoper die, anders dan de andere schuldeisers, niet kan worden verwezen naar rangregelingen of uitdelingslijsten, maar wiens recht op levering nagekomen zal moeten worden.

Lid 3 van artikel 7:3 BW geeft een precieze regeling van de zakelijke werking van de inschrijving van de koop. Er kan niet zomaar aangesloten worden bij de regels omtrent inschrijvingen in titel 3.1.2. Reden daarvoor is dat het bij de Vormerkung gaat om een obligatoire overeenkomst waaraan een aantal zakenrechtelijke gevolgen moeten worden toegekend die precies moeten worden omljnd. Het gaat niet om iets wat uit de openbaarmaking van de openbare registers volgt. Het moet uitdrukkelijk worden toegekend.²²

Wat opvallend is, is dat het verbinden van (een bepaalde mate van) zakelijke werking ter vrije keuze van partijen staat. Er bestaat dus een groot verschil tussen de koper wiens koop wel, en die wiens koop niet in de openbare registers is ingeschreven. Alhoewel het in beide gevallen een (obligatoir) recht op levering van een registergoed betreft, komt aan de koper wiens koop is ingeschreven een geheel andere rechtspositie toe dan aan de koper die van de mogelijkheid tot inschrijving geen gebruik heeft gemaakt.

¹⁷ *Kamerstukken II*, 1995/96, 23 095, nr. 8, p. 10.

¹⁸ *Kamerstukken II*, 2000/01, 23 095, nr. 10, p. 30/31. *Kamerstukken II*, 2000/01, 23 095, nr. 10, p. 30.

¹⁹ De kenbaarheid uit de openbare registers dat een ingeschreven koopovereenkomst is ontbonden, is geen doel van artikel 7:3 BW: *Kamerstukken I*, 2002/03, 23 095, nr. 38a, p. 15.

²⁰ *Kamerstukken II*, 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 6. Overigens worden thans wel kosten voor de inschrijving in rekening gebracht, waarover meer in hoofdstuk 6.

²¹ De kritiek dat met de Vormerkung inbreuk wordt gemaakt op de huidige systematiek van het BW moet volgens de minister genuanceerd worden: er zijn nu ook al overeenkomsten die inbreuk maken op de zakelijke werking (bijvoorbeeld de kwalitatieve verlichting van artikel 6:252 BW en het beginsel van artikel 7:226 BW koop breekt geen huur). *Kamerstukken II*, 2000/01, 23 095, nr. 10, p. 30.

²² *Kamerstukken II*, 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 8.

4.5 De Vormerkung in de praktijk

4.5.1 Artikel 7:3 lid 1 BW

In de afgelopen jaren is er een groot aantal vragen gerezen ten aanzien van artikel 7:3 BW. Niet alleen zijn soms definities niet duidelijk, ook lijkt een aantal situaties bij de totstandkoming niet meegenomen te zijn. Een ander punt van aandacht is de rol van de notaris bij Vormerkung.

In de onderhavige paragraaf zal per artikellid worden besproken welke vragen en/of problemen hieromtrent sinds de invoering zijn gerezen, welke oplossingen hiervoor (eventueel) zijn aangedragen en welke oplossingsrichting de onderzoekers in dit verband kiezen.

Artikel 7:3 lid 1 BW luidt als volgt:

‘De koop van een registergoed kan worden ingeschreven in de openbare registers bedoeld in afdeling 2 van titel 1 van Boek 3, tenzij op het tijdstip van de inschrijving levering van dat goed door de verkoper nog niet mogelijk zou zijn geweest wegens de in artikel 97 van Boek 3 vervatte uitsluiting van levering bij voorbaat van toekomstige registergoederen. Bij de koop van een tot woning bestemde onroerende zaak of een bestanddeel daarvan kan, indien de koper een natuurlijke persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, van het in de vorige zin bepaalde niet ten nadele van de koper worden afgeweken.’

4.5.1.1 Betekenis van ‘de koop’

Wat is hetgeen in de openbare registers moet worden ingeschreven, ofwel: wat moet worden verstaan onder ‘de koop’?

Een eerste vraag bij de toepassing van het eerste lid van artikel 7:3 BW hangt samen met de gebruikte terminologie:

In de openbare registers wordt volgens de wet ingeschreven ‘de koop’, zonder dat duidelijk wordt of dit de integrale koopovereenkomst betreft dan wel elementen ervan. De wetgever heeft zich slechts uitgesproken over de vorm van de inschrijving; ingevolge artikel 7:3 lid 6 BW (waarover later meer) en artikel 26 Kadasterwet is nodig een notariële verklaring²³ als bedoeld in artikel 37 Kadasterwet, waaraan is gehecht de koopakte. Het notariële onderschrift is een verklaring met als inhoud dat niets de inschrijving in de weg staat.

Wordt met de koop nu het enkele recht op levering bedoeld, de integrale koopovereenkomst of kan wellicht worden volstaan met inschrijving van enkele essentialia?

Visies

Volgens Dammingh gaat het om het recht op levering dat ingeschreven moet worden, hetgeen ervoor zou pleiten niet de integrale koopovereenkomst in te hoeven schrijven.²⁴ Hij onderbouwt deze visie met een vijftal argumenten, te weten het oogmerk van artikel 7:3 BW,²⁵ de andere woordkeuze dan in de Wet Voorkeursrecht Gemeenten, de toepasselijkheid van de artikelen 26 en 37 Kadasterwet, de contractsvrijheid die eigen is aan het overeenkomstenrecht en de verplichting tot inschrijving van een notariële verklaring. Hockx is het met deze argumenten niet eens.²⁶ Naar zijn mening moet tenminste een uittreksel van de

²³ Opgemaakt met inachtneming van het bepaalde in de artikelen 21, 22, 25-36 en 38 lid 1 Wna.

²⁴ Dammingh 2006.

²⁵ Er zijn volgens de minister geen afstemmingsproblemen tussen de WVG en artikel 7:3. *Kamerstukken II*, 2000/01, 23 095, nr. 10, p. 33.

²⁶ Hockx 2006. Overigens geeft Dammingh in zijn naschrift in dezelfde WPNR aan zich grotendeels in de argumenten van Hockx te kunnen vinden en benadrukt hij dat zijn eerdere visie met name datgene is wat hij graag zou zien.

koopakte worden ingeschreven, waarbij hij aantekent dat in dit kader onder koopakte ook kan worden verstaan een schriftelijk aanbod en een schriftelijke aanvaarding tezamen.²⁷

De KNB stelt zich op het standpunt dat een uittreksel van de koopovereenkomst mag worden ingeschreven. Niet valt in te zien, aldus de KNB, waarom alle bepalingen voor derden relevant zouden zijn. Wel noemt de KNB de koopprijs een van de essentialia van de koopovereenkomst.²⁸

Ook de minister gaat er vanuit dat de koopprijs voor derden kenbaar is als de koopovereenkomst wordt ingeschreven in de openbare registers.²⁹

Van Velten is het hiermee oneens. Hij wijst erop dat waar bij het inschrijven van een uittreksel van de leveringsakte op grond van artikel 46 Wna de koopsom in het uittreksel moet worden vermeld, deze eis niet geldt voor de koopovereenkomst.³⁰

Zoals Tuinman signaleert is er een tweetal stromingen te ontdekken: de ‘rekkelijken’, die pleiten voor een ruime interpretatie van de inschrijvingsformaliteiten, en aan de andere kant de ‘preciezen’, die vasthouden aan de regel dat de integrale koopovereenkomst of ten minste een uitgebreid uittreksel dient te worden ingeschreven.³¹ In het kader van de vraag naar de inschrijving acht Tuinman van belang welk doel met de inschrijving wordt gediend; is dit slechts het belang van de koper dat diens recht op levering wordt beschermd of zijn er ook belangen van derden bij betrokken? Als mogelijke belangen van derden noemt Tuinman dat de ingeschreven koop dusdanig gebrekkig kan zijn dat hij nietig of vernietigbaar is, dat de koopovereenkomst ontbindende voorwaarden bevat die gedurende de tijd van de inschrijving worden vervuld³² of de situatie dat de koopprijs dermate laag is dat schuldeisers in hun belang worden geschaad.

Volgens Tuinman wordt de rechtspraktijk het meest gebaat bij strikte interpretatie van de inschrijvingsvereisten. Het zou van belang zijn voor derden indien zij door raadpleging van de openbare registers kennis kunnen nemen van mogelijke nietigheid, vernietigbaarheid en/of ontbindende voorwaarden. Tuinman is daarnaast van mening dat door de Vormerkung en de daardoor plaatsvindende doorbreking van de paritas creditorum de positie van overige schuldeisers niet verder moet worden bedreigd. Het niet vermelden van bijvoorbeeld uiterste leveringsdata en koopsommen (op basis waarvan de overwaarde kan worden vastgesteld) maakt verhaal door deze schuldeisers extra lastig.

Een laatste argument dat Tuinman aanhaalt om volledige inschrijving te bepleiten is het bepaalde in de artikelen 46 en 49 lid 3 Wna. Op basis hiervan dient de notaris bij inschrijving van een uittreksel van een leveringsakte de koopprijs te vermelden. Het transparanter maken van de markt is de hieraan ten doel liggende grondslag.³³

²⁷ *Kamerstukken I*, 2001/02, 23 095, nr. 178b, p. 20.

²⁸ De KNB vermeldt op haar Intranet bij het praktijkdossier Koop onroerende zaken dat een afschrift of uittreksel van de koopovereenkomst kan worden gebruikt. Zie *Notariaat Magazine*, nr. 7/8, augustus 2003. Zie ook W. Louwman, ‘Vormvereisten voor inschrijving van onderhandse koopakten’, *JBN* 2004, 38 die verwijst naar antwoorden van Minister Donner bij de parlementaire behandeling.

²⁹ *Kamerstukken I*, 2001/02, 23 095, nr. 178b, p. 14.

³⁰ Van Velten 2005d, waarin hij ook vermeldt dat de bewaarder van het kadaster en de openbare registers, Mr. W. Louwman, dezelfde mening is toegedaan. Zie echter ook wat hieromtrent wordt vermeld in eerder genoemde artikelen van Hockx en Dammingh.

³¹ Tuinman 2008.

³² Hierdoor komt immers de beschermende werking van de Vormerkung te vervallen en krijgen schuldeisers weer grip op het betreffende registergoed. Zie ook MvA, *Kamerstukken I*, 2001/02, 23 095, nr. 178b, p. 19. Is een koopovereenkomst ingeschreven gedurende de bedenktijd waarna er tijdens de bedenktijd wordt ontbonden, dan houdt het aan de inschrijving van de koop verbonden rechtsgevolg op het tijdstip van ontbinding op te bestaan. *Kamerstukken II*, 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 9.

³³ Zie Melis-Waaijer, a.w. p. 142.

Evaluatie

De argumenten die zijn aangevoerd om slechts het recht op levering in te schrijven, zien alle op het belang van partijen om de koopsom uit het zicht van derden te houden. De concurrentiepositie van verkoper en/of koper zou worden bedreigd indien concurrenten kennis zouden kunnen nemen van koopsommen en voorwaarden. Naar de mening van het onderzoeksteam is dit niet het enige te behartigen belang, maar dienen ook de belangen van de overige schuldeisers van de verkoper in het oog te worden gehouden. Overigens zijn in de parlementaire geschiedenis als essentiële onderdelen van de koopakte genoemd het object, de prijs en de personalia van partijen. In dit licht ligt het voor de hand de koopprijs aan te merken als in te schrijven element van de koopakte. Ook valt te denken aan verkoop tegen een niet marktconforme prijs waardoor mogelijk Paulianus wordt gehandeld. Daarnaast kan een koopovereenkomst veel bepalingen bevatten die rechtstreeks of zijdelings de positie van derden beïnvloeden, zoals de vervulling van ontbindende voorwaarden, waardoor de beschermende werking aan de Vormerkung komt te ontvallen en gebreken in de koopovereenkomst die deze nietig doen zijn of vatbaar maken voor vernietiging. Het belang van inschrijving van deze elementen is derhalve evident. Het belang van markttransparantie als het gaat om bestrijding van frauduleuze handelingen is met name gelegen in het zichtbaar maken van betrokken partijen; als het gaat om het inzichtelijk maken van prijs en waarde-ontwikkelingen zal de leveringsakte zijn werk doen. Of de koopprijs ook ingeschreven zou moeten worden is derhalve een afweging tussen enerzijds het belang van schuldeisers die inzicht willen hebben in bijvoorbeeld Paulianeuze handelingen en anderzijds het belang van partijen hun prijs uit het zicht te houden. Een voordeel van inschrijving van de integrale koopovereenkomst is overigens dat hiermee eenduidigheid met de WVG wordt bereikt.

Aanbeveling

Naar het oordeel van het onderzoeksteam verdient het aanbeveling dat de integrale koopovereenkomst wordt ingeschreven. Daartoe zou de tekst van de wet aangepast kunnen worden.

4.5.1.2 Uitstel van registratie

Een andere vraag die rijst is of mag worden afgesproken dat registratie eerst plaatsvindt na uitwerking van ontbindende voorwaarden.

In de koopovereenkomst wordt wel overeengekomen dat de koopakte pas wordt geregistreerd als alle ontbindende voorwaarden zijn uitgewerkt. Op die manier is de koopprijs niet bekend geworden bij een eventuele ontbinding. Dit zou beter zijn voor de onderhandelingspositie van de verkoper.

Visies

Een dergelijke bepaling is volgens Bosman in strijd met het feit dat artikel 7:3 BW dwingende wetsbepalingen bevat waar niet van kan worden afgeweken. Bepalen dat aan de koopovereenkomst een termijn kan worden verbonden waarbinnen niet kan worden ingeschreven, acht hij een afwijking in het nadeel van de koper. De sanctie die volgens Bosman het meest in aanmerking komt is vernietigbaarheid nu de bepaling volgens hem alleen is opgenomen in het belang van de koper.³⁴

In het kader van de mogelijkheid tot vestiging van overbruggingshypotheken na de Vormerkung³⁵ geven Bartels en Heyman aan dat enerzijds een onderscheid moet worden gemaakt tussen toestemming tot het vestigen van een overbruggingshypothek (en daarmee afstand door de koper van zijn recht op bescherming) in de koopakte, dus voor de inschrijving ervan, en anderzijds de toestemming na inschrijving van de koopakte. In hun visie stuit toestemming vóór de inschrijving af op het bepaalde in artikel 7:3 lid 1 BW inhoudende dat van het recht op inschrijving niet ten nadele van de koper kan worden afgeweken.

³⁴ Bosman 2005.

³⁵ Waarover meer uitgebreid paragraaf 4.5.3.

Toestemming ná de inschrijving kan volgens hen wel: in dat geval is immers sprake van afstand van (een deel van) de reeds verkregen bescherming. Beperkingen aanbrengen in de mogelijkheid van inschrijving lijkt in het verlengde van deze visie ook niet mogelijk.

Evaluatie

De bescherming die de wetgever de ‘consumentkoper’ heeft willen bieden is van dwingend recht. Het veiligstellen van zijn recht op werkelijke nakoming mag niet worden uitgesloten. In dit kader kan uitstellen worden gelijkgesteld met uitsluiten. Ook door uitstel wordt het recht op daadwerkelijke nakoming van de koper bedreigd. Het is immers niet ondenkbaar dat in de periode dat ontbindende voorwaarden kunnen worden vervuld de verkoper faillieert of beslag wordt gelegd. Het bedingen dat inschrijving van de koopovereenkomst eerst plaats kan vinden nadat ontbindende voorwaarden zijn uitgewerkt of anderszins aan bepaalde voorwaarden is voldaan, verdraagt zich niet met het dwingende karakter van de regeling. De onderzoekers achten een dergelijk beding dan ook niet toegestaan.

Samenvattende conclusie

Het beding dat inschrijving van de koopovereenkomst eerst plaats kan vinden nadat aan een bepaalde voorwaarde is voldaan, is vernietigbaar.

4.5.1.3 Toepassingsbereik

Geldt artikel 7:3 BW ook voor andere aanspraken die tot levering leiden dan koop? Naast de overeenkomst van koop en verkoop zijn er vele andere overeenkomsten waaruit een recht op levering kan voortvloeien. Vraag is of de Vormerkung ook bedoeld is om het recht op levering veilig te stellen dat voortvloeit uit een andere bron dan een ‘reguliere’ koopovereenkomst.

Voorstander van een ruime uitleg van het begrip ‘koop’ is onder meer Huijgen.³⁶ Deze acht de Vormerkung mogelijk bij alle overeenkomsten die aan een partij een recht op levering verschaffen, behoudens het recht van de huurkoper. Kleijn merkt op dat ook de optiehouder van de Vormerkung gebruik zou kunnen maken indien zijn recht wordt gegoten in een koop met ontbindende voorwaarde.³⁷ Bartels is het eens met Huijgen waar het gaat om de opvatting dat alle aanspraken op levering van een registergoed door de Vormerkung zouden moeten worden beschermd, ongeacht de grondslag van de aanspraak. Alleen voor schenking zou zijns inziens een uitzondering moeten worden gemaakt.³⁸ Volgens Bartels vallen onder de werking van artikel 7:3 BW:

- de koop van een registergoed;
- de koop van een beperkt recht op een registergoed 7:47 jo 3:10 BW;³⁹
- de koop van een appartementsrecht 7:47 jo 3:10 BW;⁴⁰
- ruil (artikel 7:3 wordt door artikel 7:50/78 van overeenkomstige toepassing verklaard.);
- inbreng in een personenvennootschap (7A:1662 en 7:805 ontwerp).

Niet onder 7:3 BW zou volgens Bartels vallen de overeenkomst tot vestiging van een zekerheidsrecht (bijvoorbeeld het recht van hypotheek). Dit is immers niet te kwalificeren als een koop.⁴¹

³⁶ Huijgen 2005.

³⁷ Kleijn 2005.

³⁸ Bartels 2006, p. 28.

³⁹ Zie Huijgen 2005, die er op wijst dat bij de overeenkomst tot uitgifte van een onroerende zaak in erfpacht of opstal de bepalingen ten aanzien van koopovereenkomsten analoog worden toegepast, alsmede de daar aangehaalde vindplaats.

⁴⁰ Zie ook artikel 7:47 BW. Bij inschrijving moet het natuurlijk wel een registergoed betreffen.

⁴¹ Bartels 2006, p.30. Belangrijkste grond is dat hier geen koopsom valt te onderscheiden, zodat aan de vestiging van het zekerheidsrecht niet het karakter van koop kan worden verleend. Zie ook Hockx 2003.

Ten aanzien van sommige overeenkomsten is niet helder of deze inschrijfbaar zijn. Hierbij valt te denken aan de overeenkomst tot vestiging van een beperkt genotsrecht. Dit recht ‘bestaat’ immers formeel nog niet en zou daarmee kunnen worden gekenschetst als een toekomstig registergoed in de zin van artikel 3:97 BW dat zich volgens artikel 7:3 lid 1 BW niet voor inschrijving leent.

Bartels acht de overeenkomst tot vestiging van een beperkt recht wel degelijk inschrijfbaar, ook al bestaat het beperkte recht nog niet. Wel onderkent hij in dit verband twee mogelijk te noemen bezwaren:

1. De overeenkomst tot vestiging van een beperkt recht kan niet worden gekwalificeerd als ‘koop’

Volgens Bartels moet op dit type overeenkomst de kooptitel wel van toepassing worden geacht.⁴²

2. Inschrijving stuit af op het verbod van levering bij voorbaat van registergoederen.

Bartels is van mening dat ook dit geen obstakel oplevert. Er staat in de wet niet dat de koop van een toekomstig registergoed niet kan worden ingeschreven, maar slechts dat inschrijving onmogelijk is als op dat moment niet zou kunnen worden geleverd in verband met artikel 3:97 BW. De verkoper moet op het moment van inschrijving van de koop in staat zijn het recht te vestigen. Dat het beperkte recht, bijvoorbeeld het erfpachtrecht, nog niet bestaat, dus toekomstig is, op het moment van de inschrijving van de koop acht hij geen beletsel voor inschrijving.⁴³

Bij de zogeheten ABC-transacties kan ingevolge het in de wet bepaalde C zijn koop niet inschrijven omdat B op grond van artikel 3:97 BW het verkochte registergoed niet kan leveren. Er zou wellicht nog discussie kunnen zijn indien B onmiddellijk aan zichzelf zou kunnen leveren door middel van een volmacht. Een algemene regel die Bartels wil aanhouden is dat er geen inschrijving mogelijk is als voorafgaand aan de levering/vestiging eerst nog een andere goederenrechtelijke handeling moet plaatsvinden.⁴⁴

Een verdediger van een beperkter interpretatie van het begrip ‘koop’ lijkt Van Velten.⁴⁵ Met een verwijzing naar de wettekst vermeldt hij dat op andere rechtsfiguren die tot levering van een registergoed kunnen leiden dan koop, de regeling van artikel 7:3 BW niet van toepassing zal zijn. Als koop kan onder andere wellicht worden aangemerkt de overeenkomst die ten grondslag ligt aan de uitgifte in erfpacht (aangenomen dat degene die het recht verleende eigenaar is van de zaak). Bij ABC-transacties acht Van Velten slechts de koop A-B inschrijfbaar.⁴⁶

Evaluatie

De argumenten die de wetgever heeft aangevoerd voor invoering van de Vormerkung geven geen aanleiding tot een beperkte toepasselijkheid, in die zin dat (overeenkomsten tot vestiging van) beperkte genotsrechten niet ingeschreven zouden kunnen worden. Met deze visie wordt recht gedaan aan het doel van de Vormerkung zijnde bescherming van het recht van de koper van een registergoed in ruime zin, op daadwerkelijk nakoming van zijn recht op levering. Het strookt niet met gemeld doel om (de overeenkomst tot vestiging van) beperkte genotsrechten buiten het toepassingsbereik van artikel 7:3 BW te laten vallen. Een uitzondering moet daarbij worden gemaakt voor beperkte zekerheidsrechten nu de (overeenkomst tot) vestiging hiervan niet kan worden gekwalificeerd als koop.

De beperking die volgt uit artikel 3:97 BW zou volgens de onderzoekers aldus moeten worden verstaan dat degene die de overeenkomst tot vestiging aangaat, het direct in zijn macht moet hebben het betreffende recht in het leven te roepen. Is er sprake van de overeenkomst tot vestiging van een beperkt genotsrecht, waarbij de verkoper het in zijn macht heeft het betreffende recht terstond en zonder voorwaarden,

⁴² Bartels 2006, p.28 waarin hij memoreert dat ook Hijma, Van Dam, De Jong, Wessels en Hockx dezelfde mening zijn toegedaan. Zie ook in gemeld artikel genoemde literatuurverwijzingen in noot 9.

⁴³ Bartels 2006, p. 28. Anders: Asser/Hijma 2007, nr 142.

⁴⁴ Bartels 2006, onder 2. Zie ook Van Velten 2009b, p. 159.

⁴⁵ Van Velten 2009b, p. 160.

⁴⁶ Van Velten 2009b, p. 160.

toestemming of medewerking van derden in het leven te roepen, dan is ook deze overeenkomst inschrijfbaar.

Betreft het A-B-C overeenkomsten dan dient te worden vastgehouden aan de hoofdregel dat slechts de overeenkomst A-B kan worden ingeschreven, dit vanwege de hiervoor reeds aangevoerde argumenten. Vorenstaande doet enerzijds recht aan eerdergenoemd doel, terwijl anderzijds registervervuiling zoveel mogelijk wordt voorkomen. Een speciale categorie vormt die van de nog te formeren appartementsrechten, waarover paragraaf 4.5.1.4.

Aanbeveling

Niet alleen de koop maar ook andere aanspraken op levering zoals de overeenkomst tot vestiging van beperkte genotsrechten dienen te kunnen worden ingeschreven.

4.5.1.4 Een nog te formeren appartementsrecht

In het licht van het voorgaande rijst de vraag of een koopakte van een nog te formeren appartementsrecht kan worden ingeschreven?

Een nog te formeren appartementsrecht kan niet op een lijn worden gesteld met een nog te vestigen beperkt genotsrecht. Oorzaak van het verschil is de wijze waarop het recht tot stand komt: waar bij beperkte rechten de eigenaar het vrijwel altijd in zijn macht zal hebben het desbetreffende recht te vestigen, zal bij splitsing veelal de voorafgaande toestemming of medewerking van anderen noodzakelijk zijn alsmede de goederenrechtelijke splitsing.

Visies

Van Velten is van mening dat inschrijving mogelijk is. Omdat de toekomstige appartementsrechten een bepaald aandeel van de grond (met opstal) gaan uitmaken kan volgens hem bij het betreffende kadastrale perceel de aantekening worden gesteld ten name van de koper, onder vermelding dat deze aantekening betrekking heeft op de koop van een onverdeeld aandeel daarvan.⁴⁷

Gelet op het bepaalde in artikel 3:97 lid 1 BW is Bosman het hiermee niet eens. Naar zijn mening dient op het moment van de inschrijving van de koopakte tevens levering mogelijk te zijn. Wel kan de koopakte van een onverdeeld aandeel in een registergoed worden ingeschreven. In deze koopakte kan dan tevens een recht op toedeling van een bepaald appartementsrecht worden afgesproken.⁴⁸

Ook Bartels meent met een beroep op artikel 3:97 BW dat in eerste instantie de verkoper op het moment van het tekenen van de koopakte niet kan nakomen. Het te vormen appartementsrecht is een absoluut toekomstig goed. Net als bij ABC-transacties kan hier weer gediscussieerd worden over de al dan niet inschrijfbaarheid indien de verkoper zonder hulp van anderen (er zijn geen splitsingsbelemmeringen) zou kunnen splitsen en leveren. Ook hier geldt volgens Bartels de algemene regel dat er geen inschrijving mogelijk is als voorafgaand aan de levering/vestiging eerst nog een andere goederenrechtelijke handeling moet plaatsvinden. Om die reden vindt Bartels het voorstel van Bosman om de koop van een onverdeeld aandeel in het registergoed in te schrijven een aantrekkelijk idee. Noodzakelijk is dan wel dat de verkoper eigenaar van het registergoed is en dat er duidelijkheid is omtrent de omvang van het aandeel. Bartels is het in zoverre met Van Velten eens dat een appartementsrecht in feite een onverdeeld aandeel in de grond met opstal is.⁴⁹

⁴⁷ Van Velten 2005^c. Zie ook Van Velten 2009b, p. 160.

⁴⁸ Bosman 2005, onder 5.

⁴⁹ Bartels 2006, onder 2.

Evaluatie

Het inschrijven van een te vormen appartementsrecht acht het onderzoeksteam niet mogelijk. Weliswaar zijn er situaties denkbaar waarin de eigenaar het in zijn macht heeft zonder toestemming of medewerking van derden over te gaan tot splitsing van zijn goed in appartementsrechten, maar meer ligt de situatie voor de hand dat weldegelijk derden bij de vorming moeten worden betrokken.

Nu het stelselmatig maken van een onderscheid in de situatie dat zonder, en die dat met de hulp van derden een appartementsrecht kan worden gevormd de onderzoekers onwenselijk voorkomt (de bewaarder zou voor appartementsrechten per geval moeten beoordelen of er wel of niet sprake is van een inschrijf-bare koopovereenkomst aangaande een nog te formeren appartementsrecht), adviseren de onderzoekers inschrijving van een nog te vormen appartementsrecht in het geheel niet mogelijk te maken. De mogelijkheid de koop van een onverdeeld aandeel in een registergoed in te schrijven met in de koopovereenkomst een recht op toedeling van een bepaald appartementsrecht zou daarentegen wel mogelijk moeten zijn.

Samenvattende conclusie

Inschrijving van een te vormen appartementsrecht behoort niet tot de mogelijkheden. De inschrijving van een koop van een onverdeeld aandeel in een registergoed met een recht op toedeling van een bepaald appartementsrecht daarentegen wel.

4.5.1.5 Executieveiling

Kan een koper krachtens een executieveiling gebruik maken van de Vormerkung? Bij een executieveiling verloopt het koopproces geheel anders. Waar normaliter de eigenaar verkoopt, is het bij executie een hypotheekhouder of beslaglegger die tot verkoop overgaat. Ook de procedure is vanzelfsprekend geheel anders. De levering heeft bij gunning nog niet plaatsgevonden en tussen koop en levering kan er dus het nodige mis gaan. Waar bij een 'normale' verkoop de koper zijn koop kan inschrijven is de vraag of de koper op een veiling dit recht ook heeft respectievelijk of deze hier behoefte aan heeft en of de Vormerkung en het veilingproces met elkaar te verenigen zijn.

Hoe werkt dit bijvoorbeeld indien de eigenaar failliet gaat voordat levering heeft plaatsgevonden?

Over deze problematiek heeft de Hoge Raad zich gebogen op 25 januari 2008, NJ 2008, 66 (Pandora & Brandy).

Twee motorjachten, registergoederen, werden executoriaal geveild. B bracht op beide jachten het hoogste bod uit. De verkoper werd bij vonnis van 27 oktober 2005 in staat van faillissement verklaard. Op 27 oktober 2005 heeft de notaris voor de geveilde motorjachten een akte van gunning gepasseerd. Deze akte is gerectificeerd bij akte van rectificatie gunning, gepasseerd op 3 november 2005. Het vonnis tot faillietverklaring is op 15 november 2005 in het scheepsregister ingeschreven. Op 30 november 2005 heeft de notaris een verklaring van betaling executieveiling gepasseerd. Beide jachten zijn op 1 december 2005 door de executant aan koper B geleverd. De vraag was of de beide jachten na de faillietverklaring nog rechtsgeldig aan B geleverd konden worden.

Volgens de Hoge Raad staat art. 33 Fw eraan in de weg dat de jachten door de enkele gunning het 'uitwinbare vermogen' van de geëxecuteerde schuldenaar verlaten, doordat de executie door de gunning nog niet was voltooid (daarvoor was levering van de schepen aan de veilingkoper vereist) en dus op de dag van de faillietverklaring dadelijk een einde nam, met als gevolg dat geen verdere handelingen, gericht op de voortzetting en voltooiing van de tenuitvoerlegging, meer bevoegdlijk konden worden verricht. De verkrijging van executoriaal verkochte goederen vindt op grond van art. 3:80 lid 3 plaats door overdracht. Deze vindt ten aanzien van teboekgestelde schepen op grond van art. 3:89 lid 4 BW plaats door levering welke ingevolge art. 570 in verbinding met art. 525 lid 1 Rv geschiedt door inschrijving van het proces-verbaal van toewijzing.

Is sprake van een executoriale verkoop door een hypotheekhouder, waarbij de eigenaar failliet gaat voordat levering heeft plaatsgevonden, dan deert dit de koper niet wegens het bepaalde in artikel 57 Fw. (de separatistenpositie van de pand- en hypotheekhouder).

Vindt echter executoriale verkoop plaats door een beslaglegger dan ontbreekt een dergelijke bepaling. Zou in een dergelijke situatie de eigenaar failliet gaan ná de executoriale verkoop maar vòòr de levering dan zou de koper weldegelijk behoefte hebben aan bescherming. De vraag is of inschrijving van de koop in een dergelijk geval de veilingkoper baat. Indien executoriale verkoop plaats vindt is degene die verkoopt niet de eigenaar zelf, maar de executant. Artikel 7:3 lid 3 sub g BW bepaalt letterlijk dat de koper wordt beschermd tegen: ‘een faillissement of surséance van betaling *van de verkoper*.’ Derhalve niet tegen een faillissement of surséance van betaling *van de geëxecuteerde*. In de Memorie van Toelichting wordt aandacht besteed aan de interpretatie van het begrip ‘verkoper’:

‘Lid 3 onder a betreft een na de inschrijving plaatsvindende vervreemding of bezwaring door de verkoper. Hieronder is dus niet begrepen een vervreemding of bewaring bij wege van executie door de houder van een eerder gevestigde hypotheek of door een beslaglegger of faillissementscurator (zie wat deze laatste twee betreft, verder lid 3 onder f en g)...

Een executoriale verkoop als gevolg van een eerder beslag kan aan de koper worden tegengeworpen omdat in dat geval de vervreemding of bezwaring niet geschiedt door de ‘verkoper’.⁵⁰

Bij de redactie van artikel 7:3 lid 3 sub g BW is evenals in sub a sprake van ‘de verkoper’. Ook hier zal niet zijn gedacht aan faillissement van de geëxecuteerde, zodat Vormerkung de koper op een executieveiling (ingevolge een gelegd beslag) niet beschermt tegen faillissement van de geëxecuteerde.⁵¹

Visies

Volgens Van Velten zal bij een koop krachtens executieveiling door een hypotheekhouder de koper geen behoefte hebben aan de Vormerkung vanwege de zuivering (Artikel 3:273 BW). Hierdoor vervallen immers alle hypotheeken en beslagen en die beperkte rechten die niet aan de verkoper konden worden tegengeworpen. Bij een vrijwillige veiling of een executie door een beslaglegger ligt dat volgens hem anders en zou artikel 7:3 BW wel in een behoefte voorzien.⁵² Ook Kleijn is deze mening toegedaan.⁵³ Steneker is van mening dat via extensieve interpretatie de koper op een executieveiling tegen het faillissement van de geëxecuteerde bescherming ondervindt.⁵⁴

Broekveldt acht dit onjuist. In zijn noot onder genoemd arrest in JBPR 2008/20 merkt hij op:

‘9. Het hier besproken arrest is helaas zonder noot gepubliceerd in NJ 2008, 66, en in «JOR» 2008/84, met een noot van A. Steneker. Daarin gaat Steneker (onder 2-3) niet of nauwelijks in op de consequenties en mogelijke reikwijdte van deze beslissing – dat is kennelijk allemaal evident – maar wel vrij uitvoerig op de volgens hem (onder 5) “interessante vraag” of de in art. 7:3 BW geregelde “Vormerkung” of koopinschrijving, indien deze ook bij een openbare executoriale veilingkoop mogelijk zou zijn, de koper wél tegen het faillissement van de geëxecuteerde schuldenaar zou hebben beschermd. Steneker meent dat een “Vormerkung” in beginsel óók mogelijk is bij de koop van een registergoed op een executieveiling, zij het wel “op grond van extensieve interpretatie” van de nieuwe regeling. Deze opvatting lijkt mij om meerdere redenen onjuist, maar met name omdat daarmee de (beperkte) ratio van de mogelijkheid van “Vormerkung”, als middel om de koper van een registergoed te beschermen tegen de eventuele wanprestatie van zijn verkoper, volledig wordt miskend (zie daarover mijn bijdrage ‘Koop registergoed, “Vormerkung” en beslag (I)’, in: WPNR 2004, nr. 6600, onder 6-9, p. 932-936). Nog geheel daargelaten dat bij een executoriale verkoop niet de schuldenaar/eigenaar zijn registergoed in veiling brengt en verkoopt, maar de executant

⁵⁰ *Kamerstukken II*, 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 9.

⁵¹ Visser 2009, p. 168 ev.

⁵² Van Velten 2008b. Opmerking verdient dat Van Velten dit standpunt inneemt ten aanzien van de Pandora & Brandy casus, die op het moment van het verschijnen van zijn artikel nog niet aan de Hoge Raad was voorgelegd maar al wel aan het Hof Leeuwarden. Zie ook *NJF* 2006, 382, *JB* 2007, 4 en Van Velten 2009b, p. 156.

⁵³ Kleijn 2008, p. 17-18. Zie ook Van Straaten 2007, p. 5-6.

⁵⁴ A. Steneker, noot onder HR 20 januari 2008, *JOR* 2008, 84.

(vgl. HR 21 maart 2003, NJ 2004,314, inzake Heringa/Ties), bij een openbare verkoop kan zich niet het wanprestatierisico voordoen waartegen de “Vormerkung” nu juist bescherming beoogt te bieden. Het hele betoog van Steneker loopt daarop vast.’

Evaluatie

De koper op een executieveiling wordt niet beschermd door het bepaalde in artikel 7:3 lid 3 sub g BW, en wel omdat niet de geëxecuteerde de verkoper is, maar ofwel de hypotheekhouder ofwel de beslaglegger. Executeert de hypotheekhouder dan zal het feit dat deze het recht van parate executie heeft en separatist is in faillissement, de koper beschermen tegen faillissement van de eigenaar. Executeert de beslaglegger dan is een dergelijke bescherming er niet. Dit probleem kan worden ondervangen door artikel 7:3 lid 3 sub g BW zodanig uit te breiden dat er ook bescherming wordt geboden aan de koper als de geëxecuteerde failliet gaat. Er is geen reden om de koper deze bescherming te ontzeggen en er vindt geen benadeling van andere schuldeisers van de failliet plaats.⁵⁵

Aanbeveling

Naar het oordeel van het onderzoeksteam dient artikel 7:3 lid 3 sub g zodanig te worden aangepast dat de koper op een executieveiling ook bescherming wordt geboden als niet de verkoper maar de geëxecuteerde failliet gaat of surcéance van betaling wordt verleend.

4.5.2 Artikel 7:3 lid 2 BW

Artikel 7:3 lid 2 BW luidt als volgt:

‘Gedurende de bedenktijd, bedoeld in artikel 2 lid 2, kan inschrijving slechts plaatsvinden indien de koopakte is opgesteld en ondertekend door een in Nederland gevestigde notaris.’

Lid 2 wordt wel een douceurtje genoemd, opgenomen om het notariaat te ‘compenseren’ voor het feit dat de verplichte notariële interventie in de obligatoire fase geen doorgang vond. In een eerder stadium achtte de Minister deze optie ‘het slechtste van alles’.⁵⁶

Het doel van de in dit lid genoemde mogelijkheid is het voorkomen dat de consumentkoper van een woning zich tijdens de bedenktijd niet kan beveiligen door middel van inschrijving van de koop in de openbare registers.⁵⁷ De vraag is of de consumentkoper zich bewust is van de mogelijkheid tijdens de bedenktijd in te schrijven.⁵⁸

De woorden ‘opgesteld en mede-ondertekend door een (...) notaris’ houden in dat de notaris reeds in de fase van de koop geadviseerd heeft. Het maakt daarbij niet uit dat er gebruik is gemaakt van een modelovereenkomst die door of in samenwerking met anderen is opgesteld.⁵⁹

⁵⁵ Visser 2009, p. 171.

⁵⁶ *Kamerstukken II*, 2001/02, 23 095, nr. 14, p.24.

⁵⁷ *Kamerstukken II*, 2001/02, 23 095nr. 16, p. 1.

⁵⁸ *Kamerstukken I*, 2001/02, 23 095, nr. 178b, p. 19. Op de mogelijkheid van het kunnen inschrijven van de koopovereenkomst gedurende de bedenktijd zou worden gewezen door middel van aan het publiek te geven voorlichting. Deze voorlichting zou plaats hebben gevonden door middel van een persbericht, een factsheet in gedrukte vorm en op de Internetsite van het ministerie van Justitie en een radio-uitzending van de RVD (*Kamerstukken I*, 2003/04, 23 095, A, p.2.)

⁵⁹ *Kamerstukken II*, 2001/02, 23 095, nr. 16, p. 1. Zie voorts uitgebreider de bespreking van artikel 7:3 lid 6 BW.

4.5.3 *Artikel 7:3 lid 3 BW*

4.5.3.1 Reikwijdte

De kern van artikel 7:3 BW is gelegen in het derde lid dat aangeeft welke rechtshandelingen en feiten niet tegen de koper wiens recht is ingeschreven kunnen worden ingeroepen. Wat nu is de reikwijdte van de woorden ‘tegen de koper ... kan niet worden ingeroepen’?

Artikel 7:3 lid 3 sub a BW beschermt de koper tegen een posterieure vervreemding of bezwaring van het betreffende registergoed door de verkoper, en wel door te stellen dat deze niet aan de koper wiens koop is ingeschreven kunnen worden ingeroepen. Wat houdt dit concreet in, in bijvoorbeeld de navolgende situatie?

Achtereenvolgens spelen zich de navolgende gebeurtenissen af:

- koopovereenkomst A-B
- Vormerkung A-B
- koopovereenkomst A-C
- levering A-C

Volgens artikel 7:3 lid 3 sub a BW kan de levering A-C niet tegen B worden ingeroepen. Door wie moet er aan B worden geleverd?

Visies

Van Velten ziet twee opties:⁶⁰

- Door C overeenkomstig de schadevergoeding in natura na onrechtmatige daad bij dubbele verkoop;⁶¹
- Door A op grond van de eerste koopovereenkomst. (Van Velten geeft aan dat in de akte van levering dan moet worden geconstateerd dat de eerdere levering aan C ten opzichte van B waardeloos was).⁶²

Hier wordt geraakt aan de problematiek van de zaaksgevolgtheorie/relatieve beschikkingsonbevoegdheid: is de verkoper jegens de koper wiens koop is ingeschreven altijd eigenaar gebleven en derhalve degene die kan (en moet) leveren (relatieve beschikkingsonbevoegdheid), of heeft de vervreemding aan de derde wel degelijk gevolgen ten aanzien van de koper in die zin dat hij zich voor levering tot de derde moet wenden (zaaksgevolg)? Genoemde problematiek vinden we bij beslag; ingevolge artikel 505 lid 2 Rv kan een latere vervreemding of bezwaring niet worden ingeroepen jegens de beslaglegger.⁶³

Volgens Hockx heeft dit concreet tot gevolg dat de koper zich zal kunnen wenden tot degene aan wie de woning in weerwil van de aantekening is geleverd, en van deze overdracht kan vorderen, een en ander onder de voorwaarden die de koper met zijn verkoper is overeengekomen.⁶⁴

Inmiddels heeft de Hoge Raad zich uitgesproken ten faveure van de zaaksgevolgtheorie, zodat bijvoorbeeld in het geval van een anterieur beslag op het goed, de beslaglegger zijn beslag zal kunnen vervolgen ook al heeft het goed inmiddels het vermogen van de schuldenaar verlaten.⁶⁵

⁶⁰ Van Velten 2009b, p. 162.

⁶¹ Zie het arrest Pos/V.d Bosch, HR 17 november 1967, NJ 1968, 42.

⁶² Van Velten 2009b, p. 162.

⁶³ Over deze problematiek uitgebreid Bartels & Heyman 1998.

⁶⁴ Zie Hockx 2006 alsmede de door hem aangehaalde literatuur met name de bijdrage van Van Mierlo in Burgerlijke rechtsvordering (losbl.), ‘Art. 505, aant. 11’. Hockx hangt dus de zaaksgevolgtheorie aan. Dammingh daarentegen zou de theorie van de relatieve beschikkingsonbevoegdheid aanhangen. Dammingh 2006.

⁶⁵ HR 6 februari 2009, RvdW 2009, 322 (Ontvanger/mr. De Jong q.q.). Overigens is Westrik van mening dat de Hoge Raad zijn oordeel hier te krachtig heeft aangezet, Westrik 2009. Zie ook verderop in deze paragraaf bij de bespreking van artikel 7:3 lid 3 sub f BW.

Van Straaten is van mening dat deze theorie niet opgaat: de Vormerkung maakt het recht op levering geen zakelijk recht. De verkoper is en blijft in zijn visie degene jegens wie de koper zijn recht op levering kan en moet invoeren.⁶⁶

4.5.3.2 Vormerkung en overbruggingshypotheek

Een algemene vraag die opkomt is hoe de regeling van artikel 7:3 lid 3 BW zich tot de gangbare praktijk van de overbruggingshypotheek verhoudt.

In de koopovereenkomst wordt geregeld opgenomen dat de koper toestemming verleent tot het bezwaren van de onroerende zaak met een overbruggingshypotheek tot uiterlijk de overeengekomen dag van levering. Het bepaalde van artikel 7:3 lid 3 BW zou dan niet van toepassing zijn ten nadele van de hypotheekhouder.

Visies

Volgens Bosman wordt met deze regeling de dwingende wetsbepalingen 7:3 lid 3 en 7:6 BW overtreden.⁶⁷ De sanctie zou volgens hem nietigheid of vernietigbaarheid zijn. Voor nietigheid pleit de wettekst van 7:3 lid 3 BW: ‘Tegen de koper wiens koop is ingeschreven kunnen niet worden ingeroepen.’ Voor vernietigbaarheid pleit dat de bepaling is opgenomen in het belang van de koper. Bosman zou dit laatste argument het zwaarst willen laten wegen en pleit voor vernietigbaarheid. Volgens Bosman zou het ook zonder opnemen van deze bepaling mogelijk moeten zijn om een overbruggingshypotheek te vestigen, nu het doel van deze hypotheek is dat hij bij de levering wordt afgelost en de hypotheekhouder dan geen financieel nadeel lijdt.⁶⁸

Van Velten benadrukt dat een hypotheek uit twee onderdelen bestaat, te weten enerzijds een schuldbekentenis, anderzijds een zekerheidsrecht. De schuldbekentenis blijft van kracht ongeacht het lot van het daaraan ter versterking toegevoegde hypotheekrecht. De hypothecaire zekerheid kan waardeloos worden door artikel 7:3 lid 3 sub a BW. Dit risico voor de hypotheekhouder kan worden weggenomen door de schuldbekentenis te versterken met een pandrecht op de vordering tot ontvangst van de netto verkoopprijs.⁶⁹

Bartels en Heyman geven aan dat enerzijds een onderscheid moet worden gemaakt tussen toestemming tot het vestigen van een overbruggingshypotheek in de koopakte, dus voor de inschrijving ervan, en anderzijds de toestemming na inschrijving van de koopakte.⁷⁰ In hun visie stuit toestemming vóór de inschrijving af op het bepaalde in artikel 7:3 lid 1 BW inhoudende dat van het recht op inschrijving niet ten nadele van de koper kan worden afgeweken. Toestemming ná de inschrijving kan volgens hen wel: in dat geval is immers sprake van afstand van (een deel van) de reeds verkregen bescherming. Ook Bartels en Heyman suggereren in dit verband de mogelijkheid een pandrecht te verlenen op de vordering tot betaling van de koopsom, althans op dat gedeelte daarvan dat na aflossing van een (eventuele) eerste hypotheek toekomt aan de verkoper.⁷¹

⁶⁶ Van Straaten 2007.

⁶⁷ Bosman 2005, onder 2.

⁶⁸ Bosman 2005, onder 2. Overigens merken Bartels en Heyman in hun na te noemen bijdrage Overbruggingshypotheek en Vormerkung terecht op dat hij hierbij over het hoofd ziet dat de verkoper/kredietnemer voordien failliet kan gaan.

⁶⁹ Van Velten 2009b, p. 165.

⁷⁰ Zoals eerder opgemerkt in het kader van de mogelijkheid voordien af te spreken van de mogelijkheid van inschrijving af te zien.

⁷¹ Bartels & Heyman 2006. Zie ook Kleyn & Driessen-Kleijn 2006, p. 6.

Evaluatie

De overbruggingshypotheek is een veel voorkomende figuur die ten doel heeft het mogelijk te maken dat de verkoper de periode liggend tussen de levering van zijn 'nieuwe' en levering van zijn 'oude' woning te overbruggen door een aanvullende financiering te verkrijgen tegen verlening van extra zekerheid op zijn 'oude' woning. Naar de letter van de wet kan, indien Vormerkung heeft plaatsgevonden, de posterieure zekerheid niet aan de koper worden tegengeworpen. Bij wanbetaling door de verkoper kan de hypotheekhouder zijn latere hypotheekrecht dus niet effectueren.

Een mogelijkheid zou kunnen zijn aan te nemen dat afstand van de bescherming nadat deze eenmaal is verkregen mogelijk zou moeten zijn. Nadeel hiervan is dat hiermee een bres wordt geslagen in de dwingendrechtelijke bescherming van de koper. Eenvoudiger is het de financierer een pandrecht te verlenen op (het restant van) de koopsom. Een andere mogelijkheid zou gelegen kunnen zijn in het aanvullen van artikel 3:262 BW (rangwisseling) in die zin dat het voor de hypotheekhouder ook mogelijk zou moeten zijn met de koper overeen te komen dat de posterieure hypotheek in verhouding tot de ingeschreven koop een andere rang inneemt.

Samenvattende conclusie

De overbruggingshypotheek kan niet aan de koper die de koop voor de vestiging van deze hypotheek heeft laten inschrijven, worden tegengeworpen. Om de financierer toch zekerheid te bieden kan hem een pandrecht worden verleent op (het restant van) de koopsom of door aanvulling van art. 3:262 BW (rangwisseling) zodat de posterieure overbruggingshypotheek een andere rang inneemt in verhouding tot de ingeschreven koop.

4.5.3.3 Problemen die voortvloeien uit artikel 7:3 lid 3 sub a en b BW

Artikel 7:3 lid 3 BW :

Niet tegen de koper kunnen worden ingeroepen:

- a. een na de inschrijving van die koop tot stand gekomen vervreemding of bezwaring door de verkoper, tenzij deze vervreemding of bezwaring voortvloeit uit een eerder ingeschreven koop of plaatsvond uit hoofde van een recht op levering dat volgens artikel 298 van Boek 3 ging voor dat van de koper en dat de koper op het tijdstip van de koop kende of ten aanzien waarvan op dat tijdstip het proces-verbaal van een conservatoir beslag tot levering was ingeschreven.
 - b. vervreemdingen of bezwaringen die plaatsvinden als vervolg op de onder a bedoelde vervreemding of bezwaring door de verkoper.
- De splitsing in appartementsrechten valt naar de letter niet onder 'vervreemding of bezwaring'.⁷² Dit zou inhouden dat de splitsing door de eigenaar in appartementsrechten wel degelijk tegen de koper kan worden ingeroepen en deze laatste slechts een vordering uit wanprestatie op de verkoper zal hebben.

Zou de splitsing na de inschrijving, maar voor de levering plaats hebben gevonden dan verkrijgt de koper derhalve een gesplitst registergoed. Is één van de door splitsing ontstane appartementsrechten vervreemd voorafgaande aan de levering, dan is de vraag of de koper tegen deze vervreemding wordt beschermd.

Visies

Over deze problematiek is geen literatuur of jurisprudentie bekend.

⁷² Bartels 2006, p.33.

Aanbeveling

Aan de koper wiens recht op koop wordt ingeschreven komt de aan de Vormerkung voortvloeiende bescherming toe. Wanneer het recht op levering van het gehele registergoed wordt beschermd, valt naar het oordeel van de onderzoekers niet in te zien waarom de koper deze bescherming zou worden onthouden indien het desbetreffende goed in appartementsrechten wordt gesplitst.

- Cessie van rechten uit koop is naar de letter niet inschrijfbaar in de openbare registers.

Indien de koper zijn recht op levering cedeert kan de cessionaris geen aanspraak maken op de bescherming van artikel 7:3 BW.⁷³ Een bijzondere wetsbepaling hiervoor mist. De redenen hiervan zijn:

- Bescherming van de cessionaris is met artikel 3 niet beoogd.
- Bij huurkoop is er wel bescherming, maar op grond van andere redenen en huurkoop en koop zijn te verschillend om te vergelijken.⁷⁴

De Vormerkung is geen afhankelijk recht ten opzichte van de gecedeerde vordering tot levering, omdat de Vormerkung neerkomt op het aan de in de openbare registers ingeschreven obligatoire koopovereenkomst verbonden rechtsgevolg van zakelijke werking. De zakelijke werking berust op de wet. De cessionaris kan hier uit eigen hoofde geen beroep op doen, omdat de wet die mogelijkheid niet opent. In de praktijk is niet gebleken dat er een daadwerkelijke behoefte is aan zakelijke werking ten behoeve van de cessionaris.⁷⁵ Volgens de Minister kunnen problemen voor de cessionaris wordt opgelost doordat de cedent een beroep doet op artikel 7:3 lid 3 BW.⁷⁶

Visies

Bartels is de mening toegedaan dat de cessionaris wel degelijk de bescherming zou moeten toevallen die de cedent op grond van de Vormerkung toekwam. Nieskens-Isphording oppert de mogelijkheid de Vormerkung te beschouwen als een eigenschap van de zaak. De verkoper kan niet meer overdragen dan hij zelf heeft, maar zou in haar visie ook niet minder hoeven overdragen dan hij heeft. Daarnaast pleit de wettekst die spreekt van 'koper' ervoor dit begrip ruim te interpreteren. Koper is niet per definitie op te vatten als 'eerste koper'. Zij doet de suggestie de mogelijkheid te openen de koop in te schrijven ten name van de koper 'of een rechtsopvolger'.⁷⁷

Evaluatie

De Vormerkung is ingevoerd om het daadwerkelijke recht op levering van de koper te beschermen. Alhoewel met deze regeling een (door de wetgever erkende) inbreuk wordt gemaakt op de *paritas creditorum* heeft de wetgever deze inbreuk aanvaard, echter met dien verstande dat deze niet verder zou moeten gaan dan het te beschermen belang rechtvaardigt. Niet valt in te zien welk nadeel de verkoper zal ondervinden van het in stand houden van de bescherming van de Vormerkung, wanneer het desbetreffende recht op levering wordt gecedeerd. De schuldeisers van de verkoper worden door het verbinden van de Vormerkung aan de vordering tot levering evenmin benadeeld, ervan uitgaande dat de Vormerkung eindigt uiterlijk zes maanden na de oorspronkelijke inschrijving.

Aanbeveling

Indien de koper zijn ingeschreven recht op levering cedeert dient de cessionaris aanspraak te kunnen maken op de bescherming van artikel 7:3 BW.

⁷³ Bartels 1997a p. 79 e.v. Ook: Bartels 1996.

⁷⁴ *Kamerstukken II*, 1995/96, 23 095, nr. 8, p. 10, *Kamerstukken II*, 2001/02, 23 095, nr. 10, p.11.

⁷⁵ *Kamerstukken II*, 2000/01, 23 095, nr. 10, p. 31.

⁷⁶ *Kamerstukken II*, 1995/96, 23 095 nr. 8, p. 11, *Kamerstukken II*, 2000/01, 23 095, nr. 10, p. 31.

⁷⁷ Zie ook Nieskens-Isphording 1997, p. 459-460.

- Niet duidelijk is wat rechtens is indien toch dubbele verkoop plaatsvindt en de tweede koopovereenkomst wordt ingeschreven.

De Minister had verwacht dat de inschrijving van de koopovereenkomst algemene praktijk zou worden.⁷⁸ Hierbij gaf de Minister nog aan dat daardoor ook in gevallen waarin er geen schriftelijkheidsvereiste is, veelal direct of korte tijd na het sluiten van de koopovereenkomst een schriftelijke overeenkomst zal worden opgemaakt.

In dat licht was hij van mening dat de volgende situatie zeer theoretisch van aard zou zijn:

1. Koopovereenkomst A-B
2. Koopovereenkomst en inschrijving daarvan A-C

Mocht deze situatie zich toch voordoen dan moet artikel 3:298 BW uitkomst bieden. In de onderlinge verhouding tussen partijen zal het oudste recht op levering voor moeten gaan, tenzij uit de wet, de aard van de rechten of de eisen van redelijkheid en billijkheid anders voortvloeit.⁷⁹

4.5.3.4 Problemen die voortvloeien uit artikel 7:3 lid 3 sub c BW:

Hier lezen wij als volgt:

- c. Een onderbewindstelling die na de inschrijving van de koop is tot stand gekomen of die, zo zij tevoren tot stand was gekomen, toen niet in de openbare registers was ingeschreven, dit laatste tenzij de koper haar op het tijdstip van de koop kende.

Niet tegen de koper kan worden ingeroepen:

In het kader van de systematiek zal deze vraag worden besproken bij onderdeel g, het faillissement.

4.5.3.5 Problemen die voortvloeien uit artikel 7:3 lid 3 sub d en e BW:

Niet tegen de koper kan worden ingeroepen:

- d. een na de inschrijving van de koop tot stand gekomen verhuring of verpachting;
- e. een na de inschrijving van de koop ingeschreven beding als bedoeld in artikel 252 van Boek 6.

Ten aanzien van de leden d en e hebben zich voor zover bekend geen problemen voorgedaan.

4.5.3.6 Problemen die voortvloeien uit artikel 7:3 lid 3 sub f BW:

Niet tegen de koper kan worden ingeroepen:

- f. Een executoriaal of conservatoir beslag waarvan het proces-verbaal na de inschrijving van de koop is ingeschreven.

De meeste problemen hebben zich voorgedaan rondom de werking van artikel 7:3 lid 3 sub f BW, het beslag. Niet alleen de vraag of de uit deze bepaling voortvloeiende ongelijkheid tussen de diverse beslagleggers wel te rechtvaardigen is, ook de vraag naar mogelijke conversie van een beslag op het registergoed in een beslag op de koopsom heeft de gemoederen flink bezig gehouden.

⁷⁸ Op grond van de uitgevoerde enquêtes is de vraag of deze veronderstelling bewaarheid is geworden. *Kamerstukken I*, 2001/02, 23 095, nr. 178b, p. 5.

⁷⁹ *Kamerstukken II*, 2000/01, 23 095, nr. 10, p. 32.

Algemeen

Een schuldeiser van de verkoper heeft een aantal mogelijkheden om de waarschijnlijkheid van nakoming van zijn vordering te vergroten. Zo kan hij, met het oog op de mogelijkheid dat levering niet tijdig zal volgen, ondanks de inschrijving van de koopovereenkomst beslag op het registergoed leggen. Ook kan hij beslag leggen op de koopprijs onder de koper of de notaris.⁸⁰

De vraag of een beslaglegger na de Vormerkung nog beslag op de onroerende zaak kan leggen is door de Minister bevestigend beantwoord:

‘Een schuldeiser van de verkoper kan dus met het oog op de mogelijkheid dat levering niet tijdig zal volgen, ondanks de inschrijving van de koop beslag op het goed leggen. Ook kan hij uiteraard beslag leggen op de koopprijs onder de koper of onder de notaris. Dit wordt door de inschrijving van de koop vergemakkelijkt doordat hun namen hem bekend zijn.’⁸¹

Ook beslag onder de notaris die het transport gaat verzorgen is mogelijk. Volgens Heyman is het voor de beslaglegger om beslag te kunnen leggen niet nodig dat hij weet wanneer de koopsom op de kwaliteitsrekening wordt overgemaakt. Ook op een toekomstige vordering kan beslag worden gelegd, als deze voortvloeit uit een reeds bestaande rechtsverhouding (475 en 718 Rv). Volgens Heyman mag worden aangenomen dat dit de overeenkomst van opdracht met de notaris is (en niet de rechtsverhouding met de bank). Het nadeel van beslag op de koopsom onder de notaris is dat partijen van notaris kunnen wisselen en het gelegde beslag dan mogelijk doel mist.⁸²

- Ontstaat door Vormerkung een rangorde tussen schuldeisers die hypotheek/beslag hebben gevestigd/gelegd vóór, en hen die hypotheek/beslag hebben gevestigd/gelegd ná de Vormerkung?

Een opmerkelijk gevolg van de Vormerkung is, dat door de rechtsgevolgen een rangorde kan ontstaan tussen beslagleggers op de onroerende zaak. Nu een beslag op de onroerende zaak na de Vormerkung ook de verkoper niet deert, kan deze op die grond baat hebben bij de Vormerkung.⁸³

Het volgende voorbeeld kan hierbij dienst doen:

- Beslag op onroerende zaak van B door A
- Koopovereenkomst en inschrijving B-C
- Beslag op onroerende zaak van B door D

Door de Vormerkung ontstaat een rangorde tussen de beslagleggers. Deze speelt alleen niet in de situatie dat beslaglegger A executeert.⁸⁴ Normaliter hebben beslagleggers op een onroerende zaak een gelijke rang: door de Vormerkung ontstaat de vreemde situatie dat bij levering van de onroerende zaak aan C beslaglegger A voldaan zal worden, teneinde het registergoed vrij van hypotheeken en beslagen aan C te kunnen overdragen. Of er na de levering iets overschiet voor beslaglegger D is de vraag. Zou de Vormerkung er niet zijn geweest, dan hadden A en D in beginsel gelijkelijk gedeeld in de verkoopopbrengst.

Wat is hiervan het gevolg? Niet dat het beslag van rechtswege wordt geconverteerd in een beslag op de koopsom zo bepaalde de Hoge Raad 6 februari jongstleden.⁸⁵

A verkoopt een recht van erfpacht aan B, welke koop wordt ingeschreven. De bank legt hierna ten laste van de verkoper conservatoir beslag op het erfpachtrecht, welk beslag eveneens wordt ingeschreven. Hierna

⁸⁰ *Kamerstukken II*, 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 10.

⁸¹ *Kamerstukken II*, 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 10.

⁸² Heyman 2009, p. 3 en noot 22.

⁸³ Van Velten 2009b, p. 159 en 165. In aanmerking nemende dat dit anders is indien levering niet binnen zes maanden plaats vindt en de Vormerkung haar werking verliest.

⁸⁴ Van Velten 2009b, p. 162.

⁸⁵ LJN BG5850, als vervolg op Hof Amsterdam 12 juli 2007, *NJF* 2007, 278.

vindt de levering van het recht van erfpacht plaats. De notaris heeft uit de koopsom de hypotheekhouder en een eerdere beslaglegger voldaan, en het restant van de koopsom aan de verkoper uitgekeerd. De bank is van oordeel dat de notaris onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld door het door haar gelegde beslag te negeren en het restant van de koopsom niet ten behoeve van de bank onder zich te houden, maar aan de verkoper uit te keren, en houdt de notaris aansprakelijk voor het verlies van het door haar geclaimde recht in de opbrengst van de verkoop van het erfpachtrecht.

HR:

Na tijdige levering van het beslagen goed aan de koper kan de beslaglegger het beslag niet tegen de koper vervolgen. Een verdergaande werking van de inschrijving is niet vereist om de beoogde bescherming van de koper te bereiken. Anders dan het middel tot uitgangspunt neemt, heeft dat echter niet tot gevolg dat het beslag, nadat het beslagen goed het vermogen van de verkoper heeft verlaten, komt te rusten op de verkoopopbrengst.

Nu de ratio van de Vormerkung is het veiligstellen van de daadwerkelijke nakoming van de koopovereenkomst door de verkoper (het veiligstellen van het recht op levering) en niet het bevoordelen van de verkoper of bepaalde crediteuren, is de vraag of dit neveneffect van de Vormerkung bestrijding verdient. Voorop staat dat tegen de koper wiens recht is ingeschreven een posterieur beslag of hypotheekrecht niet kan worden ingeroepen. De betreffende koper zal dan ook kunnen bevorderen dat gemeld beslag of gemelde hypothecaire inschrijving wordt doorgehaald, nu de beslaglegger/hypotheekhouder geen zelfstandige executiebevoegdheid heeft.⁸⁶

Volgens Broekveldt zou het voor de rangorde en eventuele regels van voorrang, niet uit mogen maken of een schuldeiser derdenbeslag legt op de (vordering van de verkoper/schuldenaar ter zake van) de koopprijs onder de notaris en/of de koper, dan wel op de op de onroerende zaak zelf voor of na de Vormerkung. Om tot een rechtens juiste verdeling te komen tussen alle beslagleggers en hypotheekhouders, en om daarbij aan hun onderlinge rangorde en preferenties ten volle recht te doen, zal de Vormerkung weggedacht moeten worden. De invoering van de Vormerkung zal gezien de enerzijds beperkte strekking en anderzijds het uitzonderlijke karakter ervan, volgens Broekveldt niet tevens 'en passant' een zeer ingrijpende wijziging van het in ons recht zo fundamentele beginsel van de paritas creditorum tot gevolg moeten hebben.

Broekveldt oppert voor deze situatie een wetswijziging, op grond waarvan een na de Vormerkung op het goed gelegd beslag, van rechtswege wordt geconverteerd in een derdenbeslag onder de notaris. De beslaglegger houdt daarbij de rang die hij zou hebben gehad bij een beslag op het goed zelf. Reden hiervoor is dat het effect van de Vormerkung niet mag zijn dat de gelijkheid van schuldeisers verder wordt doorbroken dan nodig is voor de bescherming van de koper.⁸⁷

Broekveldt stelt dat het registergoed als gevolg van het bepaalde in artikel 7:3 lid 3 sub f ten gunste van de koper in materiële zin aan het voor verhaal vatbare vermogen van de verkoper wordt onttrokken.⁸⁸ Rank-Berenschot is het met Broekveldt eens als daarmee wordt bedoeld op het rechtsgevolg dat de beslaglegger aan het beslag geen rechten ontleent jegens de koper. In deze relatieve werking ligt de gedachte besloten dat de ontzegging van het rechtsgevolg niet verder strekt dan nodig is voor de bescherming van de koper. Daarnaast is van belang dat de relatieve werking aansluit bij het uit de wetsgeschiedenis sprekende streven om de systematiek en beginselen van het vermogensrecht (in het bijzonder het onderscheid tussen persoonlijke en goederenrechtelijke rechten) zoveel mogelijk in tact te laten. Rank-Berenschot is van mening dat het 'communis opinio' is, dat na het beslag verrichte rechtshandelingen in het algemeen, dus met name ook tussen de daarbij betrokken partijen, geldig zijn verricht en volledig rechtsgevolg hebben. De werking van de beslagbepalingen zou voorts zijn, dat de beslaglegger het beslag kan vervolgen zonder dat eventuele derden hem dit kunnen beletten. Zo zou het beslagen goed onder een derdeverkrijger kunnen worden uitgewonnen.⁸⁹ Rank-Berenschot nuanceert overigens haar eigen standpunt weer door aan te

⁸⁶ Broekveldt 2006.

⁸⁷ Bartels deelt het standpunt van Broekveldt voor wetswijziging vooralsnog niet. Bartels 2006, onder 4.

⁸⁸ Broekveldt 2004a, p. 229.

⁸⁹ E.B. Rank-Berenschot, Conclusie bij HR 6 februari 2009, *LJN* BG5850 r.o. 2.6 waarbij zij verwijst naar *MvA I Inv.*, Parl. Gesch. Invoering Boeken 3,5 en 6 NBW, Wijziging Rv. e.a., p.121, Van der Kwaak 1990, p. 186 e.v.,

geven dat niet duidelijk is of nu de derdeverkrijger zelf moet leveren dan wel moet dulden dat alsnog een levering door de verkoper aan de koper plaatsvindt.⁹⁰

Heyman vindt dat er wat voor te zeggen is om de wettelijke basis voor conversie van het beslag op het onroerend goed in beslag op de koopsom onder de notaris alsnog te leggen. Volgens Heyman is dit eenvoudig te bereiken door aanpassing van de artikelen 507a lid 1 en 726 Rv. Op dit moment valt de koopsom niet onder de vervangende vergoedingsvordering, genoemd in die artikelen, maar dat kan worden uitgebreid. Door een wetswijziging in eerdergenoemde zin wordt het evenwicht hersteld tussen het belang van de koper en dat van de verhaal zoekende schuldeiser. Bovendien is het uitwijken naar een andere notaris in dat geval niet meer een effectief vluchtmiddel. Tenslotte is het beslag onder de koper niet meer nodig. Dat heeft als voordeel dat de koper buiten de problematiek tussen de schuldeiser en de verkoper wordt gehouden.⁹¹

- Kan een schuldeiser beslag leggen op de koopprijs onder de koper?

De vraag of ondanks Vormerkung beslag kan worden gelegd op de koopprijs onder de koper werd door de Rechtbank Groningen op 21 juli 2006 beantwoord.⁹²

A is de juridisch eigenaar en B is de economisch eigenaar van een onroerende zaak. Op 23 juni 2006 verkopen A en B de zaak aan C. De koopakte is op 27 juni 2006 ingeschreven in de openbare registers. Op 29 juni 2006 heeft D ten laste van de verkoper conservatoir beslag gelegd op de zaak. Op 7 juli 2006 heeft D ten laste van de verkoper conservatoire beslagen gelegd onder de koper, de notaris en het kantoor waaraan de notaris is verbonden. De zaak is nog niet geleverd. De koper vordert nu opheffing van de conservatoire verhaalsbeslagen onder de koper, onder de notaris en op de zaak, en subsidiair te verklaren dat de inschrijving door D van het beslag op de zaak waardeloos is.

HR:

Door het onder de koper gelegd beslag op de door haar aan de verkoper te betalen koopsom wordt de werking van de Vormerkung doorkruist. De koper kan onder deze omstandigheden namelijk niet betalen en zal dat wel moeten doen alvorens tot levering kan worden overgegaan. De door de Vormerkung geboden bescherming van de koper wordt derhalve door dit beslag buiten werking gesteld.⁹³ Op grond van het voorgaande dient het beslag onder de koper te worden opgeheven.

Ten aanzien van het beslag onder de notaris wordt overwogen dat de Beslagsyllabus vermeldt dat "bij het verlot voor een derdenbeslag onder een notaris voor de koopsom van een registergoed het raadzaam is te bepalen dat het verlot niet geldt voor het deel van de koopsom bestemd voor de aflossing van de hypothecaire schulden waarmee het registergoed is belast". Het beslag onder de notaris dient te worden opgeheven tot een bedrag gelijk aan het deel van de koopsom, dat bestemd is voor de aflossing van de hypothecaire schulden. Het beslag op de zaak wordt niet opgeheven nu deze ondanks het daarop gelegd beslag door de verkoper nog aan de koper kan worden geleverd. Het belang van de Vormerkung is immers juist dat de koper bescherming wordt geboden tegen het door D op het winkelcentrum gelegd beslag. Dit beslag werkt niet jegens de koper, tenzij de zaak niet binnen zes maanden na inschrijving van de koopakte aan de koper is geleverd. Op dat moment werkt het beslag weer jegens een ieder, waaronder ook tegen de koper, en daarmee is tevens het belang van D bij handhaving van het beslag gegeven.

Op 18 augustus 2006 werd een nadere uitspraak gedaan in deze casus.⁹⁴ De Voorzieningenrechter Rechtbank Groningen herhaalde de overwegingen uit de uitspraak van 21 juli 2006.

Ynzonides & Oudelaar 2001, paragraaf 2.12 resp. 18.1.7, 18.1.8, Stein 2002, paragraaf 65, Mijnsen 2009, paragraaf 1.3 en Jongbloed 2008, paragraaf 3.3.

⁹⁰ E.B. Rank-Berenschot, Conclusie bij HR 6 februari 2009, *LJN* BG5850, onder 3.7.

⁹¹ Heyman 2009, p. 4 en noot 28. Zie ook Van Straaten 2009a alsook Westrik 2009.

⁹² *NJF* 2006, 420, *RN* 2006, 88, *BR* 2006/11. (Bun/Schuitema). Zie ook Van Velten 2009b, p. 162.

⁹³ Bovendien vermeldt, zo overweegt ook de voorzieningenrechter, de Beslagsyllabus dat: "in het geval van derdenbeslag onder de koper van het registergoed voor de door de koper te betalen koopsom, tenzij - hetgeen de verzoeker zal moeten nagaan en stellen - geen inschrijving als bedoeld in artikel 7:3 BW heeft plaatsgevonden of die inschrijving inmiddels haar werking heeft verloren, het raadzaam is het gevraagde verlot niet te verlenen".

⁹⁴ *LJN*: AY6507 (Trust/Bun).

De discussie omtrent de mogelijkheid ondanks Vormerkung beslag te leggen onder de koper werd voortgezet. Zo werd de Rechtbank Haarlem verzocht uitspraak te doen in de navolgende casus:⁹⁵

Verkoper heeft zijn woning verkocht aan twee kopers. De koopovereenkomst is ingeschreven in de Openbare Registers. De bank wenst nu ter verzekering van het verhaal van haar vordering op de verkoper conservatoir beslag te leggen onder de kopers op al hetgeen zij aan de verkoper verschuldigd zijn of mochten worden uit hoofde van de tussen de verkoper en de kopers gesloten koopovereenkomst of welken anderen hoofde dan ook. Volgens de bank kan de bedoeling van de Vormerkung niet zijn het buiten bereik van de schuldeisers van de verkoper houden van de overwaarde van de woning.

De voorzieningenrechter is enerzijds van mening dat de Vormerkung niet ten doel heeft om de overwaarde van de verkochte onroerende zaak buiten bereik van verhaal door crediteuren van de verkoper te brengen, en houdt voorts rekening met de praktische bezwaren voor het leggen van beslag onder de notaris. Anderzijds is de voorzieningenrechter van mening dat het leggen van beslag op de koopprijs onder de koper afwikkeling van de koopovereenkomst volledig frustrereert. Uit praktisch oogpunt besluit de voorzieningenrechter wel verlot te verlenen voor het beslag. Hij bepaalt echter dat het verlot alleen geldt indien in het proces-verbaal van beslaglegging wordt opgenomen dat het beslag niet de storting van de koopsom onder de notaris blokkeert, indien de notaris, mede namens de kopers, voorafgaand aan de storting aan de beslaglegger schriftelijk laat weten dat de notaris het aan de gedaagde toekomende gedeelte van de koopsom dat hij niet gebruikt voor de aflossing van de hypotheek namens de kopers ten behoeve van de bank in depot houdt zolang het beslag loopt (waarna de notaris een eventueel restant aan gedaagde kan uitkeren). Daarnaast dienen de kopers de notaris te machtigen en instrueren om namens hen aan de bank op te geven wat hij na afwikkeling van het transport in depot heeft.

Omtrent dezelfde problematiek had de Voorzieningenrechter Rechtbank Breda een andere visie:⁹⁶

Volgens de rechter stond het gelegde derdenbeslag onder de koper niet in de weg aan betaling door de koper aan de notaris, indien de koper aan de beslaglegger schriftelijk en ten minste vijf werkdagen vóór deze betaling en vóór het beoogde transport mededelen: a) de naam van de notaris die opdracht heeft gekregen tot verzorging van de eigendomsoverdracht, b) de datum waarop deze opdracht aan de notaris is verstrekt, c) de toezegging dat de daartoe strekkende opdracht aan deze notaris niet zal worden herroepen, en d) de geplande datum van het transport.

Ook het Gerechtshof Arnhem sprak zich uit over genoemde problematiek:⁹⁷

Tussen een verkoper en koper is een koopovereenkomst gesloten met betrekking tot het recht van erfpacht, welke koopovereenkomst is ingeschreven in de openbare registers. Na inschrijving wordt onder de koper conservatoir (derden)beslag gelegd. Voorts is door een derde onder de koper conservatoir (derden)beslag gelegd tot zekerheid van een gepretendeerde vordering op de verkoper. Verkoper levert aan koper, die de koopsom onder de notaris heeft gestort. Na aflossing van de hypotheek heeft de notaris het surplus onder zich in depot gehouden. Op dit bedrag is door de eerste beslaglegger executoriaal beslag gelegd, en door de derde een conservatoir beslag. Omdat de koper ondanks het beslag tot betaling aan de notaris is overgegaan en het bedrag dus niet meer onder zich had, vordert de eerste beslaglegger het bedrag van hem. Volgens de eerste beslaglegger mist de koper de bescherming van art. 7:3 BW omdat hij niet in zijn belangen werd geschaad. Hij had immers volgens de eerste beslaglegger de koopsom minus het beslagen deel aan de notaris kunnen voldoen, aangezien de woning kennelijk een overwaarde had van een aanzienlijk bedrag zodat de levering niet zou zijn gefrustreerd, omdat er voldoende revenuen waren om de hypotheek af te lossen.

Volgens het hof blijkt uit de wetsgeschiedenis, dat met art. 7:3 BW wordt beoogd te voorkomen dat een beslag op de verkochte zaak na het tot stand komen (en inschrijven) van de koopovereenkomst, de afwikkeling van deze overeenkomst frustrereert (gedurende 6 maanden). De met deze bepaling beoogde bescherming van de koper wordt ook gefrustreerd door een onder de koper gelegd derdenbeslag. Dit beslag verhindert immers de tussen koper en verkoper overeengekomen betaling van de koopprijs, waardoor de koper niet aan zijn verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst kan voldoen en levering niet zal kunnen plaatsvinden. Volgens het hof volgt uit het stelsel van de wet dat ook een dergelijk beslag, dat is gelegd na de in-

⁹⁵ Rechtbank Haarlem 21 februari 2007, *NJF* 2007, 320.

⁹⁶ Rechtbank Breda, 3 juli 2008, *NJF* 2008, 382.

⁹⁷ Hof Arnhem, 9 september 2008, *LJN*: BF0764.

schrijving van de koopovereenkomst in de registers, niet met succes tegen de koper kan worden ingeroepen, wanneer de koper - ter uitvoering van zijn verplichtingen uit de koopovereenkomst - de koopsom betaalt aan de notaris. Nu de koper in casu ter uitvoering van de met de verkoper gesloten koopsom, de (volledige) koopsom door middel van storting op de rekening van de notaris heeft voldaan, kan het door de eerste beslaglegger onder hem gelegde derdenbeslag, gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, niet aan de koper worden tegengeworpen.

Volgens Heyman geven de uitspraken - die aangeven dat er beslag op de koopsom kan worden gelegd, mits daarbij voldoende waarborgen worden ingebouwd dat de koopsom op de kwaliteitsrekening van de notaris kan worden overgemaakt, zodat de overdracht niet wordt belemmerd - een constructie aan die kan worden beschouwd als een soort conversie van het beslag onder de koper in een beslag onder de notaris.⁹⁸

Bartels voelt wel wat voor de opvatting dat de koper gehouden is om de koopprijs aan de notaris te voldoen (en niet aan de verkoper), waaruit zou kunnen worden afgeleid dat derdenbeslag onder de koper door een schuldeiser van de verkoper in de regel geen effect heeft. Mocht deze opvatting niet juist zijn dan geeft Bartels aan dat het beter was geweest als de wetgever duidelijk had bepaald dat ook een beslag onder de koper niet tegen de koper kan worden ingeroepen.⁹⁹

Samenvattende conclusie en aanbeveling

Indien sprake is van een na Vormerkung gelegd beslag op de onroerende zaak, welk beslag van waarde kan zijn indien de levering niet binnen zes maanden na inschrijving plaatsvindt, kan sprake zijn van een doorbreking van de paritas creditorum. Dit is een ongewenst nevengevolg van de Vormerkung. Nu het doel van de Vormerkung is het veiligstellen van de daadwerkelijke nakoming van de koopovereenkomst, kan een dergelijke ingrijpende inbreuk op een van de grondbeginselen van ons verhaalsrecht, gelijk Broekveldt en Rank-Berenschot stellen, niet worden gerechtvaardigd. De onderzoekers pleiten er dan ook voor de wet aan te passen in die zin dat een gestelde Vormerkung geen verdere invloed heeft op de rangorde en voorrangpositie van overige schuldeisers van de verkoper. Een oplossing zou gevonden kunnen worden in de door Heyman aangevoerde mogelijkheid over te gaan tot wijziging van de artikelen 507a lid 1 en 726 Rv., zodat de koopsom wordt aangemerkt als vergoedingsvordering in de zin van deze artikelen. Op deze wijze vindt er van rechtswege een conversie plaats van een beslag op het registergoed in een beslag op de verkoopopbrengst onder de notaris. Een beslag door de betreffende schuldeiser onder de koper is daarmee overbodig geworden.

- Een andere (overigens minder gestelde) vraag is of de Vormerkung ook bescherming kan bieden tegen beslag op (toekomstige) huurpenningen, iets waar naar de letter artikel 7:3 lid 3 sub f BW niet op ziet.

In de uitspraak Van Berkel/Tribosa (HR 25 januari 1991, NJ 1992, 172) is bepaald dat een derdenbeslag op de huurtermijnen onder de huurder, ook ziet op de toekomstige huurtermijnen die opeisbaar worden na verkoop en levering aan een derde. De koper ontvangt met andere woorden pas weer huurpenningen als de vordering van de schuldeiser is voldaan. Voor een koper die het pand als beleggingsobject heeft aangekocht kan dit dramatische gevolgen hebben.

Visies

Heyman, die bovenstaande problematiek heeft gesignaleerd, pleit ervoor om de Vormerkung zodanig uit te breiden dat deze ook bescherming biedt tegen bovenstaand beslag.¹⁰⁰

⁹⁸ Heyman 2009, p. 4.

⁹⁹ Bartels 2006, onder 4. Zie voor de opvatting ook: Kraan 2005 en De Groot 2008.

¹⁰⁰ Heyman 2009.

Conclusie

De Vormerkung is ingevoerd om de koper bescherming te bieden in zijn recht op daadwerkelijke levering van het goed, onbelast en onbezwaard. In dat kader is de vraag of de koper ook beschermd moet worden tegen iedere ‘ontvruchting’ van het door hem gekochte registergoed.

De onderzoekers zijn van mening dat deze vraag nauw samenhangt met het doel van de koop; wordt het goed inderdaad (mede) gekocht vanwege de lopende huur, en is dit uitdrukkelijk in de koopovereenkomst vermeld, dan ligt het in de rede de koper ook te beschermen tegen beslag op toekomstige huurtermijnen. Zou dit niet het geval zijn, dan zou de koper niet krijgen wat hij heeft gekocht en is in dat verband het goed niet onbelast. Heeft de koper het goed niet uitdrukkelijk (mede) gekocht vanwege de lopende huur dan zou bescherming tegen beslag op de toekomstige huurtermijnen de positie van de beslaglegger zonder duidelijke grond ondermijnen.

4.5.3.7 Problemen die voortvloeien uit artikel 7:3 lid 3 sub g BW:

- Bij de problematiek van artikel 7:3 lid 3 sub c en g BW is de vraag wie aan de koper moet leveren. Is dit de bewindvoerder/curator, is dit de verkoper zelf nu de bewindvoering/het faillissement jegens de koper niet kan worden ingeroepen of zijn zij dit wellicht samen?

Bij onder bewindstelling is sprake van een beschikkingsonbevoegdheid van degene wiens goederen onder bewind zijn gesteld.¹⁰¹ De bewindvoerder en degene wiens goederen het betreft dienen gezamenlijk over de goederen te beschikken. Onbevoegd beschikken (dus zonder de medewerking van de bewindvoerder of toestemming van de kantonrechter) kan aan derden slechts worden tegengeworpen indien deze van het bewind op de hoogte waren of hadden kunnen zijn.

Bij van toepassing verklaren van de Wet schuldsanering natuurlijke personen wordt de betreffende persoon onbevoegd te beschikken over goederen die behoren tot de boedel (art. 296 lid 1 sub a Fw.). De onbevoegdheid werkt, evenals bij faillissement en surseance van betaling,¹⁰² terug tot 0.00 uur van de dag waarop de uitspraak wordt gedaan. In ons stelsel van overdracht zou dit inhouden dat indien de inschrijving van de leveringsakte niet al plaats had gevonden, niet kan worden voldaan aan de eis van beschikkingbevoegdheid en levering niet meer rechtsgeldig kan geschieden.

Wat is rechtens indien sprake is van Vormerkung, de leveringsakte wordt getekend en na het verlijden van de leveringsakte maar vóór de inschrijving van de leveringsakte in de openbare registers, het bewind over de goederen van de verkoper ingaat/deze failliet gaat/deze onder de werking van de Wsnp valt?

Over deze situatie (en wel de insolventiesituatie) moest de Rechtbank Maastricht oordelen:

A verkoop zijn huis aan B. Er vindt Vormerkung plaats. Binnen zes maanden wordt de akte van levering getekend en ingeschreven in de openbare registers. Na de inschrijving maar wel op dezelfde dag verklaart de rechtbank de Wsnp op de verkoper van toepassing. De bewindvoerder verzoekt de notaris per fax de koop som onder zich te houden, maar deze heeft de koopsom reeds doorgeboekt om de aflossing van twee hypothecaire inschrijvingen mogelijk te maken. De bewindvoerder erkent dat hij aan het verlijden van een nieuwe leveringsakte moest meewerken, maar stelt daaraan de voorwaarde dat de koper opnieuw de koopsom op de rekening van de notaris stortte, welke mening door de rechtbank wordt gedeeld.¹⁰³

¹⁰¹ Artikel 1:431 e.v. BW.

¹⁰² Respectievelijk de artikelen 23 en 217 Fw.

¹⁰³ Rechtbank Maastricht 14 juli 2008, *NJF* 2008, 396.

Visies

Bij bewind mag volgens de Wetgever de bewindvoerder zijn vereiste medewerking niet weigeren.¹⁰⁴ Rank-Berenschot leidt uit de desbetreffende Kamerstukken af dat de rechtstoestand in kwestie (bijvoorbeeld bewind of faillissement) wel degelijk bestaat en niet in al haar facetten kan worden weggedacht.¹⁰⁵

Van Straaten vindt dat deze visie te weinig recht doet aan de bescherming die de Vormerkung de koper beoogt te bieden. Zou voordien de koopovereenkomst zijn ingeschreven, dan zou volgens Van Straaten de levering desalniettemin rechtsgeldig door de verkoper kunnen geschieden.¹⁰⁶ De functie van artikel 7:3 lid 3 aanhef en sub g BW is volgens Van Straaten geen andere dan het helen van een overdracht die zonder de Vormerkung ongeldig zou zijn geweest wegens beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder. Zou zijn visie worden gevolgd, dan kan de verkoper rechtsgeldig leveren aan de koper en zijn eventuele door de koper gevestigde beperkte rechten geldig.¹⁰⁷

Van Daal is een geheel andere mening toegedaan. Volgens hem kan op grond van het stelsel van de Faillissementswet, zonder uitdrukkelijke wettelijke bepaling, geen levering worden afgedwongen. Artikel 35 Fw. verhindert - de voltooiing van - iedere levering, die niet vóór de insolventiedatum, 00:00 uur is voltooid. Met art. 37 Fw in de hand kan de curator vervolgens ná faillissement simpelweg nakoming van iedere obligatoire (koop)overeenkomst weigeren, ook die van de ingeschreven koper van een registergoed. De algemene ratio van faillissement is en blijft namelijk dat er zonder expliciete wettelijke basis niet over het faillissementsgraf heen kan worden geregeerd. De vereiste medewerking van de curator kon en kan dus nog steeds op grond van de art. 35 en 37 Fw worden geweigerd. Dat art. 7:3 BW bepaalt dat faillissement aan de ingeschreven koper niet kan worden tegengeworpen, legt geen verplichting aan de curator op. Een actieve leveringsplicht van de curator had slechts via wijziging van de art. 35 en 37 Fw kunnen worden bewerkstelligd.¹⁰⁸

Deze visie wordt bestreden door Bartels en Heyman. Zij betogen dat navolging van de gedachtegang van Van Daal zou impliceren dat de betekenis van artikel 7:3 lid 3 sub g BW (bescherming van de koper tegen faillissement van de verkoper) volledig zou worden ondergraven. Een redelijke wetsuitleg brengt volgens hen mee dat artikel 7:3 lid 3 verplichtingen voor de curator met zich brengt.¹⁰⁹

In dit kader is van belang het Voorontwerp Insolventiewet (opgesteld door de Commissie Kortmann) (aangeboden aan de Minister van Justitie op 1 november 2007).

In dit voorontwerp is een aantal wijzigingen voorgesteld dat van invloed kan zijn op de Vormerkung:

- De terugwerkende kracht van de insolventieverklaring vervalt
- Artikel 3.6.16 (vergelijkbaar met het huidige artikel 35 FW). Als de leveringsakte is getekend voor de insolventieverklaring en de inschrijving op dat moment nog niet heeft plaatsgevonden, kan de levering nog steeds geldig worden voltooid indien er Vormerkung heeft plaatsgevonden.

De levering in de casus van Rechtbank Maastricht, 14 juli 2008, zou dan geldig zijn geweest.¹¹⁰

¹⁰⁴ *Kamerstukken II*, 1995/96, 23 095, nr. 6, p. 3.

¹⁰⁵ E.B. Rank-Berenschot, Conclusie bij HR 6 februari 2009, *LJN* BG5850, onder 2.5.

¹⁰⁶ Van Straaten 2007. Ook, ten aanzien van toepasselijkheid van de Wsnp. ,Vormerkung- schuldsanering- aflossing hypotheekhouders, *JBN* 2009, 2. Overigens is deze opvatting ten aanzien van faillissement al eerder verdedigd door Van Hees 1998, p. 103.

¹⁰⁷ Van Straaten 2007.

¹⁰⁸ Van Daal 2003, p. 125.

¹⁰⁹ Bartels & Heyman 2004. Ook Zwanikken 2008, p. 16.

¹¹⁰ Van Straaten 2009b.

Aanbeveling

Met Van Straaten kan worden gesteld dat het meest recht zou worden gedaan aan de strekking van artikel 7:3 lid 3 sub c/g BW indien de onder bewindgestelde/failliet zelf nog zou kunnen leveren. Het bewind/faillissement zou in dit kader geheel kunnen worden weggedacht. Dit strookt echter niet met de huidige systematiek. Nu in de nieuwe Insolventiewet ingrijpende wijzigingen plaats zullen vinden op onder meer het gebied van de terugwerkende kracht ligt het op de weg van de Wetgever erop toe te zien dat aan de onderhavige problematiek aandacht wordt besteed. De onderzoekers zijn van oordeel dat, in tegenstelling tot de visie van Van Daal, overeenkomstig de visie van Bartels en Heyman, de curator of bewindvoerder mee zal moeten werken aan een levering op grond van een voor het intreden van het faillissement/bewind ingeschreven koop.

In het Voorontwerp Insolventiewet wordt een oplossing geboden voor een levering die is aangevangen voor de insolventieverklaring (passeren akte van levering), maar die pas nadien wordt voltooid (inschrijving akte), mits Vormerkung heeft plaatsgevonden. In dat geval zal de levering geldig zijn, mag de notaris de hypotheek aflossen en een eventueel surplus aan de verkoper uitbetalen. De koper heeft in een dergelijk geval bevrijdend betaald.

Waar in het Voorontwerp geen rekening mee is gehouden, zo signaleert Van Straaten, is de situatie dat het tekenen van de leveringsakte plaats vindt na het moment van het uitspreken van het faillissement.¹¹¹ Ook al is het recht van de koper ingeschreven, dan nog zou de levering niet geldig zijn. Dit leidt tot de vreemde situatie dat in het ene geval de levering geldig is en niet door de curator ‘overgedaan’ dient te worden, terwijl in het andere geval de levering niet geldig is maar de curator wel mee zal moeten werken aan een nieuwe levering.

Aanbeveling

Het onderzoeksteam is van mening dat de praktijk niet is gebaat met bovengenoemd onderscheid en is van mening dat ingeval sprake is van Vormerkung, een levering die plaatsvindt op de dag waarop het faillissement wordt uitgesproken, geldig moet worden geacht ongeacht het moment op die dag waarop de leveringsakte wordt verleden.

- Is de curator, indien de verkoopopbrengst niet voldoende is om de hypothecaire schuld te voldoen, gehouden om zijn medewerking te verlenen aan een levering op basis van een voor het faillissement ingeschreven koop?

Niet altijd zal de verkoopopbrengst voldoende zijn om de schulden van de verkoper die moeten worden voldaan bij de levering, ook daadwerkelijk te voldoen. Te denken valt aan de situatie dat de hypothecaire lening hoger is dan de verkoopopbrengst, maar ook aan de situatie dat de verkoper zich in de koopovereenkomst verbonden heeft voor de levering de grond te saneren.¹¹² Is in dit geval de curator gehouden de koopovereenkomst (integraal) na te komen, al kost dit de boedel geld?

Visies

Volgens Bartels en Heyman is dit niet het geval. Zou een verplichting tot nakoming worden aangenomen, dan zou dit impliceren dat door de Vormerkung de koper (respectievelijk de hypotheekhouder) in faillissement in een beter positie zou komen te verkeren dan daarvoor. Nu de Vormerkung slechts ten doel heeft te voorkomen dat de koper door het faillissement in een slechter positie komt te verkeren, moet om te zien waartoe de curator gehouden is, worden gekeken naar wat de koper voor faillissement zou kunnen afdwingen. De inbreuk op de paritas die de Vormerkung maakt, gaat niet zover dat de curator alle contractvoorwaarden in de koopovereenkomst zou moeten nakomen: slechts die verplichtingen welke het

¹¹¹ Van Straaten 2009b.

¹¹² Bartels & Heyman 2004.

bedrag van de koopprijs niet te boven gaan moeten worden nagekomen. Het meerdere kan de koper slechts als vordering te verificatie indienen en vormt voor hem een concurrente vordering.

Aanbeveling:

Ook ten aanzien van de vraag of de curator gehouden is mee te werken aan een voor het faillissement ingeschreven koop, waarbij de koopsom niet voldoende is om bestaande schulden te voldoen is het onderzoeksteam van mening dat de werking van de Vormerkung niet zover mag gaan dat een verdergaande inbreuk op de paritas creditorum gerechtvaardigd is. Doel van de Vormerkung is immers slechts het waarborgen dat de positie van de koper niet wordt verslechterd, niet het bewerkstelligen dat de positie van de koper (ten koste van andere schuldeisers) wordt verbeterd.

4.5.4 Artikel 7:3 lid 4 BW

Volgens lid 4 verliest de inschrijving haar werking met terugwerkende kracht indien het goed niet binnen zes maanden na de inschrijving aan de koper is geleverd.

Reden voor de beperkte duur van de bescherming is:

1. Voorkomen dat de overdracht tot in lengte van dagen met zakelijke werking kan worden uitgesteld.
2. Voorkomen dat de overdracht aan een ander dan de koper tot in lengte van dagen kan worden geblokkeerd.¹¹³

Het risico bestaat dat door bijvoorbeeld onenigheid over de geldigheid van de koopovereenkomst de zes-maandstermijn dreigt te verstrijken. Houdt dit in dat de koper zijn bescherming verliest of zijn er situaties denkbaar waarin de termijn van zes maanden wordt verlengd?

Visies

Kleijn ziet in een dergelijke situatie (bijvoorbeeld indien de curator weigert mee te werken aan een levering) een rol weggelegd voor de rechter.¹¹⁴ Deze zou de mogelijkheid moeten hebben de zes-maandstermijn te verlengen.

Ter illustratie kan dienen de volgende situatie:

1 februari:	koopovereenkomst A – B. Afgesproken leveringsdatum 1 augustus
5 februari:	Vormerkung
1 juli:	fiscus legt beslag
1 augustus:	A levert niet
4 augustus:	B stelt vordering tot levering in (en legt leveringsbeslag)
5 augustus:	einde Vormerkung
na 5 augustus:	A wordt veroordeeld tot levering huis

Van Velten neigt ertoe te zeggen dat het recht van B prevaleert. B's oudere aantekening met betrekking tot zijn recht op levering is overgegaan in diens vordering tot levering met bijbehorend beslag.¹¹⁵

Broekveldt sluit zich in zoverre aan bij Van Velten dat ook hij de zes-maandstermijn een fatale termijn acht. Hij ziet een oplossing in het tegen het einde van de looptijd leggen door de koper wiens koop is ingeschreven van een conservatoir leveringsbeslag.¹¹⁶ Wel merkt hij op dat indien iemand anders al voordien

¹¹³ *Kamerstukken II*, 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 5, *Kamerstukken II*, 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 11.

¹¹⁴ Kleijn 2004.

¹¹⁵ Van Velten 2009b, p. 157. Zie ook, ten aanzien van een latere hypotheek, Stein 2004, p. 56.

¹¹⁶ Broekveldt 2004c.

een verhaalsbeslag op het goed heeft gelegd, dit eerdere beslag ex artikel 505 lid 2 Rv. voor dat van de koper zal gaan.

Volgens Kleijn kan het probleem worden opgelost als de rechter bepaalt dat de Vormerkung geen einde neemt indien deze voor het tijdstip van haar afloop wordt gevolgd door de inschrijving van een vordering tot levering en/of beslag ten behoeve van de koper.¹¹⁷

Ook Bartels hangt deze visie aan:

‘Beter ware het daarom de zesmaandstermijn van art. 7:3 lid 4 BW minder rigide toe te passen dan waarvan ik hiervoor ben uitgegaan. Het zou wenselijk zijn aan te nemen dat de termijn wordt opgeschort – de klok wordt als het ware stilgezet – wanneer de koper binnen zes maanden een actie in rechte heeft ingesteld tegen de verkoper/curator die weigert aan levering mee te werken. Deze rechtsvordering zou dan ook in de openbare registers moeten worden ingeschreven, gelet op de werking van art. 3:24 BW. De haast waartoe de vervaltermijn nu dwingt, wordt dan weggenomen.’¹¹⁸

Heyman ondersteunt de door van Van Velten geuite gedachte dat de Vormerkung moet blijven voortduren als tijdens de Vormerkung een vordering tot levering is ingesteld door de koper.¹¹⁹ De wet zal hiervoor moeten worden aangepast. De termijn van verlening zou, aldus Heyman, moeten lopen totdat:

- de rechterlijke uitspraak waarbij de verkoper wordt veroordeeld tot levering reëel executabel is, en;
- de rechterlijke uitspraak is geweest in een bodemprocedure, en;
- de rechterlijke uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan.

Daarbij zou bepaald moeten worden dat de levering op basis van de rechterlijke uitspraak binnen een korte termijn (bijvoorbeeld twee weken) zou moeten plaatsvinden. Indien dat niet gebeurt, moet de Vormerkung alsnog met terugwerkende kracht vervallen.

Nadeel van bovengenoemde optie is dat het registergoed door de rechterlijke procedure zich jarenlang ‘buiten de handel’ kan bevinden. Oplossing hiervoor is het verbeteren van de effectiviteit van de reële executie bij vastgoedtransacties in die zin dat ook het kort geding toegankelijk wordt. Naddeel daarvan is weer dat onzeker is of de verkoper ooit nog een bodemprocedure in gaat stellen die de verkrijging door de verkoper uiteindelijk alsnog ongedaan maakt. Dit kan worden verholpen door te bepalen dat indien de uitspraak waarin de reële executie werd mogelijk gemaakt wordt vernietigd, de vernietiging geen werking heeft jegens derden die op het geleverde goed rechten hebben verkregen.

Naast de verlenging van de termijn van artikel 7:3 lid 4 moeten volgens Heyman ook de artikelen 300 en 301 worden aangepast.¹²⁰

Aanbeveling:

Door factoren die buiten de invloedssfeer van de koper liggen kan de zes-maandstermijn verstrijken waardoor de bescherming van de koper teniet gaat. In een aantal gevallen is dit zeer onwenselijk, reden dat het onderzoeksteam zich aansluit bij de literatuur die pleit voor de mogelijkheid de Vormerkung te laten voortduren indien tijdens de Vormerkung door de koper een vordering tot levering is ingesteld. Omdat door deze mogelijkheid een goed zich lang ‘buiten de handel’ kan bevinden is het noodzakelijk ook op andere punten de wet aan te passen. Omdat dit het bestek van dit onderzoek te buiten gaat wordt hier volstaan met verwijzing naar de in dit kader aangehaalde literatuur.

- Geldt in het kader van de (beperkte) duur van de Vormerkung artikel 63a Fw (afkoelingsperiode) ook voor de koper?

¹¹⁷ Kleijn 2004.

¹¹⁸ S.E. Bartels, noot bij Rb 's-Gravenhage 24/8/2007, JOR 2007/286.

¹¹⁹ Van Velten 2009b.

¹²⁰ Heyman 2009, p. 4, 5 en noten 35 en 40.

De afkoelingsperiode van artikel 63a Fw behelst de onmogelijkheid voor schuldeisers van de failliet om zich op goederen die zich in de failliete boedel bevinden, te verhalen zonder machtiging van de rechter-commissaris (RC).

Volgens Bartels is het nadeel hiervan dat de termijn van zes maanden kan eindigen tijdens de afkoelingsperiode, waardoor de bescherming vervalt. Bartels is van mening dat de curator toch de machtiging van de RC nodig heeft om in de afkoelingsperiode te kunnen leveren. De RC zal wel gehouden zijn om zijn medewerking te verlenen. Artikel 63a lid 3 Fw is volgens Bartels niet analogisch van toepassing op de zes maanden termijn. Maar Bartels adviseert wel om iets aan het gevaar te doen dat de Vormerkung afloopt tijdens de afkoelingsperiode, zodat de meewerkende koper niet het slachtoffer wordt van een treuzelende verkoper/curator.¹²¹

Aanbeveling

Zoals reeds naar voren kwam bij de bespreking van artikel 7:3 lid 3 sub f BW zal de curator moeten meewerken aan de levering op grond van een door Vormerkung verzekerde koopovereenkomst. In dit licht en gezien de achtergrond van de Vormerkung ligt het voor de hand dat weliswaar de rechter-commissaris zijn toestemming zal moeten geven aan levering gedurende de afkoelingsperiode, maar tevens dat deze zijn toestemming niet zal mogen weigeren.

4.5.5 Artikel 7:3 lid 5 BW

Nadat de inschrijving haar werking heeft verloren kan gedurende zes maanden geen koop tussen dezelfde partijen met betrekking tot hetzelfde goed worden ingeschreven. De beoogde tijdelijkheid van de zakelijke werking van de inschrijving van de koop wordt anders illusoir gemaakt.

4.5.6 Artikel 7:3 lid 6 BW

Inschrijving van de koop vindt slechts plaats indien onder de koopakte een ondertekende en gedateerde verklaring van een notaris is opgenomen, die zijn naam, voornamen, standplaats en kwaliteit bevat en waarin verklaard wordt dat de leden 1,2 en 5 niet aan inschrijving in de weg staan.

De verklaring die onder de koopakte moet worden gesteld, houdt in een verklaring van de notaris dat de verkoper eigenaar is, dat er geen bedenktijd meer loopt en dat er niet binnen een half jaar na de vorige inschrijving wordt ingeschreven.¹²² De openbare registers moeten daarom zo worden ingericht dat een door tijd vervallen Vormerkung na doorhaling nog een half jaar zichtbaar blijft.¹²³

- Wat is de rol van de notaris bij de Vormerkung?

In artikel 7:3 BW is, anders dan bij de regels over inschrijfbaarheid, geen aandacht besteed aan de rol van de notaris ter zake van de Vormerkung. Moet bijvoorbeeld de notaris partijen inlichten over de consequenties van al dan niet inschrijven van de koopovereenkomst?

Visies

Van Velten is van mening dat de notaris partijen moet voorlichten over de strekking van de aantekening, in het bijzonder als hij het koopcontract opstelt en de termijn van levering meer dan zes maanden draagt. Als partijen geen Vormerkung willen, dan doet de notaris er verstandig aan om schriftelijk vast te leggen waarom partijen geen gebruik maken van de Vormerkung, dit om eventuele aansprakelijkheid wegens het ontbreken van de Vormerkung achteraf te voorkomen. Van Velten vindt het overigens op-

¹²¹ Bartels 2006, onder 4. Zie ook Van Hees 1998, p. 104.

¹²² Van Velten 2009b, p. 157/158.

¹²³ Van Velten 2009b, p. 158. *Kamerstukken II*, 1992/93, 23 095, nr. 3, p.7.

vallend dat de notaris die de aantekening van de koopovereenkomst in de openbare registers maakt geen oordeel hoeft te geven over de inhoud van de koopovereenkomst en de mogelijke aantastbaarheid daarvan.¹²⁴

Ook Dammingh is de mening toegedaan dat de notaris een zorgplicht heeft ten aanzien van (de advisering over) de regeling van artikel 7:3 BW, maar is van mening dat de notaris de verkoper niet behoeft te informeren over de mogelijkheid tot uitsluiting van de Vormerkung in de koopovereenkomst.¹²⁵

Huijgen wijst er op dat het recht ‘niet eindigt bij de regeling van de koop van onroerende zaken’, maar dat tuchtrecht en aansprakelijkheidsrecht een geheel eigen regime hebben. In dat kader spreekt hij van een ‘merkwaardige spagaat’ waarin het notariaat hierin terecht lijkt te zijn gekomen. Enerzijds mag de notaris beslist geen grotere rol krijgen bij de koop van onroerende zaken omdat zijn monopolie dan zou worden uitgebreid¹²⁶ en dit voor de consument wellicht tot enige kostenverhoging zou leiden. Anderzijds brengt het tucht- en aansprakelijkheidsrecht ten aanzien van het notariaat in het algemeen mee dat een notaris bij de totstandkoming van rechtshandelingen – en meer in het algemeen bij zijn gehele taakuitoefening - heeft te waken voor de rechtszekerheid en ook voor de rechtsbescherming van de burger.¹²⁷

De Minister gaat er vanuit dat dit wel aan de orde is indien de notaris de koopovereenkomst zelf opstelt, maar spreekt zich niet uit over de situatie dat de koopovereenkomst wordt opgesteld door een ander dan de notaris:

Ervan uitgaande dat in geval van notariële inschakeling bij de koop geen notariële koopakte wordt verleden, maar de notaris een onderhandse koopakte opstelt en mede ondertekent, is artikel 43 lid 1 van de Wet op het Notarisambt niet van toepassing, nu deze bepaling alleen notariële akten betreft. Dit neemt niet weg dat ook in het geval dat de notaris een onderhandse koopakte opstelt en mede ondertekent, op hem de plicht rust om partijen voor te lichten over de gevolgen die de koop voor hen heeft. Artikel 4 lid 1 van de Verordening Beroeps- en gedragsregels van de KNB houdt in dat de notaris gehouden is om alle partijen bij de rechtshandeling waarvoor zijn tussenkomst is ingeroepen, voor te lichten over de gevolgen van de handeling, voor zover de wet of de gewoonte dit van hem verlangt. In de toelichting op deze bepaling wordt opgemerkt dat blijkens artikel 4 lid 1 van de verordening de verplichting tot voorlichting van partijen bij de rechtshandeling ook geldt als het gaat om een rechtshandeling die niet in een (notariële) akte wordt neergelegd. Daarbij wordt als voorbeeld genoemd de koopovereenkomst, die voorafgaat aan de notariële akte van levering. De notaris dient volgens de toelichting ook op dat moment al de benodigde voorlichting te geven opdat partijen zich bewust zijn van de gevolgen van de gemaakte afspraken, terwijl tevens zal kunnen worden getoetst of er sprake zou kunnen zijn van misbruik van juridische onkunde en feitelijk overwicht. Deze voorlichtingsplicht geldt, aldus de toelichting, voor belangen ten aanzien waarvan algemeen erkend is dat het tot de taken van een notaris behoort om juist dit belang te beschermen.¹²⁸

¹²⁴ Van Velten 2009b, p. 154 e.v.

¹²⁵ Hij gaat er echter vanuit dat de notaris meestal pas bij de transactie zal worden betrokken wanneer de koopovereenkomst al is gesloten.

¹²⁶ Hij memoreert de totstandkomingsgeschiedenis van de Wet waarin de mogelijke uitbreiding van de monopoliepositie van de notaris uiteindelijk het breekpunt bleek bij de keuze voor de vorm van kopersbescherming. Hierover meer in hoofdstuk 6.

¹²⁷ Huijgen 2007.

¹²⁸ *Kamerstukken I*, 2001/02, 23 095, nr. 178b, p. 11.

Samenvattende conclusie

De vraag naar de zorgplicht van de notaris in het kader van artikel 7:3 lid 5 BW brengt de notaris in een vreemde positie. Nu onder de huidige regeling de notaris niet betrokken hoeft te zijn geweest bij de totstandkoming van de overeenkomst en deze dus al volkomen kan zijn op het moment dat partijen zich voor de inschrijving tot hem wenden, ligt Belehrung ten aanzien van de inhoud van de overeenkomst niet voor de hand. Wel kan de notaris partijen wijzen op hun positie na inschrijving, maar naar het oordeel van het onderzoeksteam kan zijn verantwoordelijkheid niet verder strekken dan tot het informeren van partijen over de gevolgen van de (voorgenomen) inschrijving. Anders ligt het wanneer de overeenkomst onder begeleiding van de notaris tot stand komt. In dat geval ligt het op de weg van de notaris als juridisch deskundige om partijen te informeren over hun juridische positie ten aanzien van wat wordt overeen gekomen. Deze verplichting tot Belehrung strekt zich dan niet alleen uit tot de voor- of nadelen van inschrijving, maar ook tot de (juridische) inhoud van de koopovereenkomst.

4.6 Moet Vormerkung verplicht worden gesteld?

Een vraag die gesteld kan worden, is of Vormerkung verplicht zou moeten worden gesteld. Zoals gememoreerd is het nu ter keuze van de koper of diens recht of levering zakelijke werking verkrijgt of niet. Als nadeel van verplichte Vormerkung kan worden aangevoerd de immense belasting van de openbare registers en de stijlbreek met hetgeen hieromtrent thans is bepaald. Zou iedere koopovereenkomst moeten worden ingeschreven, dan geldt dit immers ook voor A-B-C transacties. Dit strookt niet met hetgeen hieromtrent is opgemerkt in paragraaf 4.5.1.

Een voordeel van de verplichte Vormerkung zou zijn dat er minder problemen spelen rondom het uitbetalen van gelden na de levering.¹²⁹ In plaats van het meerdere dagen wachten tot volstrekte zekerheid is verkregen omtrent de status van het geleverde object, kan direct worden uitgekeerd.

Op de vraag of Vormerkung verplicht moet worden, wordt nader ingegaan in hoofdstuk 7. In het kader van de uitbetaling van de gelden zou naar oordeel van het onderzoeksteam de Vormerkung zeker dienst kunnen doen, zij het dat in dat geval helderheid moet bestaan over genoemde knelpunten.

4.7 Samenvattende conclusies

De regeling van de Vormerkung is technisch van aard en geeft aanleiding tot veel vragen en problemen. Hoewel de regeling van artikel 7:3 BW zoals gememoreerd vrij geruisloos in de wet is opgenomen en het overgrote deel van de overwegingen is uitgegaan naar de bedenktijd en de daarvoor noodzakelijke schriftelijkheid, heeft de Vormerkung grote gevolgen. Zo vindt doorbreking van de paritas creditorum plaats, bestaat onduidelijkheid over de mate van bescherming bij executoriale verkoop door een beslaglegger en is de reikwijdte van de woorden 'kan niet tegen de koper worden ingeroepen' discutabel.

Naar het oordeel van het onderzoeksteam dient bij het oplossen van genoemde onduidelijkheden steeds de achtergrond van de bepaling in het oog te worden gehouden, namelijk het beschermen van het recht op daadwerkelijke nakoming van de koper. Hoewel de wetgever heeft onderkend dat dit een bepaalde mate van doorbreking van de paritas creditorum tot gevolg kon hebben, kan dit naar het oordeel van het onderzoeksteam niet zo ver gaan dat bijvoorbeeld verschil ontstaat tussen beslagleggers, of dat de verkoper voordeel ondervindt van Vormerkung.

De terminologie van artikel 7:3 BW alsmede de situaties waartegen de koper wordt beschermd, hebben veel gemeen met de Faillissementswet, reden dat het Voorontwerp Insolventiewet uitdrukkelijk aandacht zal moeten besteden aan de levering in combinatie met de Vormerkung.

¹²⁹ Breedveld & Keltman 2007.

Daarnaast is van belang dat Vormerkung een groot aantal andere doelen kan dienen dan slechts het beschermen van het recht van de koper op daadwerkelijk nakoming. In dit kader kan worden gedacht aan markttransparantie, fraudebestrijding en een snellere uitbetaling van gelden na levering. Het verdient aanbeveling dat de wetgever ook deze elementen in ogenschouw neemt.

Samenvattend kan worden geconcludeerd dat de regeling van de Vormerkung in die zin haar doel heeft bereikt dat het recht van de koper op daadwerkelijke nakoming is versterkt, maar dat de regeling een aantal ongewenste neveneffecten heeft. Om de regeling ten volle haar werking te verlenen zal per geconstateerde onduidelijkheid of 'bijwerking' gekeken moeten worden in hoeverre de wet aanpassing verdient dan wel een bepaalde handelwijze gevolgd moet worden.

HOOFDSTUK V DE 5% REGELING

5.1 Ter inleiding

In dit hoofdstuk staat de zogenaamde 5% regeling centraal. Deze regeling is door de Wet koop onroerende zaken per 1 september 2003 in artikel 7:768 BW opgenomen voor de koop-/aannemings-overeenkomst met betrekking tot de bouw van een woning door een particulier. Bepaald is in artikel 7:768 BW dat een particulier 5% van de aanneemsom in depot mag storten bij de notaris en gedurende drie maanden na de oplevering dit bedrag bij de notaris in depot mag houden. De particulier hoeft hiervoor geen beroep te doen op het opschortingsrecht van artikel 6:262 BW. Indien er binnen de drie maanden na de oplevering alsnog een gebrek zichtbaar wordt, kan de particulier alsnog een beroep doen op artikel 6:262 BW en aan de notaris aangeven welk bedrag na de drie maanden in depot dient te blijven.

In dit hoofdstuk worden de volgende vraagstellingen beantwoord:

- a. Heeft de 5%-regeling van artikel 7:768 BW de daarmee beoogde versterking van de positie van de consumentkoper van een nieuwbouwwoning bewerkstelligd?
- b. Welke problemen hebben zich voorgedaan bij de toepassing en de sanctionering van de 5% regeling?
- c. Wordt de effectiviteit van de 5%-regeling (deels) ondermijnd door de mogelijkheid die de aannemer ter beschikking staat, om het depot te laten vrijvallen door het stellen van vervangende zekerheid bijvoorbeeld in de vorm van een bankgarantie?
- d. Is de slottermijn van 5% voldoende hoog om de aannemer tot spoedig herstel te bewegen?

Voor het antwoord van de vraag of het toepassingsbereik van artikel 7:768 BW, zoals omschreven in artikel 7:765 BW, voldoende duidelijk is afgebakend wordt verwezen naar hoofdstuk II en paragraaf 3.8.5.

5.2 Inhoud en reikwijdte van de 5% regeling

5.2.1 Inhoud

Artikel 7:768 BW bepaalt:

1. De opdrachtgever kan, zonder beroep te doen op artikel 262 van Boek 6 en onder behoud van zijn recht op oplevering, maximaal 5% van de aanneemsom inhouden op de laatste termijn of laatste termijnen en dit bedrag in plaats van aan de aannemer te betalen, in depot storten bij een notaris.
2. De notaris brengt het bedrag in de macht van de aannemer nadat drie maanden zijn verstreken na het tijdstip van oplevering, tenzij de opdrachtgever van de in artikel 262 van Boek 6 toegekende bevoegdheid wenst gebruik te maken. In dat geval deelt de opdrachtgever aan de notaris mee tot welk bedrag het depot moet worden gehandhaafd.
3. De notaris brengt het bedrag voorts in de macht van de aannemer voor zover de opdrachtgever daarin toestemt, de aannemer vervangende zekerheid stelt of bij een uitspraak die partijen bindt, is beslist dat een depot niet of niet langer gerechtvaardigd is.
4. Indien de opdrachtgever aan de aannemer schadevergoeding verschuldigd is wegens de in lid 1 bedoelde depotstorting of de door de aannemer gestelde vervangende zekerheid, wordt deze gesteld op de wettelijke rente bedoeld in artikel 119 van Boek 6. Gedurende de drie maanden bedoeld in lid 2, is zij niet verschuldigd, zelfs niet indien geen gebreken worden geconstateerd.

De particulier, hierna zal in lijn met de wet voornamelijk worden gesproken van ‘opdrachtgever’, die een koop-/aannemingsovereenkomst met betrekking tot de bouw van een woning aangaat mag op grond van artikel 7:768 BW 5% van de aanneemsom inhouden op de laatste termijn(en). Deze 5% wordt in depot gestort bij een notaris. De opdrachtgever kan het bedrag in depot laten storten, zonder dat hij een beroep hoeft te doen op het opschortingsrecht van artikel 6:262 BW (de *exceptio non adimpleti contractus*). Na drie maanden draagt de notaris er zorg voor dat het bedrag in de macht van de aannemer komt. De notaris gaat hier echter niet toe over, indien de opdrachtgever heeft aangegeven dat hij van zijn

opschortingsrecht gebruik maakt. In dat geval geeft de opdrachtgever tevens aan welk bedrag de notaris in depot moet blijven houden.

Voor deze en de andere bepalingen Titel 7.12 afdeling 2 BW bepaalt artikel 7:769 BW:

Van deze afdeling en voor zover voor de toepassing van artikel 768 nodig, van artikel 262 van Boek 6, kan niet ten nadele van de opdrachtgever worden afgeweken, behoudens bij een standaardregeling als bedoeld in artikel 214 van Boek 6.

5.2.2 Toepassingsbereik

Op grond van artikel 7:765 BW geldt dat artikel 7:768 BW, tezamen met de overige bepalingen van afdeling 2 van Titel 7.12 BW, alleen van toepassing is op de aanneming van werk die strekt tot de bouw van een woning in opdracht van een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Voor wat betreft deze begripsbepaling en het daarmee samenhangende toepassingsbereik van art. 7:765 BW wordt verwezen naar hoofdstuk II en paragraaf 3.8.5.

Artikel 7:8 BW bepaalt dat de artikelen 7:767 en 7:768 BW ook van toepassing zijn op de situatie dat een nieuw gebouwde of te bouwen woning wordt verkocht aan een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Voor de koper van een nieuw gebouwde woning geldt voor wat betreft artikel 7:768 BW echter wel dat de termijn van drie maanden ook voor hem gaat lopen na het tijdstip van oplevering van de woning. Met een nieuw gebouwde woning wordt een woning bedoeld die reeds is opgeleverd, maar waarvan de koper als eerste gebruik zal gaan maken. Dit betekent dat de wettelijke onderhoudstermijn al kan lopen ten tijde van de verkrijging van de woning door de koper.¹

5.3 Doelstellingen van de 5% regeling

Afdeling 1 van Titel 7.12 BW ziet niet alleen op de aanneming van bouwwerken, maar op aanneming van werk in het algemeen. De minister zag geen reden tot een afzonderlijke afdeling voor de aanneming van bouwwerken in het algemeen, omdat er erg weinig bepalingen zijn die alleen zien op de aanneming van bouwwerken.² Daarnaast speelde het feit dat de aanneming van bouwwerken veelal wordt beheerst door algemene voorwaarden. Aan aanvullend recht zou om die reden geen behoefte bestaan.³

Toch is er in afdeling 2 van Titel 7.12 BW een aantal speciale bepalingen opgenomen voor de aanneming van bouwwerken. Deze afdeling ziet alleen op een speciale categorie van aanneming van bouwwerken, te weten de aanneming die strekt tot de bouw van een woning in opdracht van een particulier. Dit houdt volgens de minister verband met de consumentenbeschermende regeling van de koop van onroerende zaken.⁴ Voor de doelstellingen van de consumentbeschermende regeling van de koop van onroerende zaken wordt verwezen naar de hoofdstukken 2 en 3.

De bepalingen die in Titel 7.12 BW zijn opgenomen, worden, wanneer het gaat om bouwwerken, grotendeels ook bestreken door de gedetailleerde UAV 1989.⁵ De redenen voor de minister om Titel 7.12 BW toch op te nemen, naast de hierboven genoemde reden dat de titel geldt voor aanneming in het algemeen, waren de volgende. Titel 7.12 BW bevat ten eerste op een aantal plaatsen dwingend recht. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de bepalingen over de aanneming van de bouw van een woning in opdracht van een particulier. Ook bevat Titel 7.12 BW bepalingen die niet in de UAV 1989 zijn opgenomen. Tenslotte kan Titel 7.12 BW als richtsnoer dienen bij het opstellen, wijzigen en interpreteren van algemene voorwaarden alsmede van standaardregelingen in de zin van artikel 6:214 BW.⁶

¹ *Kamerstukken II*, 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 11.

² *Kamerstukken II*, 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 12-13.

³ *Kamerstukken II*, 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 14-15.

⁴ *Kamerstukken II*, 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 14-15 en *Kamerstukken II*, 2001/02, 23 095, nr. 15, p. 1.

⁵ *Stcr.* 1989, 181.

⁶ *Kamerstukken II*, 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 15.

Het voorstel dat bij aanneming die strekt tot de bouw van een woning in opdracht van een particulier, de particulier gerechtigd is om 5% van de prijs in depot te storten in verband met eventuele na de oplevering blijvende gebreken, is afkomstig van de consumentenorganisaties.⁷ In eerste instantie is geprobeerd om de ondernemers- en consumentenorganisaties zelf een regeling met betrekking tot de versterking van de positie van de opdrachtgever te laten opstellen die standaard in de koop-/aannemingsovereenkomst zou worden opgenomen.⁸ In een brief aan de Tweede Kamer van 16 juli 1991 laten de Staatssecretaris van Economische Zaken, de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Volkshuisvesting echter weten dat zij het niettemin gewent achten om in Titel 7.12 ook een bepaling op te nemen met betrekking tot een depotregeling voor de particuliere opdrachtgever.⁹ Aan deze wens is gehoor gegeven en dit heeft geleid tot artikel 7:768 BW.¹⁰

De reden waarom er gekozen is voor 5% van de aanneemsom is niet direct uit de parlementaire stukken af te leiden. De redenen zouden echter kunnen worden afgeleid uit de beraadslagingen over het preadvies Bouwaanneming volgens het NBW. In dit preadvies wordt onder meer de 5% regeling genoemd.¹¹ Thunnissen, de schrijver van voornoemd preadvies, geeft in deze beraadslagingen aan dat het doel van de inhouding van een bepaald geldbedrag zekerheid is. Over de hoogte van de inhouding zegt hij dat de het bedrag in ieder geval voldoende moet zijn om de gebreken te verhelpen. Naast het verhelpen van gebreken zou het depotbedrag van 5% ook een stok achter de deur moeten zijn.¹²

5.4 Werking van de 5% regeling

5.4.1 5% van de aanneemsom

De opdrachtgever is bevoegd om 5% van de aanneemsom in te houden op de laatste termijn(en) en dit bedrag in depot te storten bij een notaris. Het gaat hier om de aanneemsom, hetgeen betekent dat de prijs die de opdrachtgever voor de grond heeft betaald niet mag worden meegerekend.¹³

5.4.2 Duur

Indien op het verzoek van de opdrachtgever 5% van de aanneemsom bij de notaris in depot is gehouden, keert de notaris in beginsel drie maanden na het tijdstip van oplevering dit bedrag uit aan de aannemer. Door de minister wordt dit opschortingsrecht betiteld als de ‘wettelijke onderhoudstermijn’.¹⁴ Mocht de opdrachtgever aan de notaris laten weten dat hij 5% van de aanneemsom in depot wenst te houden, dan dient de notaris ervoor zorg te dragen dat hij op de hoogte is van het tijdstip van oplevering. In de meeste gevallen zal de notaris hiervan op de hoogte zijn, omdat de aannemer een kopie van het proces verbaal van oplevering aan de notaris doet toekomen. De wetenschap van het tijdstip van oplevering is nodig vanwege de termijn van drie maanden die de notaris in de gaten dient te houden.

Deze wettelijke onderhoudstermijn geeft de aannemer in vergelijking tot een niet wettelijke onderhoudstermijn iets meer zekerheid dat hij uiteindelijk over de hele aanneemsom kan beschikken.¹⁵ Dit heeft te maken met het feit dat bij deze wettelijke onderhoudstermijn het bedrag bij de notaris in depot blijft, terwijl het bij een niet wettelijke onderhoudstermijn in de macht blijft van de opdrachtgever.¹⁶

⁷ *Kamerstukken II*, 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 40. Hier wordt verwezen naar Klein 1985, p. 80. Zie ook artikel 43A UAV 1989.

⁸ *Kamerstukken II*, 1990/91, 21 800 XIII, nr. 79, p. 6.

⁹ *Kamerstukken II*, 1990/91, 21 800 XIII, nr. 79, p. 6. Voor nadere informatie over het voortraject zie: Van der Beek 2003, p. 176.

¹⁰ *Kamerstukken II*, 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 40.

¹¹ Thunnissen 1990, p. 76 ev.

¹² Thunnissen 1991, p. 178. Zie ook de reactie van M.G. Breukink in dezelfde beraadslagingen op p. 179.

¹³ *Kamerstukken II*, 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 11.

¹⁴ *Kamerstukken II*, 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 40.

¹⁵ Thunnissen 1994.

¹⁶ Thunnissen 1994.

5.4.3 *Uitbetalen aan de aannemer*

Zoals in de vorige paragraaf aangegeven, keert de notaris in beginsel na drie maanden het depotbedrag uit aan de aannemer. De notaris gaat hier echter niet toe over indien de opdrachtgever aan de notaris heeft aangegeven dat hij gebruik maakt van zijn opschortingsrecht van artikel 6:262 BW. De opdrachtgever geeft in dat geval tevens aan of het gehele bedrag in depot dient te worden gehouden of een gedeelte daarvan. De opdrachtgever moet hier zelf richting de notaris actief optreden. In eerste instantie moet de opdrachtgever voor de opleveringsdatum aan de notaris aangeven dat hij 5% in depot wenst te houden. Vervolgens moet de opdrachtgever, indien hij een beroep op zijn opschortingsrecht wenst te doen, binnen drie maanden na de opleveringsdatum aan de notaris aangeven dat er een bepaald bedrag in depot dient te blijven.¹⁷

Naast bovengenoemde uitbetalingsmogelijkheid, dient de notaris het bedrag ook aan de aannemer uit te keren in de situaties die genoemd worden in artikel 7:768 lid 3 BW. Dit betekent dat de notaris het bedrag uitkeert aan de aannemer indien de opdrachtgever hiervoor toestemming heeft gegeven, de aannemer vervangende zekerheid stelt¹⁸ of er een uitspraak is die partijen bindt, waarin is bepaald dat het depot niet (langer) gerechtvaardigd is.

De toestemming van de opdrachtgever is alleen nodig indien het bedrag wordt uitgekeerd binnen de drie maanden termijn of nadat de opdrachtgever een beroep op artikel 6:262 BW heeft gedaan en er nog geen uitspraak over de geldigheid van het in depot houden van het bedrag is.

Wordt in een tussen partijen bindende uitspraak bepaald dat het depotbedrag dient te worden uitbetaald dan moet de notaris overgaan tot het uitbetalen van dat bedrag. Het is daarbij niet van belang of er tegen deze uitspraak nog een rechtsmiddel openstaat.¹⁹

5.4.4 *Schadevergoeding verschuldigd door opdrachtgever aan aannemer*

Mocht blijken dat de opdrachtgever ten onrechte langer dan drie maanden een bedrag in depot heeft laten houden of de vervangende zekerheid ten onrechte is aangehouden, dan kan de opdrachtgever schadevergoeding verschuldigd zijn. Deze schadevergoeding is gelijk aan de wettelijke rente,²⁰ zo volgt uit artikel 7:768 lid 4 BW. Over de eerste drie maanden na de opleveringsdatum is de opdrachtgever geen schadevergoeding verschuldigd, zelfs niet indien er geen gebreken worden geconstateerd.

5.5 **Praktijkervaringen met de 5% regeling**

5.5.1 *Inleiding*

De 5% regeling is het onderwerp geweest van een behoorlijk aantal arbitrage-uitspraken.²¹ Uit deze uitspraken blijkt dat een aantal specifieke zaken in de praktijk tot problemen leidt. Door middel van het uitwerken van een aantal casus zal dit worden belicht. Daarnaast worden de opmerkingen die in de interviews en enquêtes naar voren zijn gekomen besproken. Gezien de variëteit van de onderwerpen

¹⁷ De opdrachtgever kan door deze regeling in grote lijnen tweemaal met de notaris te maken krijgen. In eerste instantie voor of aan het begin van de bouw in verband met het tekenen van de leveringsakte voor de grond. In tweede instantie aan het eind van de bouw, voor de oplevering, in verband met het in depot houden van 5% van de aanneemsom.

¹⁸ De vervangende zekerheid kan bijvoorbeeld worden gesteld door middel van een bankgarantie. *Kamerstukken II*, 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 40.

¹⁹ *Kamerstukken II*, 2001/02, 23 095, nr. 178b, p. 10.

²⁰ Er wordt verwezen naar artikel 6:119 BW.

²¹ Er zijn inmiddels ruim 120 arbitrage uitspraken waarin de 5% regeling onderwerp van het geschil was. Neveneffect van de inwerkingtreding van de wet is volgens het GIW dat er een grote toename van de ambtshalve spoedprocedures is ontstaan. Dit heeft te maken met een bepaling in de standaardvoorwaarden van het GIW waarin is bepaald dat indien er binnen drie maanden na oplevering gebreken worden geconstateerd, er een beroep kan worden gedaan op de spoedprocedure.

wordt in elke paragraaf na het signaleren van het knelpunt een analyse en eventueel een aanbeveling gegeven.

5.5.2 “Gebreken”

5.5.2.1 Knelpunten

Een eerste kwestie die aanleiding heeft gegeven tot vragen is die van de definitie van het begrip ‘gebrek’.

Uit de afgenomen interviews is af te leiden dat er aannemers zijn die van mening zijn dat er alleen een depotbedrag in stand mag worden gehouden voor bouwkundige en technische gebreken. Het bedrag mag volgens hen niet dienen voor overige tekortkomingen in de nakoming.

Arbitraal vonnis (opleveringsarbitrage) met dossiernummer 19134²²: De opdrachtgever spant een procedure aan naar aanleiding van een verkeerd geplaatst bad. In de procedure wordt daaraan toegevoegd dat er een kromme deur zou zijn en dat een bepaalde vergoeding die aan opdrachtgever is toegekend te laag is. De opdrachtgever heeft gespecificeerd voor welke gebreken hij welke bedragen in depot houdt. De arbiter geeft aan dat enkele geschillen waarover besloten moet worden, moeten worden voorgelegd aan de Raad.²³ De overige geschillen worden door de arbiter beslecht. De arbiter laat een gedeelte van de 5% van de aanneemsom die nog in depot zit in stand, vanwege het feit dat nog over enkele geschillen beslist moet worden.

Door de gehouden interviews is gebleken dat de bij bovenstaande casus betrokken aannemer kritiek op deze uitspraak had. Hij heeft aangegeven dat de geschillen waar nog over beslist moet worden, niet onder de noemer “gebreken” vallen. Volgens de aannemer moeten er onder “gebreken” alleen technische of bouwkundige tekortkomingen worden verstaan. Uit de opmerking van de aannemer zou kunnen worden afgeleid dat de aannemer doelt op de gebreken als bedoeld in artikel 7:759 BW.

Arbitraal vonnis (opleveringsarbitrage) met dossiernummer 17514: Bouwaannemer BV A vordert van de heer X uitbetaling van het depot bedrag. Eén van de klachten van de heer X betreft de afwijking van de perceelgrootte. Volgens de heer X zou er 11 m² te weinig zijn geleverd. De arbiter overweegt met betrekking tot deze klacht: “dat op grond van het onder 3.2. genoemd arbitraal beding in de opleveringsarbitrage uitsluitend geschillen over bouwkundige gebreken en tekortkomingen welke bij oplevering en/of binnen 3 maanden daarna zijn geconstateerd ter beslechting kunnen worden voorgelegd. Arbiter stelt vast dat de klacht met betrekking tot de perceelgrootte geen betrekking heeft op een bouwkundige gebrek en tekortkoming. Hij verklaart verweerder terzake deze klacht niet ontvankelijk in zijn vordering.” Vervolgens verklaart de arbiter dat hij zich niet kan uitlaten over de opschorting voor zover deze verband houdt met de klacht over de afwijking van de perceelgrootte. De heer X heeft het bedrag dat hij voor deze klacht in depot hield echter vrijgegeven.

De bepaling waar de arbiter in bovengenoemde uitspraak naar verwijst bepaalt onder andere dat geschillen die betrekking hebben op bouwkundige gebreken en tekortkomingen worden beslecht door arbitrage overeenkomstig het arbitragereglement van het GIW. De afwijking van de perceelgrootte valt niet onder de categorie bouwkundige gebreken en tekortkomingen. BV A en de heer X hadden zich voor het geschil omtrent de afwijkende perceelgrootte en het bedrag dat daarvoor in depot stond tot de civiele rechter moeten wenden.

In artikel 7:768 BW wordt het woord ‘gebreken’ niet gebruikt. Artikel 7:768 BW verwijst naar artikel 6:262 BW. Dit laatste artikel geeft aan dat indien één van partijen haar verbintenis niet nakomt, de wederpartij

²² Afkomstig van het college van arbiters van de Stichting Garantie Instituut Woningbouw.

²³ Met de Raad wordt bedoeld de Raad van Arbitrage voor de Bouw. Sinds 1 januari 2007 is de geschillenregeling aangepast in de standaard Koop-/aannemingsovereenkomsten voor eensgezinshuizen en appartementen met toepassing van de GIW Garantie- en waarborgregeling, die zijn vastgesteld door het GIW. Er is nu één arbitrale instantie, de Stichting Arbitrage Instituut GIW woningen, die alle geschillen behandelt die zijn ontstaan naar aanleiding van de koop-/aannemingsovereenkomst en bijbehorende regelingen. Zie Asser – Van den Berg 2007, nr. 188.

bevoegd is de nakoming van haar daartegenover staande verplichtingen op te schorten. Artikel 6:262 BW spreekt heel algemeen van ‘verbintenis’. De inhoud van de verbintenis die de aannemer uit de eerste uitspraak met de opdrachtgever is aangegaan is ruimer dan het afleveren zonder technische of bouwkundige tekortkomingen. Er moet niet alleen worden gekeken naar dergelijke tekortkomingen, maar ruimer, namelijk naar een tekortkoming in de nakoming van de gehele verbintenis tussen de aannemer en de opdrachtgever. In de praktijk heeft dit echter tot gevolg dat het mogelijk is dat partijen bij meerdere arbitragegeraden of rechters een zaak aanhangig moeten maken. Dit is onder andere af te leiden uit de tweede genoemde zaak in deze paragraaf. De arbiter beslist dat de heer X niet ontvankelijk is in zijn vordering om gecompenseerd te worden voor de afwijkende perceelgrootte. Daarnaast beslist de arbiter dat hij zich niet kan uitlaten over het depotbedrag dat de heer X daarvoor vasthoudt. Tevens is uit de arbitragezaken af te leiden dat partijen zo nu en dan niet de juiste rechtsingang gebruiken om hun geschil op te lossen.²⁴

5.5.2.2 Analyse

De vraag die gesteld kan worden is of het wenselijk is dat er gelden in depot mogen worden gehouden voor elke tekortkoming in de nakoming, of dat deze bevoegdheid moet worden ingeperkt tot bijvoorbeeld alleen de gebreken genoemd in artikel 7:759 BW. Vanuit het oogpunt van de bescherming van de consument, de reden waarom de bepaling is gecreëerd, moet het antwoord luiden dat er gelden in depot mogen worden gehouden voor elke tekortkoming in de nakoming. Het is voor de opdrachtgever immers wenselijk om voor elke tekortkoming een pressiemiddel jegens de aannemer te hebben.

Het gevolg is echter dat voor kan komen dat de opdrachtgever en de aannemer zich tot verschillende arbitragegeraden en rechters moeten wenden indien er een geschil bestaat over de in depot gehouden gelden. Een gevolg dat tot onduidelijkheden voor partijen leidt en bovendien de efficiënte afwikkeling van een geschil niet ten goede komt. Deze aspecten komen de bescherming van de consument niet ten goede.

Samenvattende conclusies en aanbeveling

Op grond van artikel 7:768 BW heeft de opdrachtgever de bevoegdheid om een bedrag in depot te houden voor elke tekortkoming in de nakoming. Rechters en arbiters dienen deze bepaling ruim uit te leggen en niet te beperken tot slechts bouwkundige tekortkomingen en gebreken.

Door deze ruime uitleg is het mogelijk dat partijen zich voor tekortkomingen in de nakoming zowel tot de civiele rechter als tot de arbiter dienen te wenden. Dit komt een efficiënte afwikkeling van het geschil niet ten goede.

5.5.3 *Het vrijgeven van het bedrag dat in depot staat*

5.5.3.1 Knelpunten

Uit de arbitrage-uitspraken, uit een tuchtuitspraak en uit de gehouden interviews valt af te leiden dat er problemen zijn bij het uitbetalen van het depotbedrag door de notaris. Zo blijkt uit de arbitrage-uitspraken dat de notaris niet tot uitbetaling van het depotbedrag wil overgaan, als de uitspraak dit niet expliciet meldt.

Arbitraal vonnis (opleveringsarbitrage) met dossiernr 18042: Opdrachtgever start een zaak tegen een bouwondernemer en krijgt op een aantal punten gelijk. Er wordt een schadevergoeding toegekend.

Na deze uitspraak betaalt de bouwondernemer de schadevergoeding, maar de notaris wil de 5% (die nog in depot zat) pas uitkeren nadat de opdrachtgevers daar toestemming voor hebben gegeven. De bouwondernemer vindt dit geen goed idee, omdat hij bang is dat het geschil dan opnieuw wordt opgerakeld. Hij

²⁴ Zie bijvoorbeeld arbitraal vonnis (opleveringsarbitrage) met dossiernummer 17616, arbitraal vonnis met dossiernummer 16238, arbitraal vonnis met dossiernummer 17424.

had het prettig gevonden als er in een dergelijke arbitrage uitspraak automatisch iets over het bouwdepot wordt gezegd.

Uit een tuchtuitspraak blijkt dat het voor de partijen en voor de notaris niet duidelijk is welke rol de notaris speelt in een geschil omtrent het uitkeren van het depotbedrag.

Kamer van Toezicht te Amsterdam, 17 maart 2009, LJN YC0157: Een opdrachtgever stort de laatste 5% van de aanneemsom in depot bij de notaris. De aannemer verzoekt acht maanden later aan de notaris om het depot bedrag uit te keren. De opdrachtgever laat de notaris weten dat het werk van de aannemer nog niet is afgerond en dat het depot gehandhaafd moet worden. De notaris geeft aan de aannemer aan dat het geld bij hem veilig in depot staat en dat de aannemer de notaris niet meer moet lastig vallen met verzoeken, aanmaningen of sommaties. Na nog vier maanden geeft de opdrachtgever aan dat drie kwart van het depot bedrag mag worden uitgekeerd.

De Kamer van Toezicht geeft naar aanleiding van dit geschil aan dat een notaris zonder nadere vragen een depotbedrag mag aanvaarden als voor de notaris duidelijk is dat het om een depot in de zin van de 5% regeling gaat. Wel geeft de Kamer van Toezicht hierbij aan dat de notaris zich na de storting van het depot bedrag op de hoogte dient te stellen van de achterliggende afspraken tussen partijen. De notaris heeft hier een actieve rol in. Voor bovenstaand geschil geeft de Kamer van Toezicht aan dat, wanneer de notaris op de hoogte was geweest van de achterliggende afspraken, wellicht eventuele latere problemen voorkomen hadden kunnen worden. Tot slot geeft de Kamer van Toezicht aan dat het niet aan de notaris is om te beslissen over het geschil tussen partijen. De Kamer van Toezicht beslist dat aan de notaris geen tuchtrechtelijke maatregel wordt opgelegd.²⁵

Daarnaast wordt er door de bouwondernemers in de interviews gemeld dat de notaris vaak niet na drie maanden automatisch het depotbedrag uitkeert, zelfs niet als de opdrachtgever daar goedkeuring voor heeft gegeven (wat niet nodig is op grond van artikel 7:768 BW). De bouwondernemingen kunnen zich voorstellen dat de notaris navraagt of de opdrachtgever een beroep op 6:262 BW heeft gedaan in het kader van de zorgplicht die de notaris heeft. Nadeel hiervan is dat dit tot vertraging van de uitbetaling kan leiden. Indien een opdrachtgever aangeeft dat hij dat beroep niet heeft gedaan, dient de notaris zo spoedig mogelijk tot uitkering over te gaan.

Uit de praktijkervaringen blijkt duidelijk dat het voor de notaris in sommige gevallen onduidelijk is wanneer hij tot uitbetaling van het bedrag dat na de oplevering nog in depot staat, mag overgaan. Zie ook het volgende voorbeeld dat is ontleend uit een artikel van Storm naar aanleiding van vragen die aan het Notarieel Juridisch Bureau zijn gesteld.²⁶

Aannemer A sluit met particulier opdrachtgever C een koop-/aannemingsovereenkomst strekkende tot de bouw van een woning voor C. C stort de laatste 5% van de aanneemsom op de kwaliteitsrekening van de notaris. Bij de oplevering wordt door C geconstateerd dat de woning nogal wat gebreken vertoont. Deze gebreken worden vermeld in het proces-verbaal van oplevering. A gaat voortvarend aan de slag om de gebreken te verhelpen en meldt drie weken na de oplevering aan C dat de werkzaamheden zijn voltooid. Vervolgens ondertekent C, in de veronderstelling dat de gebreken zijn hersteld, het proces-verbaal voor de tweede keer, ten blijke van zijn akkoord met het herstel. A wendt zich onmiddellijk tot de notaris en verzoekt om uitbetaling van de laatste 5%. Mag de notaris uitbetalen, nu de wettelijke onderhoudstermijn van drie maanden nog niet voorbij is?

Storm geeft naar aanleiding van dit voorbeeld aan dat er alleen tijdens de wettelijke onderhoudstermijn mag worden uitbetaald indien de opdrachtgever hiervoor uitdrukkelijk toestemming heeft gegeven. Het ondertekenen van het proces-verbaal ten teken dat alle tot dan toe kenbare gebreken zijn hersteld kan niet worden gezien als een dergelijke toestemming tot uitbetaling.²⁷ De notaris zal in bovenstaand geval of aan

²⁵ Voor zover hier van belang heeft de Notariskamer van het Gerechtshof Amsterdam in hoger beroep de uitspraak van de Kamer van Toezicht bevestigd. Gerechtshof Amsterdam 22 september 2009, LJN BK1595.

²⁶ Storm 2006.

²⁷ Storm 2006.

de opdrachtgever expliciet toestemming moeten vragen tot uitbetaling of moeten wachten tot de drie maanden termijn is verstreken.

Naast de problemen die spelen met betrekking tot het uitbetalen van het depotbedrag door de notaris is aan de hand van de arbitrage-uitspraken te zien dat het niet specificeren van het depotbedrag door de opdrachtgever ook leidt tot vertraging in de uitbetaling van het depotbedrag. In de hierboven genoemde uitspraak met nummer 19134 had de opdrachtgever aangegeven welk gedeelte van het depotbedrag hij voor welke tekortkomingen in depot hield. De arbiter kon op die manier onderscheid maken tussen de verschillende bedragen en bij de klachten die binnen zijn beslissingsbevoegdheid vielen ook iets aangeven over het al dan niet gerechtvaardigd in stand houden van die depotbedragen. Daarnaast bleef een gedeelte van het depotbedrag in stand dat zag op een tekortkoming waarover de arbiter geen beslissing mocht nemen. De opdrachtgever specificeert echter lang niet altijd welke bedragen hij voor welke tekortkomingen in depot houdt.

Arbitraal vonnis (opleveringsarbitrage) met dossiernr. 17610: De opdrachtgever houdt een bedrag in depot met betrekking tot twee tekortkomingen. Opdrachtgever heeft niet aangegeven welk bedrag hij voor welke tekortkoming in depot houdt. De arbiter beslist dat voor de eerste tekortkoming een depotbedrag van € 1000,- gerechtvaardigd is. Voor de tweede tekortkoming dient er een deskundigenbericht te worden uitgebracht. De arbiter houdt de beslissing terzake de handhaving van het gehele depot aan totdat het deskundigenbericht binnen is.

Arbitraal vonnis (opleveringsarbitrage) met dossiernr. 18042: De opdrachtgever heeft een aantal tekortkomingen geconstateerd. De arbiter beslist dat een aantal van deze tekortkomingen terecht zijn geconstateerd en geeft daarbij aan dat met betrekking tot deze tekortkomingen handhaving van een depotbedrag van € 1500,- gerechtvaardigd is. Een aantal tekortkomingen is volgens de arbiter niet terecht geconstateerd en met betrekking tot één tekortkoming verklaart de arbiter zich niet ontvankelijk. Vanwege het feit dat de opdrachtgever niet heeft aangegeven voor welke tekortkomingen hij welke bedragen in depot houdt, houdt de arbiter de beslissing omtrent de vrijgave van het depot aan en stelt hij de opdrachtgever in de gelegenheid om de specificatie alsnog kenbaar te maken.

Arbitraal vonnis (opleveringsarbitrage) met dossiernr. 17959: De aannemer eist vrijgave van het depotbedrag. De opdrachtgever is echter van mening dat er nog een aantal tekortkomingen zijn, waardoor het in stand houden van het depot gerechtvaardigd is. De arbiter behandelt drie tekortkomingen die de opdrachtgever naar voren heeft gebracht. De overige tekortkomingen zijn niet ontvankelijk verklaard. De arbiter oordeelt dat één van de vermeende tekortkomingen geen tekortkoming is en dat voor de andere twee tekortkomingen, waaronder gebrekkig schilderwerk, een schadevergoeding van € 1.250,00 dient te worden uitgekeerd. De aannemer heeft aangegeven dat het depotbedrag in verband met de afronding van het schilderwerk in stand wordt gehouden. De arbiter beslist met betrekking tot het depotbedrag dat dit aan de aannemer dient te worden uitgekeerd voor zover het een bedrag van € 1.250,- te boven gaat. Hij geeft daarbij niet aan wanneer de laatste € 1.250,- dient vrij te vallen.

5.5.3.2 Analyse

Uit het bovenstaande kan worden afgeleid dat er bij de aannemer, de opdrachtgever en de notaris onduidelijkheden bestaan over het tijdstip van uitbetalen door de notaris. De wet is echter in beginsel duidelijk over de tijdstippen wanneer tot betaling dient te worden overgegaan. Dit is onder meer het geval op het moment dat de onderhoudstermijn is verstreken, zonder dat de opdrachtgever een beroep op artikel 6:262 BW heeft gedaan. Dit laat onverlet dat de opdrachtgever voldoende moet worden voorgelicht over de onderhoudstermijn en de procedure er om heen. Het is echter niet vereist dat de notaris tegen het einde van de onderhoudstermijn of vlak na het eindigen van die onderhoudstermijn uitdrukkelijk toestemming vraagt aan de opdrachtgever om tot uitbetaling over te gaan.

Ook kan zich de situatie voordoen dat de opdrachtgever uitdrukkelijk toestemming geeft om tot uitbetaling over te gaan. Dit is bijvoorbeeld het geval indien de opdrachtgever, nadat hij een beroep op artikel 6:262 BW heeft gedaan, van mening is dat de gebleken gebreken naar tevredenheid zijn hersteld. Er zal hierbij steeds sprake moeten zijn van een uitdrukkelijke toestemming van de opdrachtgever om het

depotbedrag uit te keren. Bij twijfel over de toestemming zal de notaris een nadere bevestiging moeten vragen aan de opdrachtgever.

Bij een tussen partijen bindende uitspraak is het mogelijk dat over een geschil tussen partijen wordt beslist, zonder dat het al dan niet uitkeren van de depotgelden aan de orde is gekomen. Mag een notaris nu tot uitbetaling van de gelden overgaan, ervan uitgaande dat, nu het geschil is opgelost, de gelden niet langer gerechtvaardigd in depot worden gehouden? De tekst van de wet is duidelijk; artikel 7:768 lid 3 BW geeft aan dat de notaris de gelden in de macht van de aannemer brengt op het moment dat er een uitspraak is, die partijen bindt, waarin is beslist dat het depot niet of niet langer gerechtvaardigd is. Hieruit is af te leiden dat er specifiek iets over de depotgelden dient te worden gezegd in de uitspraak. Een tweede vraag is of een arbiter of rechter ambtshalve een beslissing dient te nemen over de gelden die in depot staan. Het in depot houden van de gelden door de opdrachtgever kan een op zichzelf staand geschil zijn tussen de aannemer en de opdrachtgever. In dat geval zal de arbiter of rechter een duidelijke uitspraak doen over het al dan niet in depot houden van de gelden. Het komt echter ook voor dat er een ander geschil speelt, bijvoorbeeld over het tijdstip van ontstaan van een bouwkundig gebrek. In dat geval wordt niet in alle gevallen aan de arbiter of rechter een beslissing omtrent de depotgelden gevraagd. Om een tweede rechtsgang of gang naar de arbiter te voorkomen zou onderzocht moeten worden welke ambtshalve bevoegdheden aan een arbiter of rechter zouden kunnen worden toegekend om tot een beslissing te kunnen komen over de depotgelden.

Er is niet gebleken dat er problemen zijn bij het uitbetalen van het depot bedrag op het moment dat de aannemer vervangende zekerheid stelt.

Een ander aspect dat bij het uitbetalen van het depotbedrag speelt is de rol van de notaris. Zoals uit de bovenstaande tuchtspraak blijkt is niet geheel duidelijk wat de rol van de notaris is bij een geschil over het al dan niet in depot houden van de gelden. Op grond van de wet lijkt er in die situatie geen grote rol aan de notaris te zijn toegeedeeld. Immers, hij moet in bovenstaande situatie of wachten tot de opdrachtgever toestemming geeft om tot uitbetaling over te gaan of naar aanleiding van een uitspraak van een arbiter of rechter tot uitbetaling over gaan. De tuchtrechter lijkt de notaris echter een grotere rol toe te delen. Volgens de tuchtrechter moet de notaris, nadat hij de gelden heeft ontvangen, actief navraag doen naar eventuele afspraken tussen de aannemer en de opdrachtgever omtrent de depotgelden. Daarbij moet aangetekend worden dat het mogelijk is dat een dergelijke afspraak niet bestaat. De opdrachtgever heeft immers de bevoegdheid om zonder achterliggende reden drie maanden lang 5% in depot te houden. Het vragen naar achterliggende afspraken heeft volgens het onderzoeksteam dan ook alleen nut indien de opdrachtgever aangeeft dat (een gedeelte van) het depotbedrag ook na drie maanden na de oplevering gehandhaafd moet blijven.

Uit de aangehaalde uitspraak van de tuchtrechter blijkt verder dat het niet aan de notaris is om te beslissen over een geschil tussen partijen omtrent het in depot houden van de gelden. De vraag die dan gesteld kan worden is welke rol er voor de notaris overblijft. Dient hij, nadat hij van de nadere afspraken tussen partijen op de hoogte is, partijen te adviseren over deze afspraken ter voorkoming van een geschil? Het is maar zeer de vraag of de notaris hierin een grote rol kan spelen. De notaris zou in dat geval bijvoorbeeld kennis moeten hebben van bouwkundige constructies en mogelijke gebreken. Of dient hij partijen te wijzen op de mogelijkheden om tot een oplossing van het geschil te komen? Onder dit laatste zou dan bijvoorbeeld kunnen vallen dat de notaris de partijen doorverwijst naar een arbiter of een rechter. Partijen zullen echter in het overgrote deel van de gevallen reeds van deze mogelijkheid op de hoogte zijn, omdat dit ook in de koop-/ aannemingsovereenkomsten aan de orde komt.²⁸

²⁸ Zie artikel 14 van de Koop-/aannemingsovereenkomst voor eengezinshuizen met toepassing van de GIW Garantie- en waarborgregeling welke is vastgesteld door het GIW op 1 januari 2007 en artikel 16 van de koop-/aannemingsovereenkomst voor appartementsrechten met toepassing van de GIW Garantie- en waarborgregeling welke is vastgesteld door het GIW op 1 januari 2007.

Een reden waarom de wetenschap van de achterliggende afspraken wel van belang kan zijn, is dat de notaris een beeld heeft van bijvoorbeeld de nog te verrichten werkzaamheden. Op het moment dat de aannemer aangeeft dat deze werkzaamheden zijn verricht, kan de notaris de opdrachtgever benaderen om zijn visie op de mededeling van de aannemer te geven. Mocht de opdrachtgever beamen dat alle werkzaamheden naar tevredenheid zijn verricht, dan kan de notaris de opdrachtgever vragen om toestemming om de depotgelden aan de aannemer uit te keren. Mocht de opdrachtgever van mening zijn dat er nog werkzaamheden moeten worden verricht dan kan de notaris partijen wijzen op de mogelijkheden om het ontstane geschil te beslechten. Het voordeel dat in deze situatie wordt bereikt is dat de mogelijke procedures een sneller verloop hebben.

Uit de drie hiervoor vermelde uitspraken die zijn beschreven in het kader van de specificatie van het depotbedrag blijkt dat het niet specificeren van het depotbedrag tot vertraging in de uitkering van het depotbedrag kan leiden. Indien de opdrachtgever in de eerste uitspraak (dossiernr. 17610) zijn depotbedrag had gespecificeerd, dan had een gedeelte wellicht al uitgekeerd kunnen worden als bleek dat de opdrachtgever voor de eerste tekortkoming een bedrag van meer dan € 1.000,00 in depot had gehouden. De beslissing in de tweede uitspraak (dossiernr. 17402) omtrent het depotbedrag had bij een eerdere specificatie niet aangehouden te hoeven worden.

Bij de derde uitspraak (dossiernr. 17959) is opvallend dat de aannemer aangeeft waarvoor het depotbedrag is aangehouden. Het onderzoeksteam gaat ervan uit dat de opdrachtgever met de specificatie van de aannemer heeft ingestemd. Vervolgens laat deze uitspraak goed zien wat het voordeel van de specificatie is. Ondanks dat er volgens de opdrachtgever nog meerdere tekortkomingen zijn, kan toch iets gezegd worden over het totale depotbedrag, omdat het depotbedrag niet op die overige tekortkomingen ziet.

Het specificeren van het depotbedrag leidt ertoe dat overzichtelijk is welke bedragen voor welke tekortkomingen worden ingehouden. Een arbiter of rechter kan op die manier eenvoudig bepalen of een bepaald bedrag gerechtvaardigd in stand wordt gehouden. Tevens leidt het ertoe dat een opdrachtgever zich bewust met de hoogte van het depotbedrag bezig houdt. Dat zou wellicht de proportionaliteit van het bedrag ten goede kunnen komen. Zie voor deze laatste opmerking ook de volgende paragraaf.

Samenvattende conclusies en aanbevelingen

De KNB dient haar leden duidelijk te informeren wanneer en op welke wijze de notaris de gelden die in depot staan in de macht van de aannemer dient te brengen. De gelden moeten in ieder geval in de macht van de aannemer worden gebracht indien de onderhoudstermijn eindigt zonder dat de opdrachtgever heeft aangegeven dat hij een beroep op zijn opschortingsrecht wil doen. Daarnaast moeten de gelden in de macht van de aannemer worden gebracht op het moment dat de opdrachtgever daarvoor toestemming geeft of indien bij een uitspraak die partijen bindt uitdrukkelijk is beslist dat het depot niet (langer) gerechtvaardigd is. Tenslotte moeten de gelden in de macht van de aannemer worden gebracht op het moment dat de aannemer vervangende zekerheid heeft gesteld.

Daarnaast dient de KNB haar leden te informeren over de rol de notaris heeft, nadat er depotgelden op zijn derdengeldenrekening zijn gestort.

Er dient bekeken te worden of er mogelijkheden zijn om aan de arbiter of de rechter bevoegdheden toe te kennen om een uitspraak te kunnen doen over de depotgelden in een geschil over gebreken na de oplevering van een woning waarin niet uitdrukkelijk om een uitspraak omtrent de depotgelden is gevraagd.

In koop/aannemingsovereenkomsten dient standaard te worden opgenomen dat, indien de opdrachtgever na de onderhoudstermijn besluit om van zijn opschortingsrecht van artikel 6:262 BW gebruik te maken, hij specificeert welk bedrag hij voor welke tekortkoming in depot houdt.

5.5.4 *Het in depot gehouden bedrag is disproportioneel*

5.5.4.1 Knelpunten

De arbitrage-uitspraken en de interviews laten zien dat het bedrag, dat na gebleken gebreken in depot wordt gehouden door de opdrachtgever, vaak niet in overeenstemming is met de ernst van het gebrek.

Hierbij kan worden gedacht aan het in depot houden van een bedrag van € 1.000,- voor het aanbrengen van een naamplaatje of het in depot houden van een bedrag van € 2.500,- voor het vervangen van enkele gescheurde tegels in de badkamer.

Het in depot houden van een disproportioneel bedrag heeft volgens de bouwondernemers te maken met het feit dat de opdrachtgever mag bepalen welk bedrag in depot wordt gehouden. De bouwondernemers zouden op dit punt graag een actievere rol van de notaris zien.

Er is een groot aantal arbitrage-uitspraken dat (mede) over deze problematiek handelt.²⁹ Een voorbeeld is de arbitrage-uitspraak (opleveringsarbitrage) met dossiernummer 16148:

In deze zaak heeft bouwondernemer BV A een zaak aangespannen tegen de heer X. BV A vordert uitbetaling van het depot bedrag van € 25.615 en daarbij 10% rente vanaf de dag van oplevering. De gebreken waarvoor de heer X het bedrag in depot heeft laten staan zijn verstopte leidingen, beschadigd schilderwerk en beschadigde waterslagen. Alle gebreken zijn binnen drie maanden na de oplevering gemeld en geen van deze gebreken is hersteld ten tijde van de arbitrage procedure. De arbiter beslist dat de heer X een bepaald bedrag in depot mag houden totdat de gemelde gebreken zijn hersteld, maar dat het huidige bedrag dat in depot staat niet in een redelijke verhouding staat tot de gemelde gebreken. De arbiter beslist dat het depot moet worden vrijgegeven voor zover het een bedrag van € 5.000,- te boven gaat. Tevens beslist de arbiter dat er een wettelijke rente verschuldigd is vanaf de eerste dag na de wettelijke onderhoudstermijn tot aan de voldoening door de heer X.³⁰

Opvallend is dat in de meeste gevallen waarin vrijgave van (een gedeelte van) het depotbedrag wordt gevorderd, er geen schadevergoeding wordt gevorderd door de aannemer.³¹ Een enkele aannemer die schadevergoeding vordert, vraagt een bedrag dat hoger is dan de wettelijke rente.³² In de arbitragezaken waarin schadevergoeding wordt gevorderd, veroordeelt de arbiter de opdrachtgever in vrijwel alle gevallen tot het betalen van de wettelijke rente over het gedeelte van het depotbedrag dat moet worden vrijgegeven.³³

5.5.4.2 Analyse

De wetgever heeft aan de opdrachtgever de bevoegdheid gegeven om te bepalen welk bedrag in depot blijft bij de notaris als de opdrachtgever een beroep op artikel 6:262 BW doet. Helaas zwijgt de parlementaire geschiedenis over hoe de opdrachtgever de hoogte van dit bedrag dient vast te stellen. Op grond van de redelijkheid en billijkheid kan echter worden bepaald dat het bedrag dat de opdrachtgever in depot houdt in redelijke verhouding moet staan tot de geconstateerde gebreken. Uit de arbitrage-uitspraken is af te leiden dat deze opvatting ook door de arbiters wordt gehuldigd.

²⁹ Zie bijvoorbeeld het eerder genoemde arbitraal vonnis (opleveringsarbitrage) met dossiernummer 17514, arbitraal vonnis (opleveringsarbitrage) met dossiernummer 16026, arbitraal vonnis (opleveringsarbitrage) met dossiernummers 17076 en 16881.

³⁰ De arbiter baseert deze laatste beslissing op artikel 14A van de Algemene Voorwaarden. Bedoeld worden de Algemene Voorwaarden behorende bij de koop-/aannemingsovereenkomst voor appartementsrechten met toepassing van de GIW Garantie- en waarborgregeling welke zijn vastgesteld door het GIW op 1 januari 2003. Dit artikel komt overeen met hetgeen is bepaald in artikel 7:768 lid 4 BW.

³¹ Zie bijvoorbeeld arbitraal vonnis (opleveringsarbitrage) met dossiernummer 17362, arbitraal vonnis (opleveringsarbitrage) met dossiernummer 17245, arbitraal vonnis (opleveringsarbitrage) met dossiernummer 17606.

³² Zie bijvoorbeeld arbitraal vonnis (opleveringsarbitrage) met dossiernummer 15861.

³³ Zie bijvoorbeeld arbitraal vonnis (opleveringsarbitrage) met dossiernummer 19239, arbitraal vonnis (opleveringsarbitrage) met dossiernummer 16610, arbitraal vonnis (opleveringsarbitrage) met dossiernummer 18364.

Zoals aangegeven is het bedrag dat de opdrachtgevers in depot houden vaak niet proportioneel. Een niet proportioneel bedrag is met name problematisch op het moment dat er een geschil bestaat over het herstel van een tekortkoming in de nakoming en over de hoogte van het bedrag dat in depot staat. De aannemer dient nu via een arbiter of rechter te proberen om (een deel van) het depotbedrag te ontvangen. Mocht de arbiter of de rechter de aannemer in het gelijk stellen dan is het mogelijk dat de opdrachtgever een schadevergoeding aan de aannemer verschuldigd is. Artikel 7:768 lid 4 BW bepaalt dat deze schadevergoeding wordt gesteld op de wettelijke rente die wordt omschreven in artikel 6:119 BW. De opdrachtgever heeft er om die reden belang bij dat hij een proportioneel bedrag in depot houdt. De zorgplicht van de notaris brengt met zich dat de notaris de opdrachtgever dient te wijzen op de gevolgen van een niet proportioneel in depot gehouden bedrag.

Naast het bovengenoemde voorbeeld, waarbij de proportionaliteit objectief gezien ver te zoeken is, is het ook mogelijk dat de opdrachtgever en de aannemer een discussie hebben over bijvoorbeeld de daadwerkelijke kosten van herstel van een bouwkundig gebrek. Een dergelijk probleem zou kunnen worden verholpen door het aanvragen van meerdere offertes en het daaruit voortvloeiende gemiddelde bedrag in depot te houden. Een mogelijkheid van het aanvragen van de offertes is de volgende. De aannemer brengt een offerte uit en de opdrachtgever vraagt een offerte op bij een aannemer naar keuze. De aannemer en de door de opdrachtgever gekozen aannemer kiezen vervolgens een derde aannemer die ook een offerte uitbrengt. Het gemiddelde bedrag van deze offertes is het bedrag dat voor het bouwkundige gebrek in depot wordt gehouden. Gedurende de procedure van het aanvragen van offertes blijft het oorspronkelijk door de opdrachtgever in depot gehouden bedrag in stand. De beschrijving van een dergelijke procedure zou wellicht onderdeel van algemene voorwaarden bij standaard koop-/aannemingsovereenkomsten uit kunnen maken.

Het onderzoeksteam staat niet geheel achter de oplossing die door bouwondernemers wordt aangedragen, te weten dat de notaris een actievare rol zou moeten spelen bij het bepalen van een proportioneel bedrag. Dit heeft te maken met het feit dat de notaris niet op de hoogte is, en ook niet hoeft te zijn, van de bedragen die aan het herstel van bepaalde werkzaamheden moet worden toegekend. Bovendien zou de notaris in dat geval beslissen over het geschil tussen de aannemer en de opdrachtgever. Uit de in paragraaf 5.5.3.1 genoemde uitspraak van de Kamer van Toezicht volgt dat het niet aan de notaris is om een beslissing te nemen in een geschil tussen partijen. Het onderzoeksteam is echter wel van mening dat de notaris enige actie moet ondernemen bij een dergelijk geschil.³⁴ Wat de omvang van die actie is, is in algemene bewoordingen al omschreven in paragraaf 5.5.3.2. Gezien het feit dat de notaris dient te informeren naar de achterliggende afspraken, is hij op de hoogte van de onenigheid omtrent de hoogte van het depotbedrag. Naast het feit dat de notaris de opdrachtgever dient te wijzen op de eventueel verschuldigde wettelijke rente, indien er ten onrechte een (te hoog) bedrag in depot wordt gehouden, zou de notaris partijen kunnen wijzen op de hierboven genoemde oplossing door het opvragen van offertes.

Het vorderen van schadevergoeding in de vorm van wettelijke rente is nog geen algemeen gebruik. Dit is opvallend gezien het grote aantal zaken waarin een disproportioneel bedrag in depot wordt gehouden door de opdrachtgever. Niet duidelijk is wat de reden is van het niet vorderen van schadevergoeding. Temeer nu deze schadevergoeding juist ziet op het onterecht in depot houden van gelden.

Samenvattende conclusie en aanbeveling

De opdrachtgever dient op de hoogte te zijn van het feit dat een eventueel in depot gehouden bedrag in verhouding dient te zijn met de tekortkoming in de nakoming. De zorgplicht van de notaris maakt dat in ieder geval de notaris de opdrachtgever hierop dient te wijzen. Bovendien dient de notaris op grond van zijn zorgplicht de opdrachtgever te waarschuwen voor de mogelijke plicht tot schadevergoeding indien de opdrachtgever een buiten proportioneel bedrag in depot houdt. Het is echter niet aan de notaris om een beslissing te nemen over de hoogte van het depotbedrag.

³⁴ Zie ook de in paragraaf 5.5.3.1 genoemde uitspraak van de Kamer van Toezicht.

Indien er discussie bestaat over wat de daadwerkelijke kosten zijn voor het herstel van een bouwkundige tekortkoming of gebrek zou hiervoor een aantal offertes kunnen worden aangevraagd via een tevoren vastgelegde procedure. Een dergelijke procedure kan wellicht worden vastgelegd in de algemene voorwaarden behorende bij standaard koop-/aannemings-overeenkomsten.

Het vorderen van een schadevergoeding door de aannemer wegens het onterecht in depot houden van een gedeelte van de aanneemsom is nog geen algemeen gebruik.

5.5.5 De 5% regeling en de oplevering van een appartementsrecht

5.5.5.1 Knelpunten

Bij de bouw van een appartementencomplex kan zich de situatie voordoen dat er na de oplevering van het complex en voor het einde van de drie maanden termijn een gebrek wordt geconstateerd in een gemeenschappelijk gedeelte. De vraag die hierbij in de praktijk naar voren is gekomen, is of een appartementseigenaar 5% van zijn aanneemsom in depot mag houden voor een gebrek aan een gemeenschappelijk gedeelte.

Storm geeft naar aanleiding van deze vraag aan, dat voor deze problematiek uit de wet en uit de ratio van de regeling³⁵ voortvloeit dat de 5% regeling betrekking heeft op de oplevering van een privé gedeelte, maar ook op de oplevering van de gemeenschappelijke delen van het appartementencomplex.³⁶

Op aanwijzing van Chao-Duvis heeft het college van arbiters van het GIW het standpunt ingenomen dat de 5% regeling ook van toepassing is op de gemeenschappelijke gedeelten. Dit is inmiddels ook toegepast in een arbitragezaak met dossiernummer 16135. In deze zaak speelde onder andere het volgende:

Na de oplevering van een privé gedeelte in een appartementscomplex worden enkele gebreken zichtbaar. De koper van het appartement houdt vanwege deze gebreken gelden in depot bij de notaris en start een arbitragezaak. Eén van de door koper aangevoerde gebreken heeft betrekking op een gemeenschappelijk gedeelte van het appartementencomplex, te weten de buitenzijde van de gevel. Met betrekking tot de mogelijkheid om gelden in depot te houden voor gebreken aan een gemeenschappelijk gedeelte overweegt de arbiter dat het in beginsel is toegestaan om het opschortingsrecht aan te wenden als zekerheid voor herstel van deze gebreken. Ter onderbouwing stelt de arbiter: “dat waar in de Algemene Voorwaarden en de Algemene Toelichting³⁷ behorende bij de koop-/aannemingsovereenkomst ten aanzien van de 5% alleen wordt gesproken over privégedeelten, in artikel 7:768 lid 2 Burgerlijk Wetboek wordt gesproken over “oplevering” en geen onderscheid is gemaakt ten aanzien van oplevering van de privégedeelten en oplevering van de algemene delen van een appartementencomplex. Artikel 11 lid 2 van de Algemene Voorwaarden sluit hierbij aan, nu daarin gesteld wordt dat de verplichtingen van verweerster die voortkomen uit de met verzoeker aangegane aannemingsovereenkomst een ondeelbare verbintenis vormen ten aanzien van de oplevering van het gebouw, die verweerster tegenover verzoeker verplicht is in haar geheel na te komen.”

Vervolgens overweegt de arbiter dat: “nu verzoeker naast gerechtigd te zijn tot het uitsluitend gebruik van een privégedeelte tevens medegerechtigd is in het gehele appartementencomplex, het niet in overeenstemming zou zijn met artikel 7:769 Burgerlijk Wetboek wanneer op basis van hetgeen bepaald is in de koop-/aannemingsovereenkomst aangenomen zou worden dat slechts opgeschort kan worden voor gebreken aan het privégedeelte, daar in artikel 7:769 Burgerlijk Wetboek is bepaald dat niet ten nadele van de koper kan worden afgeweken van artikel 7:768 Burgerlijk Wetboek en, voor zover nodig voor de toepassing van dit artikel, van artikel 6:262 Burgerlijk Wetboek.”

Tenslotte geeft de arbiter nog aan: “dat verweerster zich jegens verzoeker als deelgerechtigde in het geheel onder meer verbonden heeft het gebouw, waarvan het aan verzoeker verkochte appartementsrecht een

³⁵ Storm noemt zelf een voorbeeld waarbij zij haar conclusie mede baseert op een gebruikt modelcontract.

³⁶ Storm 2007.

³⁷ Bedoeld worden de Algemene Voorwaarden en de Algemene Toelichting behorende bij de koop-/aannemingsovereenkomst voor appartementsrechten met toepassing van de GIW Garantie- en waarborgregeling welke zijn vastgesteld door het GIW op 1 januari 2007.

aandeel uitmaakt, af te bouwen. Verweerster is derhalve zijn verplichting ten aanzien van verkrijger eerst nagekomen nadat het gehele gebouw, inhoudende de algemene delen en de privégedeelten, is opgeleverd. Een redelijke uitleg van artikel 15 van de Algemene Voorwaarden voor de koop-/aannemingsovereenkomst conform de (dwingendrechtelijke) bepaling van artikel 7:768 Burgerlijk Wetboek brengt derhalve met zich mee dat de termijn van drie maanden, zoals genoemd in artikel 7:768 lid 2 Burgerlijk Wetboek, eerst ingaat op de dag van oplevering van de algemene delen.”

Er blijven echter onduidelijkheden bestaan. Bijvoorbeeld over de vragen wie mag inhouden, en hoeveel er mag worden ingehouden.³⁸ Storm geeft met betrekking tot deze vragen aan dat een redelijke uitleg van de 5% regeling meebrengt dat het door de opdrachtgever in te houden bedrag overeen moet stemmen met hetgeen hij naar rato van zijn aandeel in de gemeenschap moet bijdragen aan de gemeenschappelijke delen.³⁹ Ook is er een arbitrage-uitspraak die gedeeltelijk op deze vragen ziet. Tevens wordt er een antwoord gegeven op de vraag wie er namens de appartementseigenaren in rechte mag opkomen met betrekking tot een dergelijke terkorkoming.⁴⁰

Arbitraal vonnis (opleveringsarbitrage) met dossiernr 17059: De aannemer vordert in deze zaak vrijgave van het depot. Het in stand houden van het depot is volgens hem niet langer gerechtvaardigd, omdat er geen tekortkomingen meer zijn met betrekking tot het appartement. De eigenaar van het appartement is echter van mening dat er nog wel een tekortkoming is. Het balkon voldoet volgens de eigenaar niet aan de daaraan te stellen eisen, omdat ‘de kieren tussen de planken waarvan de vloer van zijn balkon is gemaakt dusdanig groot zijn dat vocht en vuil hier gemakkelijk doorheen vallen, hetgeen overlast geeft bij zijn onderburen’. Het balkon valt onder het gemeenschappelijke gedeelte van het appartementencomplex. De arbiter geeft eerst aan waarom een eigenaar van een appartement in beginsel bevoegd is om zijn opschortingsrecht aan te wenden voor tekortkomingen aan een gemeenschappelijk gedeelte van een appartementencomplex. Vervolgens geeft hij met betrekking tot de vraag wie de nakoming van de tekortkoming mag vorderen en hoe hoog het bedrag mag zijn dat in depot wordt gehouden aan: “Arbiter overweegt dat ingevolge de Algemene Voorwaarden behorende bij de koop-/aannemingsovereenkomst een appartementseigenaar alleen en zonder medewerking van zijn medeverkrijgers uitvoering van de aannemingsovereenkomst kan vorderen, tenzij daardoor enig recht van zijn medeverkrijgers zal worden aangetast of daardoor nadeel zal worden toegebracht aan een ander gedeelte van het gebouw dan het privégedeelte. Dit betekent dat verweerder (de appartementseigenaar red.) alleen en zonder medewerking van zijn medeverkrijgers in rechte kan opkomen ter zake een gebrek aan de gemeenschappelijke gedeelten, tenzij daardoor enig recht van zijn medeverkrijgers zal worden aangetast. In dat geval kan terzake het gebrek uitsluitend de Vereniging van Eigenaars in rechte opkomen.”

Vervolgens geeft de arbiter aan dat in onderhavige zaak niet kan worden uitgesloten dat er ook rechten van medeverkrijgers in het geding zijn. Op grond daarvan kan de arbiter zich niet uitlaten over de gegrondheid van het geschil. Wel geeft de arbiter met betrekking tot het depotbedrag nog aan dat niet kan worden gesteld dat dit niet langer gerechtvaardigd is, omdat niet kan worden gesteld dat door de appartementseigenaar op geen enkele wijze aannemelijk is gemaakt dat er sprake is van een gebrek.

Helaas wordt niet duidelijk wat de omvang van het depotbedrag is en hoe het bedrag tot stand is gekomen.

5.5.5.2 Analyse

Dat de eigenaar van een appartementsrecht gelden in depot mag houden voor een gebrek aan een gemeenschappelijk gedeelte lijkt inmiddels algemeen aanvaard. Over de exacte uitwerking van het in depot houden van gelden die betrekking hebben op herstel van een gemeenschappelijk gedeelte bestaat echter nog veel onduidelijkheid.

Ten eerste is de vraag hoeveel een appartementseigenaar in depot mag houden. Is dat het totale bedrag dat nodig is voor het herstel van het gebrek voor zover dit bedrag de 5% niet overtreft? Deze vraag hangt samen met de vraag of alle appartementseigenaren een bedrag mogen inhouden voor een gebrek aan een

³⁸ Het GIW geeft aan dat het op de weg van de wetgever ligt om duidelijkheid in deze problematiek te scheppen.

³⁹ Storm 2007.

⁴⁰ Zie ook artikel 5:126 lid 2 BW.

gemeenschappelijk gedeelte. Immers, als alle appartementseigenaren een gedeelte van het bedrag in mogen houden, is het niet mogelijk dat één appartementseigenaar het volledige bedrag inhoudt. Een voorbeeld ter verduidelijking van de problematiek die hier speelt.

Er wordt een appartementencomplex gebouwd met zestig appartementen en drie ingangen. Alle appartementseigenaren worden voor een gelijk deel eigenaar van het complex. Daarnaast dragen ze elk voor een gelijk deel bij aan de onderhoudskosten. Het appartementencomplex telt vijf verdiepingen. Elke ingang geeft toegang tot twintig appartementen. Bovendien bevat elke ingang een hal met daarin een trap en een lift. Twee weken na de volledige oplevering (het moment waarop alle appartementen zijn opgeleverd), blijkt de lift bij de meest linkse ingang niet goed te werken. De kosten voor herstel worden al vrij snel vastgesteld op € 6.000,-.

Indien alle appartementseigenaren bevoegd zijn om voor dit gebrek een deel in depot te houden, welk deel wordt bepaald door het aandeel van de appartementseigenaren in de gemeenschap⁴¹, dan houdt dat in dat elke appartementseigenaar € 100,- in depot mag houden. Problemen kunnen hier echter ontstaan indien niet alle appartementseigenaren gebruik maken van de onderhoudstermijn. Dat dit geen zuiver theoretische vraag is blijkt uit de enquêtes. De enquêtes die zijn ingevuld door de notarissen en de opdrachtgevers laten duidelijk zien dat het gebruik van de wettelijke onderhoudstermijn nog geen algemeen gebruik is. De vraag is wat dan de regel is. Mogen de appartementseigenaren die wel gebruik maken van de onderhoudstermijn dan een hoger bedrag in depot houden? Of mag er in dat geval nog steeds maximaal € 100,- per appartementseigenaar worden ingehouden? Hetzelfde geldt indien er appartementseigenaren zijn die weliswaar van de onderhoudstermijn gebruik maken, maar voor dit specifieke gebrek geen bedrag in depot willen houden.

Een andere opvatting is dat alleen de appartementseigenaren die daadwerkelijk gebruik maken van het gemeenschappelijke gedeelte met het gebrek een bedrag in depot mogen houden. De verhouding waarin de gelden in depot mogen worden gehouden, speelt ook bij deze aanname

Een volgend probleem kan zich voordoen als niet duidelijk is welk bedrag proportioneel is om voor een gebrek aan een gemeenschappelijk gedeelte in depot te houden. De in de vorige paragraaf gegeven oplossing voor dit probleem werkt hier maar ten dele. Er kan immers moeilijk van alle appartementseigenaren worden verwacht dat ze een offerte aanvragen. Wellicht dat de Vereniging van Eigenaren hier een rol bij kan spelen in die zin dat deze namens de appartementseigenaren een offerte aanvraagt.

De arbiter geeft in bovengenoemde uitspraak aan dat de drie maanden termijn pas ingaat op het moment dat de totale oplevering heeft plaatsgevonden. Dit is het moment dat het laatste appartement wordt opgeleverd. De kans is echter groot dat niet alle appartementen tegelijk worden opgeleverd. Het is mogelijk dat er enkele weken (wellicht maanden) verstrijken tussen de oplevering van de eerste appartementen en de oplevering van het laatste appartement. Is het gevolg dan dat de onderhoudstermijn van sommige appartementseigenaren wordt verlengd? Indien dat niet het geval is, wat gebeurt er dan met de 5% van de aanneemsom tussen de oplevering van het appartement van de appartementseigenaar en de oplevering van het laatste appartement?

Over de vraag wie als partij mag optreden in een gerechtelijke of arbitrale procedure geeft de uitspraak met dossiernummer 17059 enige duidelijkheid.

Samenvattende conclusies en aanbeveling

Het onderzoeksteam is van mening dat het wenselijk is dat er gelden in depot kunnen worden gehouden voor een gebrek aan een gemeenschappelijk gedeelte van een appartementencomplex. De daadwerkelijke uitwerking van deze aanname levert echter veel uitvoeringsproblemen op waarnaar nader gekeken dient te worden. Een uitbreiding van de wet op dit punt is wellicht wenselijk met name ten aanzien van punten als

⁴¹ Wat dogmatisch wellicht het meest voor de hand ligt.

het ingaan van de onderhoudstermijn, het door iedere eigenaar in te houden bedrag en vaststelling van de schade.

5.5.6 *Voor wie houdt de notaris de gelden in depot?*

5.5.6.1 Knelpunten

De vraag voor wie de notaris het depot houdt is voor verschillende vraagstukken van belang. Zo geeft het antwoord op deze vraag tevens het antwoord op de vraag aan wie de rente, die over het depotbedrag wordt vergoed, toekomt.⁴² Bovendien geeft het antwoord op de vraag opheldering over wat rechtens is indien de aannemer gedurende de onderhoudstermijn failliet wordt verklaard. Beide laatste vragen zijn als praktijkproblemen naar voren gekomen in de literatuur en in de interviews.

5.5.6.2 Analyse

Voor wie houdt de notaris de gelden in depot?

Om de vraag te kunnen beantwoorden voor wie de notaris de depotgelden houdt, moet eerst een aantal andere vragen worden beantwoord. Indien bijvoorbeeld kan worden gezegd dat de gelden uiteindelijk altijd aan de aannemer worden uitgekeerd, kan een daarop volgende logische redenering zijn dat de notaris de depotgelden voor de aannemer houdt. Storm geeft aan dat het verdedigbaar is dat het depotbedrag in alle gevallen aan de aannemer dient toe te komen. Als onderbouwing geeft ze aan dat uit de wettekst kan worden afgeleid dat het depotbedrag in alle situaties uiteindelijk moet worden uitgekeerd aan de aannemer.⁴³ Uit artikel 15 lid 6 van de algemene voorwaarden behorende bij de standaard koop-/aannemingsovereenkomsten voor een appartement of eensgezinshuis welke door het GIW zijn vastgesteld op 1 januari 2007 is echter op te maken dat de depotgelden ook aan de opdrachtgever kunnen toekomen. Artikel 15 lid 6 van de standaardovereenkomst bepaalt namelijk dat de opdrachtgever het depot alleen kan uitwinnen op basis van een beslissing die partijen bindt.

Het doel van de wettelijke onderhoudstermijn is de bescherming van de consument. Dit doel wordt onder meer bereikt, doordat de wettelijke onderhoudstermijn een pressiemiddel creëert dat de opdrachtgever kan gebruiken.⁴⁴ Door het in depot houden van 5% van de aanneemsom, bestaat de mogelijkheid dat de aannemer snel(ler) tot herstel overgaat, zodat hij het laatste gedeelte van de aanneemsom krijgt uitbetaald. In de volgende paragraaf wordt besproken of dit gevolg zichtbaar is in de praktijk. Een tweede mogelijkheid om het doel te bereiken is de aanneme dat aan de opdrachtgever de zekerheid wordt gegeven dat hij een bedrag ontvangt indien de aannemer in gebreke blijft. Een voorbeeld ter toelichting:

Tijdens de oplevering van een woning worden er gebreken in de badkamer geconstateerd. De afwatering in de douchecabine functioneert niet naar behoren en het toilet is niet recht aan de muur bevestigd. Bovendien zijn er scheuren te zien in een tiental tegels en zitten enkele tegels los. Voor deze gebreken wordt een proportioneel bedrag in depot gehouden. De aannemer gaat echter niet over tot herstel. Enkele maanden na de oplevering wordt het faillissement van de aannemer uitgesproken.

Indien het depotbedrag in alle gevallen aan de aannemer toe komt, dan betekent dit in bovenstaande situatie een inbreuk op de bedoelde bescherming van de opdrachtgever. De opdrachtgever heeft in die situatie immers een zeer geringe kans dat de werkzaamheden nog worden verricht of dat hij het resterende depotbedrag alsnog uit de failliete boedel ontvangt. Om die reden zou de opdrachtgever in bovenstaande situatie de mogelijkheid moeten hebben om het resterende depotbedrag te ontvangen. Met dit bedrag kan de opdrachtgever vervolgens de gebreken door een andere aannemer laten herstellen. Een andere uitleg zou betekenen dat de opdrachtgever in bovenstaande situatie beter af zou zijn met het “gewone” opschor-

⁴² Dat hierover problemen zouden kunnen ontstaan is reeds in 1990 voorspeld door Thunnissen. Thunnissen 1990, p. 77.

⁴³ Storm 2008.

⁴⁴ Zie voor het doel verder paragraaf 5.3 en Thunnissen 1991, p. 178. Zie ook de reactie van M.G. Breukink in dezelfde beraadslagingen op p. 179.

tingsrecht van artikel 6:262 BW. Indien de opdrachtgever in bovenstaande situatie een beroep zou (kunnen) doen op artikel 6:262 BW blijft het opgeschorte bedrag immers in het vermogen van de opdrachtgever. Een faillissement van de aannemer deert de opdrachtgever dan niet.

Uit het bovenstaande kan worden afgeleid dat het depotbedrag in de meeste gevallen aan de aannemer zal toekomen, maar dat er situaties zijn waarin het depotbedrag terugvalt aan de opdrachtgever. Vanuit deze redenering kan worden geconcludeerd dat, zolang niet duidelijk is aan wie het depotbedrag toekomt, de notaris het bedrag voor zowel de opdrachtgever als de aannemer houdt.

Met betrekking tot het houden van gelden op een algemene kwaliteitsrekening⁴⁵ door de notaris kan algemeen worden gesteld dat de notaris de gelden voor zowel de opdrachtgever als de aannemer beheert. Dit volgt uit artikel 25 van de Wet op het notarisambt (WNA).⁴⁶ Dit strookt met de aanname dat zowel de aannemer als de opdrachtgever een vorderingsrecht met betrekking tot het depotbedrag hebben. Beiden hebben echter een voorwaardelijk vorderingsrecht.

In de literatuur bestaat discussie over de exacte vorm van de voorwaardelijke vorderingsrechten. Er is een aantal auteurs dat van mening is dat beide partijen recht hebben op het depotbedrag onder een opschortende voorwaarde.⁴⁷ De aannemer heeft in dat geval recht op het depotbedrag onder de opschortende voorwaarde dat er geen tekortkomingen in de nakoming worden geconstateerd of dat eventuele tekortkomingen alsnog worden nagekomen. De opdrachtgever heeft recht op het depotbedrag onder de opschortende voorwaarde dat er sprake is van een blijvende tekortkoming in de nakoming. De voorwaarden zijn dus verschillend. Wel is het zo dat indien bijvoorbeeld de voorwaarde van de aannemer in vervulling gaat, de voorwaarde van de opdrachtgever niet meer in vervulling kan gaan. De vordering van de opdrachtgever gaat in dat geval teniet op het moment dat zijn voorwaarde niet meer in vervulling kan gaan.⁴⁸

Ook zijn er auteurs die betogen dat degene die het depotbedrag bij de notaris stort, een vorderingsrecht onder ontbindende voorwaarde heeft en de andere rechthebbende een daarmee samenhangende vordering onder opschortende voorwaarde.⁴⁹ Specifiek voor de situatie met betrekking tot de 5% regeling betekent dit dat de opdrachtgever een vorderingsrecht onder ontbindende voorwaarde heeft op het depotbedrag. De aannemer heeft in dat geval een vorderingsrecht onder opschortende voorwaarde. De voorwaarde is voor de opdrachtgever en de aannemer gelijk. De voorwaarde houdt in dat er aan één van de eisen uit artikel 7:768 BW wordt voldaan om tot uitbetaling aan de aannemer over te gaan. Indien bijvoorbeeld een arbiter beslist dat het depotbedrag aan de aannemer toekomt, dan wordt zowel de voorwaardelijke vordering van de opdrachtgever als van de aannemer vervuld. Dit heeft tot gevolg dat het recht van de opdrachtgever op het depotbedrag vervalt en dat de aannemer een onvoorwaardelijk recht op het depotbedrag krijgt. Mocht de situatie zich voordoen dat het depotbedrag aan de opdrachtgever dient toe te komen (bijvoorbeeld op grond van een uitspraak van een arbiter), dan kan de voorwaarde niet meer in vervulling gaan. Dit heeft tot gevolg dat de opdrachtgever volledig rechthebbende van het depotbedrag wordt.

Nu er geen sprake is van een heersende leer omtrent het karakter van de voorwaardelijke vorderingen van de opdrachtgever en de aannemer zal in deze paragraaf daar waar het aan de orde is worden aangegeven of de bovenstaande visies tot verschillende uitkomsten leiden.

Aan wie komt de rente over het depot toe?

Uit de wet volgt niet aan wie de rente toekomt die wordt ontvangen over het bedrag dat bij de notaris in depot wordt gehouden. Storm onderscheidt drie situaties bij deze problematiek.⁵⁰ Allereerst de situatie dat het bedrag na drie maanden wordt uitgekeerd, omdat de opdrachtgever geen beroep op 6:262 BW heeft gedaan. Vervolgens de situatie dat de opdrachtgever wel een beroep op zijn opschortingsrecht heeft

⁴⁵ Een kwaliteitsrekening is een rekening die door een notaris wordt geopend en waar gelden op komen te staan die de notaris ten behoeve van derden beheert. Het depotbedrag dat een aannemer stort in het kader van de 5% rekening komt bij een notaris op de kwaliteitsrekening te staan.

⁴⁶ Zie ook Waaijer 2003, p. 342.

⁴⁷ Steneker 2005, p. 25 ev en noot 13.

⁴⁸ Steneker 2005, p. 27.

⁴⁹ Zie bijvoorbeeld Asser/Perrick 2007, nr. 76. Voor andere auteurs zie Steneker 2005, noot 18 op p. 27.

⁵⁰ Storm 2008.

gedaan, maar dat de rechter heeft beslist dat het bedrag dient te worden uitgekeerd. En tenslotte de situatie dat de opdrachtgever een beroep op artikel 6:262 BW heeft gedaan en na enige tijd het bedrag met toestemming van de opdrachtgever wordt uitgekeerd aan de aannemer. Alleen in de laatste situatie is Storm van mening dat de rente over de gelden aan de opdrachtgever zou moeten toekomen. Ze geeft daarvoor als redenen dat indien de 5% regeling niet had bestaan en de opdrachtnemer van zijn opschortingsrecht van artikel 6:262 BW gebruik had gemaakt, het geld bij de opdrachtnemer op zijn rekening was blijven staan en hij daarvoor rente zou hebben ontvangen. Bovendien heeft de aannemer recht op schadevergoeding ter grootte van de wettelijke rente als achteraf blijkt dat er ten onrechte gebruikt is gemaakt van het opschortingsrecht. Tenslotte vindt ze dat deze uitkomst het beste past bij de 'gedachte dat de 5% regeling ooit is ontstaan als 'stok achter de deur'.⁵¹

Het onderzoeksteam is van mening dat voor de beantwoording van de vraag aan wie de rente over het depotbedrag toekomt een andere redenatie moet worden gevolgd. Volgens het onderzoeksteam is het antwoord op deze vraag gelijk aan het antwoord op de vraag wie rechthebbende is van het saldo op de kwaliteitsrekening. Vanuit de visies die in de literatuur worden verdedigd met betrekking tot de rechthebbenden van het saldo op de kwaliteitsrekening, kan van het volgende worden uitgegaan. Indien men ervan uitgaat dat zowel de opdrachtgever als de aannemer een recht onder opschortende voorwaarde hebben, kan worden verdedigd dat de rente over de depotgelden aan beide partijen toekomt. Op het moment dat bekend is aan wie welk deel van het depotbedrag toekomt, zal de rente in dezelfde verhouding aan partijen toekomen. Mocht het bijvoorbeeld zo zijn dat de aannemer het volledige bedrag krijgt uitgekeerd, dan verkrijgt de aannemer tevens het totale bedrag aan opgebouwde rente.

Uitgaande van de theorie dat de opdrachtgever een recht onder ontbindende voorwaarde heeft en de aannemer een recht onder opschortende voorwaarde, moet een andere conclusie worden getrokken. In die situatie moet worden gezegd dat de opdrachtgever recht heeft op de rente zolang de voorwaarde nog niet in vervulling is gegaan. Op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat, komt de rente die tot dan toe is opgebouwd toe aan de opdrachtgever. De rente die wordt opgebouwd vanaf het moment van in vervulling gaan van de voorwaarde, komt toe aan de opdrachtgever. De aannemer die een arbitragezaak aanhangig maakt, krijgt, nadat hij in het gelijk is gesteld, het depotbedrag uitgekeerd samen met de wettelijke rente die is opgebouwd vanaf het moment van de uitspraak. Dit staat los van de eventuele schadevergoeding die de opdrachtgever wellicht dient te betalen aan de aannemer wegens een disproportioneel depot. Deze schadevergoeding is op grond van artikel 7:768 lid 4 BW gesteld op de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW.

De opdrachtgever en de aannemer kunnen nadere afspraken maken met betrekking tot het depotbedrag. Zouden ze in de koop/aannemingsovereenkomst kunnen overeenkomen aan wie in welke gevallen de rente over het depotbedrag toekomt op het moment dat van de 5% regeling gebruik wordt gemaakt. Bij de daadwerkelijke depotstorting dient vervolgens aan de notaris kenbaar te worden gemaakt onder welke voorwaarden het depot wordt gestort. In de meeste gevallen zal de notaris overigens al in het bezit zijn van de koop/aannemingsovereenkomst ten tijde van de depotstorting. Op grond van de tuchtuitspraak die is behandeld in paragraaf 5.5.3.2 zal de notaris actief navraag moeten doen na eventuele afspraken omtrent de depotstorting als hem hierover niets bekend is. Storm geeft aan dat het wenselijk is dat er een duidelijke richtlijn bestaat over de rentevergoeding. Ook geeft ze aan dat de notaris met partijen een depotovereenkomst kan aangaan waarin wordt geregeld aan wie de rente toekomt.⁵²

Aan wie valt het depot toe bij faillissement van de aannemer?

Door de bouwondernemers wordt aangegeven dat er onduidelijkheden bestaan aan wie het bouwdepot toekomt indien de aannemer failliet wordt verklaard gedurende de onderhoudstermijn van drie maanden. Er zijn curators die menen dat het bedrag aan de faillissementsboedel toekomt, terwijl er opdrachtgevers zijn die menen dat het bedrag aan hen toekomt.

⁵¹ Storm 2008.

⁵² Storm 2008.

Het gevolg van de faillietverklaring is dat de aannemer de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorend vermogen verliest.⁵³ De curator is tijdens het faillissement beheers- en beschikkingsbevoegd over het vermogen dat in het faillissement valt.⁵⁴ Dat houdt onder andere in, kort gezegd, dat de curator dezelfde positie inneemt als die de aannemer ten opzichte van de opdrachtgever had.⁵⁵ Op basis van beide in de literatuur verdedigde visies kan worden gesteld dat de aannemer een recht onder opschortende voorwaarde heeft op de depotgelden. Totdat aan deze voorwaarde is voldaan kan de aannemer geen aanspraak maken op het bedrag. Op het moment dat de aannemer failliet wordt verklaard, valt het recht onder opschortende voorwaarde in het faillissement.⁵⁶ De curator zal met andere woorden moeten afwachten tot de onderhoudstermijn voorbij is. Heeft de opdrachtgever gedurende deze termijn geen beroep op artikel 6:262 BW gedaan, dan zal het bedrag in de faillissementsboedel vallen. Zijn er echter tekortkomingen in de nakoming geconstateerd, dan zal het bedrag pas in de boedel vallen op het moment dat de tekortkomingen alsnog zijn opgelost.

Samenvattende conclusies en aanbeveling

Het onderzoeksteam is van mening dat de notaris de gelden, die in depot worden gehouden, voor de aannemer en de opdrachtgever gezamenlijk houdt. Beide partijen hebben een voorwaardelijke vordering.

Aan wie de rente over het bedrag toekomt hangt af van de leer die gevolgd wordt. Het onderzoeksteam beveelt opdrachtgevers, aannemers en notarissen aan om afspraken te maken omtrent het depotbedrag en de rente die over dat bedrag wordt vergoed.

Bij faillissement van de aannemer neemt de curator de plaats van de failliet in ten opzichte van de opdrachtgever. De aannemer heeft een recht onder opschortende voorwaarde op de depotgelden. De curator zal pas over deze gelden kunnen beschikken wanneer aan de opschortende voorwaarde is voldaan. Tot die tijd valt de voorwaardelijke vordering in de faillissementsboedel.

5.5.7 Overige praktijkervaringen

Uit de interviews zijn, naast de op andere plaatsen in dit hoofdstuk aangegeven praktijkervaringen, de volgende punten af te leiden.

5.5.7.1 Leidt de onderhoudstermijn tot een sneller herstel van gebreken?

Door de bouwondernemers wordt aangegeven dat de 5% regeling niet per definitie leidt tot een sneller herstel van de gebreken. Omdat het depotbedrag gedurende drie maanden zonder nadere reden in stand mag worden gehouden en ook gebreken die na de oplevering worden ontdekt de opschorting rechtvaardigen, zullen de aannemers geneigd zijn om zo laat mogelijk in die drie maanden de gebreken te herstellen. Dit verbetert de positie van de opdrachtgever (die recht heeft op zo snel mogelijk herstel) niet.⁵⁷

Er zijn echter ook andere geluiden in de praktijk te horen. Zo geeft bijvoorbeeld de Vereniging Eigen Huis aan dat volgens haar de huidige regeling de ondernemers stimuleert om de gebreken te verhelpen.

5.5.7.2 De onderhoudstermijn van drie maanden

Enkele bouwondernemers geven aan dat ze veel problemen ondervinden met de huidige regeling. Naar het oordeel van deze ondernemers zou de 5% regeling zich moeten beperken tot gebreken die bij de

⁵³ Artikel 23 FW.

⁵⁴ Artikel 68 en art. 101 FW.

⁵⁵ Zie ook HR 12 januari 2001, NJ 2002, 371, ro. 3.3.

⁵⁶ Waaijer 2003, p. 347. Zie ook Vroom 2001, p. 95.

⁵⁷ Dit is in de literatuur ook voorspeld door Van Veen. Van Veen 2002, p. 944.

oplevering worden geconstateerd. De wettelijke onderhoudstermijn van drie maanden dient volgens deze ondernemers te verdwijnen. Het depotbedrag zou na het herstel van de gebreken die bij de oplevering aan het licht komen gelijk dienen te worden uitgekeerd.⁵⁸ Artikel 43a UAV 1989 laat een dergelijke regeling zien. Overige gebreken die naar voren komen zouden volgens deze bouwondernemers moeten worden opgelost met de Garantie- en waarborgregeling. Daarnaast zou er een regeling moeten komen voor woningen die niet onder de Garantie- en waarborgregeling vallen. Zie voor deze problematiek ook paragraaf 5.6.2.

In de literatuur komt echter ook een tegengestelde mening naar voren. Van den Berg is van mening dat de opdrachtgever zeker gedurende één winterperiode moet kunnen ervaren of de woning aan de eisen voldoet. Dat houdt in dat de onderhoudstermijn niet zou moeten worden afgeschaft, maar juist worden verlengd.⁵⁹

5.5.7.3 Voldoet een bedrag ter grootte van 5% van de aanneemsom?

Uit de interviews valt af te leiden dat het percentage van 5% dat tijdens de wettelijke onderhoudstermijn in depot mag worden gehouden op zichzelf prima is. Ook in de enquêtes wordt door de meeste notarissen aangegeven dat het bedrag precies goed is. Het GIW en de bouwondernemers geven tevens aan dat indien het percentage wordt verhoogd, dit hoogstwaarschijnlijk zal worden verdisconteerd in de aanneemsom.

5.6 Andere bevindingen

5.6.1 Artikel 7:767 BW

In het licht van de problematiek van dit hoofdstuk is het van belang om aandacht te besteden aan het feit dat de aannemer niet reeds bij de aanvang van de bouw over 95% van de aanneemsom beschikt. Artikel 7:767 BW bepaalt dat de opdrachtgever slechts kan worden verplicht tot het doen van betalingen die bij benadering overeenstemmen met de voortgang van de bouw of met de waarde van de goederen die aan de opdrachtgever zijn overgedragen. Een uitzondering hierop is dat de opdrachtgever kan worden verplicht om een bedrag van maximaal 10% van de aanneemsom in depot te storten bij de notaris, dan wel hiervoor vervangende zekerheid te stellen.

In de literatuur is over deze bepaling opgemerkt dat de uitwerking van de bepaling in de praktijk makkelijk voor moeilijkheden kan zorgen. Zo is het volgens Van den Berg niet eenvoudig vast te stellen of de door de aannemer gevraagde bedragen overeenstemmen met de bouw. Volgens hem voegt de zinsnede in de wettekst 'althans bij benadering' alleen maar meer moeilijkheden toe aan het vaststellen van de bedragen.⁶⁰

5.6.2 De mogelijkheid van het afwijken van artikel 7:768 BW bij standaardregeling

Zoals hierboven aangegeven, bepaalt artikel 7:769 BW onder meer dat er door middel van een standaardregeling van de bepalingen van de tweede afdeling van Titel 7.12 BW kan worden afgeweken. In een standaardregeling mag daarnaast, voor zover dat voor de toepassing van artikel 7:768 BW nodig is, van artikel 6:262 BW worden afgeweken. Nadeel van de mogelijkheid tot afwijken bij een standaardregeling is dat de beschermingsbepalingen die zijn opgenomen in afdeling 2 van Titel 7.12 BW redelijk eenvoudig opzij kunnen worden gezet.⁶¹ In 1996 is aan de Minister van Justitie verzocht om een dergelijke standaardregeling vast te stellen voor koopwoningen die met toepassing van de Garantie – en waarborg-

⁵⁸ Zie ook Van Veen 2002, p. 944. Van Veen geeft aan dat hij het niet rechtvaardig vindt dat de opdrachtgever drie maanden lang een bedrag in depot mag houden, terwijl na deze drie maanden kan blijken dat er geen gebreken zijn geconstateerd.

⁵⁹ Asser / Van den Berg 2007, nr. 186.

⁶⁰ Van den Berg 2002, p. 1026 en Asser / Van den Berg 2007, nr. 185. Zie ook Vis Azn 2003, p. 127 en Van Rossum 2003, p. 273.

⁶¹ Zie ook Van den Berg 2002, p. 1026-1027. Van den Berg geeft aan dat bij een afwijking het juridisch evenwicht goed in de gaten moet worden gehouden.

regeling van het GIW worden gebouwd.⁶² Voor zover het onderzoeksteam heeft kunnen nagaan is een dergelijke standaardregeling niet tot stand gekomen. Van der Beek is van mening dat een standaardregeling met een inhoud die afbreuk doet aan de beschermingsbepalingen van Titel 7.12 niet snel zal ontstaan.⁶³ Om de standaardregeling tot stand te laten komen moeten op grond van de Wet commissies standaardregelingen onder meer consumentenorganisaties instemmen met een dergelijke regeling. Consumentenorganisaties zullen niet snel instemmen met een regeling die de positie van de particuliere opdrachtgever verslechtert.⁶⁴

5.6.3 *Vervangende zekerheid*

Artikel 7:768 lid 3 BW bepaalt onder meer dat de notaris het depotbedrag in de macht van de aannemer brengt op het moment dat de aannemer vervangende zekerheid heeft gesteld. Als vervangende zekerheid wordt gesteld wordt deze in de meeste gevallen gegeven in de vorm van een bankgarantie.

De bankgarantie wordt op verzoek van de aannemer door een bank gesteld ten gunste van de opdrachtgever.⁶⁵ De bank is hierdoor gehouden om het door de bankgarantie zeker gestelde bedrag als eigen verplichting te betalen. De bank moet dit bedrag betalen op eerste verzoek van uitbetaling door de opdrachtgever.⁶⁶ Bij een eventueel faillissement van de aannemer verandert er weinig. De bank is in dat geval nog steeds gehouden om als eigen verplichting op eerste verzoek van de opdrachtgever aan de opdrachtgever te betalen. Dit vloeit voort uit het feit dat de bank reeds voor het faillissement de overeenkomst met betrekking tot de bankgarantie met de aannemer is aangegaan.⁶⁷ Vanuit de opdrachtgever bezien bestaat er zodoende weinig verschil tussen een bankgarantie of een depotbedrag. Beide leveren genoeg zekerheid tot eventuele uitbetaling.

Uit de enquêtes is af te leiden dat het stellen van een bankgarantie geen algemene praktijk is. Een bankgarantie is ook niet per definitie gunstiger dan het depotbedrag voor de aannemer. Bij het in depot houden van een bedrag heeft de aannemer geen beschikking over deze gelden. Door het afgeven van een bankgarantie verkleint de aannemer echter zijn kredietruimte. De gevolgen van de beide mogelijkheden voor de aannemer zijn derhalve niet fundamenteel verschillend. De bankgarantie zal vervallen op dezelfde momenten als de depotgelden in de macht van de aannemer mogen worden gebracht. Het zal van de aannemer afhangen welke methode hij preferereert.

Lid 3 van artikel 7:768 BW kan zo worden gelezen dat de vervangende zekerheid pas kan worden gesteld op het moment dat de onderhoudstermijn reeds een aanvang heeft genomen. Na de vervangende zekerheid brengt de notaris het bedrag immers in de macht van de aannemer. Bij het opstellen van de huidige modelovereenkomsten van het GIW is aan de Minister van Justitie gevraagd of de minister er bezwaar tegen had dat er al vóór het ingaan van de onderhoudstermijn een bankgarantie wordt gesteld. De minister had hier geen bezwaar tegen. In artikel 18 lid 2 van de algemene voorwaarden behorende bij de standaard koop-/aannemingsovereenkomsten voor een appartement of eengezinshuis welke door het GIW zijn vastgesteld op 1 januari 2007 is om die reden opgenomen dat de opdrachtgever geen recht heeft om 5% van de aanneemsom in depot te houden indien de aannemer reeds een bankgarantie heeft gesteld. Deze bankgarantie dient in te gaan op het moment van aflevering. De bouwondernemers zouden graag zien dat deze mogelijkheid een wettelijke grondslag krijgt.

⁶² Zie Van den Berg 2002, p. 1026. Het verzoek om de standaardregeling is gedaan bij brief van 24 juni 1996 door het Algemeen Verbond Bouwbedrijf en de Vereniging Eigen Huis. In het voorstel voor de standaardregeling komt de 5% regeling nog steeds voor, maar geldt deze regeling alleen voor gebreken die tijdens de oplevering aan het licht komen. Komen er geen gebreken aan het licht, dan wordt de 5% na de oplevering gelijk uitbetaald aan de aannemer.

⁶³ Van der Beek 2003, p. 179.

⁶⁴ Van der Beek 2003, p. 179.

⁶⁵ Van Emden 2005, p. 1.

⁶⁶ Van Emden 2005, p. 3.

⁶⁷ Van Emden 2005, p. 45-46.

Samenvattende conclusies

Het stellen van vervangende zekerheid komt niet in groten getale voor. Voor het stellen van vervangende zekerheid wordt in de meeste gevallen een bankgarantie gebruikt. De bankgarantie ondermijnt de effectiviteit van de 5% regeling niet.

Bouwondernemers zouden graag zien dat in de wet de mogelijkheid wordt vastgelegd om de bankgarantie te stellen voordat de onderhoudstermijn is ingegaan.

5.7 Samenvattende conclusies

Artikel 7:768 BW is, samen met de overige bepalingen in afdeling 2 van Titel 7.12 BW, ingevoerd ter bescherming van de consument die een koop-/aannemingsovereenkomst met betrekking tot een woning aangaat. De bescherming die artikel 7:768 BW biedt zou gelegen moeten zijn in de versterking van de positie van de particuliere opdrachtgever.

De bescherming van deze bepaling uit zich onder meer in het feit dat de opdrachtgever een pressiemiddel heeft jegens de aannemer voor de nakoming van tekortkomingen. Het is het onderzoeksteam evenwel niet gebleken dat dit pressiemiddel heeft geleid tot een sneller herstel van gebleken bouwkundige en technische gebreken. Wel is duidelijk geworden dat de aannemers in veel gevallen de onderhoudstermijn van drie maanden afwachten, alvorens tot herstel over te gaan. Een tweede beschermingselement is de mogelijkheid dat aan de opdrachtgever de gelden, die in depot worden gehouden, toekomen op het moment dat nakoming blijvend onmogelijk is.

Gebleken is dat bij de uitvoering van de depotregeling nog veel problemen spelen. Zo is er geen duidelijkheid over wat er onder de tekortkoming in de nakoming mag worden verstaan. Bovendien is het mogelijk dat er voor verschillende tekortkomingen verschillende arbitrageprocedures of rechtszaken moeten worden gestart. Dit leidt tot onduidelijkheden en komt een efficiënte afwikkeling van het geschil niet ten goede. Daarnaast speelt het probleem dat de opdrachtgever meer dan incidenteel een buitenproportioneel bedrag in depot houdt bij gebleken gebreken. De 5% regeling levert ook bij de oplevering van een appartementencomplex veel uitvoeringsvragen op. Deze korte opsomming van enkele uitvoeringsproblemen laat zien dat de 5% regeling nog lang niet optimaal functioneert. Dat heeft tot gevolg dat het doel van het artikel, de versterking van de positie van de particuliere opdrachtgever, nog niet volledig is bereikt. Door alle uitvoeringsvraagstukken zal de opdrachtgever vaak in onzekerheid verkeren, wat zijn positie niet ten goede komt.

Wel kan worden gesteld dat de effectiviteit van de 5% regeling niet wordt ondermijnd door de mogelijkheid van het stellen van een bankgarantie. Ook de bankgarantie levert beperkingen voor de aannemer op, waardoor het idee van het pressiemiddel aanwezig blijft. Bovendien heeft de opdrachtgever iets om op terug te vallen indien nakoming door de aannemer blijvend onmogelijk is.

Het grootste gevaar van ondermijning van de bescherming van de 5% regel ligt in de mogelijkheid van het van toepassing worden van een standaardregeling die afwijkt van de 5% regel.

De slottermijn van 5% van de aanneemsom lijkt voldoende hoog om de aannemer tot herstel te dwingen. Een hogere slottermijn zal bovendien hoogstwaarschijnlijk leiden tot een hogere aanneemsom. De slottermijn van 5% heeft echter niet tot gevolg dat de aannemer sneller overgaat tot herstel. Dit heeft voornamelijk te maken met het feit dat er gedurende de onderhoudstermijn van drie maanden meerdere tekortkomingen aan het licht kunnen komen. Gebleken is dat sommige aannemers wachten totdat de onderhoudstermijn is geëindigd, voordat ze tot herstel overgaan. Op grond van het bovenstaande adviseert het onderzoeksteam de uitwerking van de 5% regeling nogmaals grondig te bekijken en te optimaliseren.

HOOFDSTUK VI DE POSITIE VAN DE NOTARIS

6.1 Ter inleiding

Bij de totstandkoming van de Wet koop onroerende zaken heeft de vraag naar de positie van de rol van de notaris in het koopproces dikwijls centraal gestaan. Met name spitste de discussie zich toe op de vraag of de bescherming van de koper nu het best gediend zou zijn met verplichte notariële interventie in de obligatoire fase, dan wel met een bedenktijd. Zoals hierna nog kort zal worden gememoreerd, bestond ten tijde van de behandeling van het wetsvoorstel een kamermeerderheid voor verplichte inschakeling van de notaris bij de koop. Dat uiteindelijk is gekozen voor de bedenktijd was een interventie van de toenmalige Minister van Justitie, mede ingegeven door de standpunten van belangenorganisaties en de op dat moment hoog op de politieke agenda staande liberalisering van de markten. Nu de notaris een vaste factor is in het proces van overdracht van onroerende zaken in die zin dat hij gezien zijn passeermonopolie onvermijdelijk degene is die de leveringsakte zal passeren, rechtvaardigt dit in het kader van deze evaluatie wederom een nadere blik op zijn positie.

De vraagstelling die in het onderhavige hoofdstuk ter beantwoording voorligt luidt:

- a. Is er reden of noodzaak de bedenktijd te vervangen of de bescherming uit te breiden door verplichte notariële tussenkomst in de obligatoire fase van de koopovereenkomst?
- b. Wat leert beschouwing van het ‘Amsterdamse model’ en de ‘twee-wegenleer’? Hoe is het gebruik van het Amsterdamse model ontstaan, terwijl men partijen niet kan dwingen om voor deze optie te kiezen? Hoe wordt in de Amsterdamse praktijk de bedenktijd van drie dagen toegepast? Wordt het Amsterdamse model ook al in overige delen van Nederland toegepast? Zo nee, waarom niet? Zou de invoering van het Amsterdamse model en/of de twee-wegenleer wenselijk zijn. Brengt notariële interventie in de obligatoire fase extra kosten voor de (consument)koper mee?

De vraag of verplichte notariële tussenkomst in de obligatoire fase van de koopovereenkomst een zinvolle bijdrage kan leveren aan het voorkomen van fraude in de wereld van onroerend goed wordt in hoofdstuk VII behandeld.

Achtereenvolgens zullen de hierboven gestelde vragen worden beantwoord, waarbij wordt aangetekend dat in het kader van de leesbaarheid meerdere subvragen zullen worden samengevoegd. Zo wordt het ‘Amsterdamse model’¹ in al zijn facetten besproken (dus inclusief toepassing van de bedenktijd) terwijl bij de mogelijkheid van verplichte notariële interventie ook het kostenaspect aan de orde zal komen.

Aan de politieke en commerciële lading van de Wet koop onroerende zaken, is reeds in hoofdstuk 1 aandacht besteed. In dit hoofdstuk wordt eerst kort teruggeblikt op enkele belangrijke onderdelen van de relevante parlementaire geschiedenis (paragraaf 6.2). Paragraaf 6.3. bespreekt vervolgens de rol van de notaris onder de huidige wet, de thans bestaande notariële monopolies en hun rechtvaardiging alsmede de praktijk rond de vastlegging van de koopovereenkomst zowel buiten als binnen Amsterdam. Ook in dit kader wordt op punten teruggegrepen naar de totstandkomingsgeschiedenis van de Wet koop onroerende zaken en zullen onder meer de sinds de invoering verschenen WODC rapporten die aan deze vraagstelling raken worden besproken. Vervolgens komt aan de orde de vraag naar de ervaringen in de afgelopen vijf jaar met de rol van de notaris, dit in het kader van de vraag of er reden of noodzaak is de bedenktijd te vervangen door verplichte interventie van de notaris in de obligatoire fase. Opmerking verdient dat in hoofdstuk 7 nadrukkelijk wordt ingegaan op de vastgoedfraude. Ook in dat hoofdstuk komt de rol van de notaris aan de orde.

¹ Omdat er niet zozeer sprake is van een model als wel van een bestaande praktijk, wordt verder over Amsterdamse praktijk gesproken.

6.2 Het wetgevingsproces in het kort

6.2.1 *Historie*

Oorspronkelijk werd bij het ontwerpen van het Burgerlijk Wetboek ook voor de koop van woningen door particulieren uitgegaan van de hoofdregel dat overeenkomsten vormvrij tot stand komen. Het aangaan van een mondelinge overeenkomst met betrekking tot de koop van een woning door een particulier was derhalve mogelijk. Al medio jaren tachtig echter ontstonden er initiatieven om te komen tot versterking van de positie van de particulier die een woning koopt. Aanleiding hiervoor was onder meer een rapportage van enkele belangenorganisaties waarin werd gepleit voor notariële begeleiding van het koopproces.² Door genoemde organisaties werd onder meer benadrukt dat de verplichte notariële interventie in het belang van de koper zou zijn vanwege diens specifieke deskundigheid, de waarborg van de notariële aansprakelijkheid en de authenticiteit van de akte. Wel werd opgemerkt dat een virtueel nadeel zou zijn het uitbreiden van het notarieel monopolie. Dit was, aldus de organisaties, echter maar schijn: de notaris zou immers dezelfde werkzaamheden verrichten als hij al moest doen. Slechts het tijdstip werd naar voren geschoven. Ten slotte werd nog gewezen op het risico van verhoging van de tarieven.

Op basis van onder meer dit rapport kwam in 1989 tot stand het Voorontwerp voor artikel 7:2 BW (toen nog artikel 7.1.1.1a geheten), dat luidde als volgt:

1. De koop van een onroerende zaak of een recht waaraan deze is onderworpen, moet, indien de koper een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, schriftelijk worden aangegaan. Bovendien moet de koopakte mede worden ondertekend door een notaris.
2. Zolang ten aanzien van een mondeling of schriftelijk gesloten overeenkomst aan de in het vorige lid bedoelde vormvereisten nog niet is voldaan en nog geen levering heeft plaatsgevonden, is de koop vernietigbaar in het belang van de koper. De koop is tevens vernietigbaar in het belang van de verkoper, indien de koper niet aan de voldoening van de vormvereisten meewerkt binnen drie dagen nadat de verkoper hem heeft medegedeeld zulks te verlangen.
3. De in lid 1 bedoelde notaris is verplicht erop toe te zien dat de koper tijdig beschikt over de benodigde in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs te verkrijgen informatie.
4. Van het in de vorige leden bepaalde kan niet ten nadele van de koper worden afgeweken, behoudens bij een standaardregeling als bedoeld in artikel 6.5.1.2.
5. Dit artikel is niet van toepassing op de koop op een veiling.³

Het voorontwerp bleek echter niet op voldoende steun te kunnen rekenen van de consumentenorganisaties,⁴ naar verluidt met name vanwege de vrees voor te hoge notaristarieven.⁵

Na het veranderen van inzicht door genoemde consumentenorganisaties werd in 1993 een aangepast wetsontwerp ingediend. De eerder voorgestelde afkoelingsperiode werd hierin gepresenteerd als een bedenktijd van drie dagen. Omdat dit wetsvoorstel met name in de juridische literatuur veel kritiek te verduren kreeg, werd het niet in behandeling genomen.

In 2001 werd tijdens het wetgevingsoverleg gediscussieerd over onder meer de Vormerkung, en werden vraagtekens gesteld bij de onmogelijkheid om tijdens de bedenktijd de koopovereenkomst in te schrijven.

6.2.2 *De twee-wegenleer*

6.2.2.1 Voorstel

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel sprak de VVD-fractie haar voorkeur uit voor de zogeheten twee-wegenleer. Hieronder wordt verstaan de leer die de koper de keuze biedt tussen ofwel inschakeling

² 'Rapport koop/verkoop bestaand onroerend goed', Consumentenbond, Vereniging Eigen Huis Konsumenten Kontakt, December 1985, p. 9 en 10.

³ Zie ook Van Rossum 1991, p. 77 e.v., Dammingh 2002a, p. 254.

⁴ Waaronder onder meer worden gerekend de VEH, NVM, LMV, VBOG, Consumentenbond en GIW, zie TK 1995/96, 23 095, nr. 8. p. 1.

⁵ Zie voor de argumenten echter ook Kamerstukken I, 2001/02, 23 095, nr. 38a, p. 2.

van de notaris in de obligatoire fase in welk geval de koper geen bedenktijd zou hebben, ofwel het niet-notariële koopcontract waarna de koper genoemde bedenktijd wel zou hebben.

In de twee-wegenleer bestaat er geen bedenktijd indien er voor wordt gekozen de koopovereenkomst ten overstaan van een notaris vast te leggen. Indien de koopovereenkomst niet wordt vastgelegd ten overstaan van een notaris komt de koper wel een bedenktijd toe, en wel een langere, namelijk één van zeven dagen. Een deels optionele mogelijkheid dus, waarbij de koper ervoor kan kiezen wel of geen bedenktijd te hebben. De langere bedenktijd van zeven dagen zou, evenals verplichte notariële interventie, een verdergaande inbreuk betekenen op het beginsel van de verbindende kracht van de overeenkomst dan de voorgestelde bedenktijd van drie dagen. De KNB was voorstander van de 'twee-wegenleer'. Zij meende dat deze de consument een betere bescherming zou bieden dan het bestaande systeem en wees op praktijkproblemen die in het bestaande systeem niet en in de 'twee-wegenleer' wel zouden worden opgelost.

De Minister merkte ten aanzien van de twee-wegenleer op:⁶

'Ik merk hierover allereerst op dat de introductie van een keuzemogelijkheid tussen bedenktijd en notariële inschakeling bij de koop voor de door de KNB opgevoerde gevallen in zoverre geen verschil zou maken, dat in de twee-wegenleer nog altijd de bedenktijd kan gelden, namelijk als de koper deze verkiest boven notariële inschakeling bij de koop. Daaraan zij nog toegevoegd dat de wet er geenszins aan in de weg staat dat de koopovereenkomst met bijstand van een notaris schriftelijk wordt vastgelegd.

De consumentenorganisaties c.s.⁷ zijn tegenstander van de «tweewegenleer». Zij stellen zich op het standpunt dat de notaris altijd een onafhankelijke positie moet innemen en zich niet als belangenbehartiger van koper of verkoper mag ontpoppen. Voorts speelt de notaris in bouwkundig opzicht naar hun mening geen enkele rol; hoogstens zou hij kunnen wijzen op het nut van het laten doen van bouwtechnisch onderzoek. De koper die zijn bedenktijd heeft ingeruild tegen de notaris komt volgens deze organisaties van een koude kermis thuis als uit het bouwkundig onderzoek ernstige falen zouden blijken. In de twee-wegenleer komt een koper die naar de notaris gaat om de koopovereenkomst te laten opstellen de facto in een aanmerkelijk slechtere positie dan de koper die dit doet in het huidige stelsel (met behoud van mogelijkheid tot ontbinding binnen de bedenktijd, bijvoorbeeld omdat de technische keuring daartoe aanleiding geeft), aldus de consumentenorganisaties c.s. Zij stellen dat de koper te allen tijde de vrije keus moet hebben een deskundige in te schakelen voor het opstellen van de koopovereenkomst, dat de bedenktijd daarbij onverkort moet worden gehandhaafd, dat de «twee-wegenleer» de huidige bescherming van de koper op onaanvaardbare wijze aantast en dat deze derhalve niet op hun steun kan rekenen.

Na hernieuwde overweging, mede op grond van de hierboven weergegeven standpunten van de betrokken belangenorganisaties, meen ik dat niet moet worden overgegaan tot invoering van de «twee-wegenleer». Het verlengen van de wettelijke bedenktijd in alle gevallen tot zeven dagen stuit af op het bezwaar dat dit te diep ingrijpt in de gerechtvaardigde belangen van de verkoper, die veelal ook een particulier zal zijn. Voor het geval van de koop/aanneming van nieuwbouwwoningen (waarbij de wederpartij van de consument-koper wel handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf) is in modelcontracten overigens ten gunste van de consument van artikel 7:766 BW afgeweken door te voorzien in een bedenktijd van zeven kalenderdagen. Ook afgezien van de duur van de bedenktijd verdient de twee-wegenleer naar mijn mening niet de voorkeur boven het huidige, op 1 september jl. ingevoerde stelsel. In de gevallen waarin de huidige wetgeving voorziet in een bedenktijd voor consumenten, is nergens voorzien in een keuzemogelijkheid inhoudende dat in het geval van inschakeling van een bepaald type deskundige de consument kan afzien van zijn bedenktijd, of zelfs dat de bedenktijd dan van rechtswege komt te vervallen. Dit klemt temeer daar het in al deze gevallen gaat om overeenkomsten die de consument sluit met (kort gezegd) een ondernemer, terwijl bij de koop van onroerende zaken de verkoper veelal net als de koper een consument zal zijn. Hier komt bij dat de consument gediend is met een duidelijk en eenvoudig wettelijk systeem van bescherming. Van zo'n systeem is geen sprake als het de consument de keuze laat tussen zulke uiteenlopende beschermingsmodaliteiten als inschakeling van de notaris bij de koop en een bedenktijd. De voorlichting door de notaris blijft beperkt tot de juridische aspecten van de koop. De bedenktijd kan worden benut als extra mogelijkheid om deskundigen te raadplegen, ook over andere dan juridische aspecten, en om een mogelijk overhaast gesloten koop ongedaan te maken. Bepaald onwenselijk vind ik dat de verkoper in de «twee-wegenleer» kan trachten de keuze die de koper maakt te sturen in de door de verkoper gewenste richting, die naar valt aan te nemen inschakeling van de notaris bij de koop

⁶ *Kamerstukken I*, 2003/04, 23 095, A, p. 5.

⁷ Hieronder begrepen de diverse makelaarsorganisaties.

zal zijn, onder het doen van afstand van de bedenktijd. Gegadigden voor een woning zouden tegen elkaar kunnen worden uitgespeeld: de verkoper zou de hoogste bieder die heeft geopteerd voor de bedenktijd kunnen voorhouden dat hij de voorkeur geeft aan degene die iets lager heeft geboden maar heeft geopteerd voor notariële inschakeling bij de koop onder het doen van afstand van de bedenktijd, tenzij de hoogste bieder alsnog voor deze laatste variant kiest. Zelfs zou de verkoper, als de markt voor hem gunstig is, zo ver kunnen gaan dat hij aangeeft biedingen niet in overweging te zullen nemen indien de bieder kiest voor de bedenktijd, of voor inschakeling van de notaris bij de koop zonder dat hij afstand doet van de bedenktijd.

Een belangrijk bezwaar van de twee-wegenleer is voorts dat daarin aan de notaris een rol wordt toegekend als deskundige die één partij adviseert, namelijk de koper. Deze rol past niet bij zijn taak als onafhankelijk en onpartijdig adviseur die de belangen van beide partijen en van derden die niet bij een akte betrokken zijn, in het oog houdt. Die taak moet de notaris vervolgens wel weer op zich nemen in de fase die pleegt te volgen op de schriftelijke koopovereenkomst, namelijk die van de levering.⁷

Het accepteren van de twee-wegenleer zou, aldus de minister, kunnen leiden tot druk vanuit de verkoper om de koopovereenkomst notarieel te laten vastleggen. Bij die keuze heeft de koper immers geen bedenktijd. De twee-wegenleer werd dan ook afgewezen.

Thans, bij de evaluatie van de Wet koop onroerende zaken kan wederom worden gekeken naar de twee-wegenleer als mogelijk alternatief voor de bestaande regeling van schriftelijkheid in combinatie met bedenktijd. Samenvattend zijn de in de parlementaire geschiedenis geconstateerde bezwaren tegen invoering van de twee-wegenleer de volgende:

- voor de consument bestaat geen eenduidige regeling;
- de verkoper zal de koper onder druk zetten om te kiezen voor de notaris vanwege het ‘gebrek’ aan bedenktijd. Een ware keuzevrijheid heeft de koper dan niet;
- de notaris zal zich gaan ontpoppen als partij-adviseur wat zich niet met zijn wettelijke taak verdraagt;
- de notaris is geen deskundige op het gebied van de bouwtechnische staat van woningen.

Achtereenvolgens zullen in het licht van de onderzoeksvraag de diverse argumenten worden besproken.

6.2.2.2 Eenduidigheid

In de twee-wegenleer heeft de consument de keuze tussen enerzijds de inschakeling van de notaris, in welk geval er geen bedenktijd is, en anderzijds de bedenktijd. In dit laatste geval kan de koopovereenkomst binnen de bedenktijd zonder opgaaf van redenen worden ontbonden. De bedenktijd zou in de twee-wegenleer moeten worden verlengd tot zeven dagen in plaats van de huidige drie. Zoals de Minister aanvoert zou het verlengen van de wettelijke bedenktijd in alle gevallen tot zeven dagen te diep ingrijpen in de gerechtvaardigde belangen van de verkoper, die veelal ook een particulier zal zijn. Zoals al in hoofdstuk 2 uitgebreid is besproken, verdient het aanbeveling te komen tot een systeem dat conjunctuurindifferent is. Weliswaar is de Wet destijds ingevoerd om de positie van de koper te beschermen, maar helder is dat de bescherming van de gerechtvaardigde belangen van koper en verkoper op proportionele wijze plaats moet vinden. De problematiek die zich heeft voorgedaan met de bedenktijd heeft grotendeels te maken met de beperkte duur, maar tevens met het nadeel dat de verkoper, dikwijls ook een consument, ervan ondervindt.

Zouden de nadelen die aan de huidige bedenktijd kleven moeten worden ondervangen, dan zou dit onder meer plaats moeten vinden door verlenging van de termijn.⁸ Deze verlenging heeft automatisch een benadeling van de positie van de verkoper tot gevolg. Zou worden gekozen voor een kortere bedenktijd dan zeven dagen, dan blijven de eerder aangevoerde bezwaren tegen de bedenktijd onverkort van kracht.

Ten aanzien van de keuzemogelijkheid zijn de onderzoekers van mening dat zeer de vraag is in hoeverre de particuliere koper in staat is te beoordelen welke keuze voor hem de meest optimale is. Waar de in-

⁸ Zie paragraaf 3.6.2.

schakeling van de notaris zou kunnen waarborgen dat hij wordt gewezen op de juridische implicaties van de opgenomen bepalingen, ontbeert hij de bedenktijd en de daaraan gekoppelde ontbindingsmogelijkheid. Anderzijds ontbeert de koper bij de bedenktijd de juridische kennis van de notaris en de mogelijkheid de koopovereenkomst terstond in te schrijven in de openbare registers.

Nu van de gemiddelde particuliere koper dit overzicht niet mag worden verwacht, ligt het voor de hand dat de koper de keuze zal maken die hem door ofwel de makelaar ofwel de verkoper wordt geadviseerd. Uitgezonderd de praktijk in Amsterdam zullen naar verwachting de makelaars van de kopers hun cliënt adviseren voor de bedenktijd te kiezen, terwijl zij zelf de koopovereenkomst zullen opstellen. Binnen Amsterdam ligt het voor de hand dat op de oude voet wordt voortgegaan en de notaris de koopovereenkomst zal opstellen. Is er geen makelaar van de verkoper bij de koop betrokken dan zal de verkoper er aan hechten dat wordt gekozen voor de notaris, dit gezien het ontbreken van een bedenktijd. In beide situaties is het niet de koper zelf die de keuze maakt, maar diens adviseur of wederpartij. Het argument van keuzevrijheid is in dat verband naar het oordeel van de onderzoekers niet doorslaggevend.

6.2.2.3 Druk van de verkoper

Zoals hiervoor reeds uiteen is gezet is het geenszins denkbeeldig dat de verkoper de koper onder druk zal zetten om te kiezen voor de notaris, dit gezien het ontbreken van een bedenktijd. Vorenstaande behoeft enige nuancering nu thans geen sprake is van een verkopers- maar van een kopersmarkt. In een kopersmarkt zal het de koper zijn die bepaalt welke keuze er wordt gemaakt, zo ook wanneer het de keuze voor een van twee wegen zou betreffen. Daarnaast is echter, zoals de onderzoekers eerder aangaven de notaris gehouden de belangen van zowel koper als verkoper te behartigen en mag de verplichte notariële interventie niet leiden tot een verslechtering van de positie van de koper.

6.2.2.4 De notaris zal zich ontpoppen als partij-adviseur

Indien de notaris partijen adviseert bij het opstellen van de koopovereenkomst zal dit risico zich niet voor mogen doen. Zoals hieronder nader zal worden uiteen gezet is de notaris in het kader van de hem toevertrouwde taken gebonden aan een groot aantal normen en regels. Tenzij hij zich vooraf presenteert als partij-adviseur zal de notaris onpartijdig en onafhankelijk moeten optreden.

6.2.2.5 De notaris is geen deskundige op het gebied van de bouwtechnische staat van woningen

De notaris is zeker geen deskundige op bouwtechnisch gebied en kan (mag) zich ook niet als zodanig presenteren. De onderzoekers vragen zich overigens af of dit wel eens gebeurt. De notaris is juridisch deskundige en zal zich moeten beperken tot de verbintenis- en goederenrechtelijke aspecten en gevolgen van de te sluiten overeenkomst. Degenen die wel deskundig zijn op bouwtechnisch gebied, makelaars, bouwkundigen, zijn degenen die de koper vooraf zullen moeten adviseren over de staat van de aan te kopen woning. Het ligt ook voor de hand dat de koper alvorens hij een koopovereenkomst aangaat zich zal laten adviseren over de staat van de woning en eventuele financiële verrassingen zal willen voorkomen door het opnemen van ontbindende voorwaarden in de koopovereenkomst. Het informeren over de juridische gevolgen van zaken als feitelijke non-conformiteit en het redigeren van de door partijen gewenste bepalingen daarentegen behoeft weer specialistische juridische kennis. Overigens zijn in het na te noemen Amsterdamse model de taken tussen de makelaars/bouwkundigen en de notaris ook op genoemde wijze verdeeld. Opmerking verdient dat de notaris uit hoofde van de hem toevertrouwde taak de belangen van alle bij de transactie betrokken partijen dient te behartigen. Zoals reeds is vermeld in paragraaf 3.7.2. dient, anders dan bij de wettelijke bedenktijd die zuiver ter bescherming van de koper is opgenomen, verplichte notariële interventie ook de belangen van de verkoper.

Conclusie

Nu uit het onderzoek naar de bedenktijd naar voren is gekomen dat deze niet de bescherming biedt die werd voorzien, alsmede dat verlengen daarvan ongewenst is, achten de onderzoekers reeds daarom invoering van de twee-wegenleer ongewenst. Hierbij komt dat de erin besloten liggende keuzevrijheid naar het oordeel van de onderzoekers geen werkelijke vrijheid is, zodat dit argument niet als doorslaggevend kan worden beschouwd. De aangevoerde bezwaren tegen de rol van de notaris zijn terecht in die zin dat de notaris in beginsel geen partij-adviseur mag zijn bij een taak die hem wettelijk is toevertrouwd, en dat hij bovendien niet beschikt over bouwkundige expertise. Dat laatste achten de onderzoekers echter geen reëel bezwaar, nu niet blijkt dat de notaris zich als zodanig voordoet, noch (uit de Amsterdamse praktijk) blijkt dat de koper af zal zien van inschakeling van deskundigheid op bouwkundig gebied.

Gezien genoemde nadelen en het feit dat de veronderstelde voordelen naar het oordeel van de onderzoekers geen werkelijke voordelen zijn, kan invoering van de twee-wegenleer niet worden beschouwd als een versterking van de positie van de koper.

*6.2.3 Verplichte notariële interventie**6.2.3.1 De moties Swildens-Rozendaal en Van Walsem*

In de loop van de parlementaire geschiedenis werden twee moties ingediend, waaronder een motie van PvdA-kamerlid W.J.C. Swildens-Rozendaal (mede-ondertekend door kamerleden Van Wijmen van het CDA en Van Walsem van D66), inhoudende het voorstel om notariële interventie verplicht te stellen bij het aangaan van een koopovereenkomst ten aanzien van een woning door een particulier.⁹

De Minister was echter fel tegen een dergelijke oplossing gekant:

‘Tijdens het wetgevingsoverleg heb ik de bedenktijd het meest passende beschermingsmiddel genoemd en mij verzet tegen een exclusieve rol van de notaris bij de koopovereenkomst. Naar mijn mening doet de bedenktijd die in het wetsvoorstel is opgenomen recht aan de eigen verantwoordelijkheid van de consument en beperkt zij het marktproces niet verder dan nodig is. Hier komt nog bij dat een bedenktijd als middel tot bescherming van de consument niet ongebruikelijk is: op basis van Europese richtlijnen bevat de wet bedenktijden voor de consument in geval van colportage, koop van timeshares en koop- en dienstverleningsovereenkomsten op afstand(.... ..)De indieners hebben hun amendement vooralsnog gehandhaafd. De beweegredenen die hierboven zijn weergegeven acht het kabinet evenwel van zodanig gewicht dat, indien het amendement wordt aanvaard, het kabinet zich genoodzaakt ziet te bevorderen dat het wetsvoorstel wordt ingetrokken.’¹⁰

Na het uitdrukkelijk afwijzen van de voorgestelde richting bleef er slechts een tweetal mogelijkheden over: ofwel geheel afzien van een wettelijke regeling ofwel instemmen met de bedenktijd. Nadrukkelijk moet worden vermeld dat het afwijzen van verplichte notariële interventie niet plaats vond omdat het Parlement hiertegen was gekant, maar berustte op bovenstaande ministeriele interventie. De bezwaren die ook destijds werden aangevoerd in genoemde amendementen hebben naar het oordeel van de onderzoekers niet aan waarde ingeboet.

6.2.3.2 Marktwerking centraal

Bij de diverse argumenten die zijn aangevoerd tegen de verplichte notariële interventie, is een belangrijke rol weggelegd voor de vrije marktwerking. In Nederland is het aantal monopolies beperkt. Mede gezien de ideologie van de vrije markt zoals deze ook vanuit onder meer de Europese Unie wordt gepropageerd, is de overheid zeer terughoudend in het toekennen of uitbreiden van monopolies. Zou gekozen worden voor verplichte notariële interventie in de obligatoire fase, dan zou dit neerkomen op uitbreiding van het notariële monopolie op het verlijden van de transportakte.

⁹ *Kamerstukken II*, 2001/02, 23 095, nr. 13, p. 1 e.v.

¹⁰ *Kamerstukken II*, 2001/02, 23 095, nr. 15, p. 1 en 3.

De duidelijke afwijzing van verplichte notariële interventie was, zo benadrukte ook de minister in het wetgevingsproces meermaals, de resultante van politieke overwegingen:

‘Zoals reeds werd opgemerkt in de memorie van antwoord (kamerstukken II 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 1) is de vraag of, en zo ja, hoe men de consumentkoper van een woning wil beschermen er één van rechtspolitieke aard. Over de wenselijkheid van zodanige bescherming bestaat geen verschil van mening, maar bestaat er wel verschil van opvatting over de wijze waarop aan de wenselijk geachte bescherming van de consumentkoper vorm zou moeten worden gegeven.’

De Minister geeft vervolgens aan dat het zo min mogelijk verstoren van het marktproces de belangrijkste reden is om af te zien van verplichte notariële interventie:

‘De verplichte inschakeling van een deskundige kan, gelet op het regeringsbeleid van terughoudendheid ter zake van inmenging in het marktproces, niet worden aangemerkt als een middel dat evenredig is aan het doel, een zodanige verhouding tussen partijen te bewerkstelligen.’¹¹

De Minister sluit niet uit dat de gemaakte keuze een minder evenwichtige verhouding tussen koper en verkoper creëert dan wellicht met verplichte notariële interventie zou kunnen worden bewerkstelligd:

‘De aldus gemaakte keuze sluit niet uit dat de verplichte inschakeling van een (onpartijdige) deskundige een nog evenwichtiger verhouding tussen de verkoper en de consumentkoper 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.’

In deze opmerking van de Minister wordt niet gesproken over een notaris als zijnde de onpartijdige deskundige. Het ligt echter voor de hand er vanuit te gaan dat hier de notaris wordt bedoeld, mede gezien de discussie rondom diens handelen, zijn wettelijk vastgelegde onpartijdigheid en zijn specifieke juridische deskundigheid.

6.3 Bestaande notariële monopolies

6.3.1 De rechtvaardiging

De notaris in Nederland heeft op veel terreinen een monopolie. Het is de notaris die door het ondertekenen en inschrijven van transportakten de voor eigendomsovergang noodzakelijke levering bewerkstelligt. Hetzelfde geldt voor het vestigen of overdragen van beperkte rechten op registergoederen, het overdragen van aandelen op naam,¹² het maken van testamenten,¹³ het oprichten van b.v.’s en n.v.’s, stichtingen, en verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid, het splitsen van gebouwen in appartementsrechten en het opmaken van huwelijkse voorwaarden.¹⁴ Daarnaast bepaalt de wet in een aantal gevallen dat ook wanneer een rechtshandeling onderhands kan geschieden, bepaalde rechtsgevolgen pas intreden wanneer de rechtshandeling is neergelegd in een notariële akte.¹⁵ De lijst kan eenvoudig worden uitgebreid. Zo kan worden gedacht aan het afgeven van verklaringen van erfrecht, het veilen van registergoederen, constateren van verjaring, verdelen van gemeenschappen waarin zich registergoederen bevinden, waaronder begrepen nalatenschappen, huwelijksgoederengemeenschappen, vennootschappelijke gemeenschappen etc.

¹¹ *Kamerstukken II*, 2000/01, 23 095, nr. 10 17, p. 6.

¹² Artikel 3:84 jo. 94 BW.

¹³ Afgezien van de mogelijkheid tot het maken van een noodtestament of codicil, resp. art. 4:98 e.v. en 4:109 BW.

¹⁴ Respectievelijk de artikelen 2:64 lid 2, 2:175 lid 2, 2:27 lid 1, 2:286 lid 1, 5:109 lid 1 en 1:115 lid 1 BW

¹⁵ Denk aan artikel 4:81 BW dat een notarieel verleden samenlevingsovereenkomst vereist, artikel 6:252 BW dat neerlegging in een notariële akte en inschrijving in de openbare registers als voorwaarde voor derdenbescherming stelt en aan artikel 5:60 BW, bestemming van een gemeenschappelijk goed tot gemeenschappelijk nut.

De achtergrond van dit uitgebreide passeermonopolie hangt samen met een tweetal factoren:

1. de positie van de notaris;
2. de rechtszekerheid

Ad 1.

Het grote verschil tussen bijvoorbeeld een notaris en een advocaat of -in het kader van dit onderzoek wellicht relevanter- tussen een notaris en een makelaar, is zijn wettelijke onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Uitgezonderd de situatie dat de notaris als partij-adviseur optreedt en dat ook expliciet meldt,¹⁶ behartigt de notaris de belangen van alle bij de transactie betrokkenen. De maatstaf die hiervoor geldt is niet alleen te vinden in de Wet op het Notarisambt (Wna), maar is nader geëxpliciteerd in een arrest inzake het relatievermogensrecht, dat bekend staat als ‘Groningse Huwelijksvoorwaarden’.¹⁷

De Hoge Raad overwoog:

‘(...) 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.¹⁸

Waar een niet-onafhankelijk adviseur zich de belangen van een partij zal aantrekken, is de notaris gehouden de belangen van alle betrokkenen te behartigen. Omdat de notaris het in zijn macht heeft (via de te verlijden akten) ingrijpende wijzigingen aan te brengen in de rechtspositie van de betrokkenen, dient hij extra alert te zijn op zijn verantwoordelijkheid.¹⁹

Ad 2.

Bij de transacties ten aanzien waarvan aan de notaris een monopolie is toegekend, is naast het element van de onpartijdigheid een belangrijk doel het beschermen en bevorderen van de rechtszekerheid. Bij transacties op het gebied van het onroerend goed moet deze rechtszekerheid worden gezocht in het belang van een correcte grondregistratie. Wie is gerechtigd tot welk registergoed? Welke omvang heeft het betreffende goed en welke inhoud het betreffende recht? Ook voor de positie van schuldeisers is van belang te weten welke verhaalsmogelijkheden zij hebben. Zo is van belang te weten op welke goederen beslag kan worden gelegd, tot welk bedrag reeds zekerheid is verleend in de vorm van een hypotheek en welke verdere inschrijvingen er ten aanzien van het goed hebben plaatsgevonden. Ook de afwikkeling van het transport, waaronder begrepen het behartigen van de belangen van de betrokken financiers (zowel degene die moet worden afgelost als degene die een nieuwe financiering verstrekt), van de overheid (overdrachtsbelasting) en van beslagleggers dient op correcte wijze plaats te vinden. Om in beeld te brengen welke rol thans in de vastgoedpraktijk aan de notaris toekomt wordt hier kort op ingegaan.

6.3.2 *De rol van de notaris in de vastgoedpraktijk*

Het verlenen van het passeermonopolie aan de notaris in de vastgoedpraktijk is zoals hiervoor gezegd een duidelijke keuze en heeft geleid tot een vastgoedstelsel dat uitgebreid wordt nagevolgd.²⁰ Natuurlijk is het bewerkstelligen van wijzigingen in goederenrechtelijke verhoudingen van een andere orde dan het vormgeven van obligatoire overeenkomsten, al kunnen deze de kiem in zich hebben van ingrijpende goederenrechtelijke figuren of afspraken.²¹

¹⁶ Welke mogelijkheid wordt geopend in artikel 25 Verordening Beroeps- en gedragsregels.

¹⁷ HR 20 januari 1989, NJ 1989, 766, m.nt. EEAL.

¹⁸ R.o. 3.3.

¹⁹ Zie ook Melis/Waaijer, a.w. p. 109 e.v.

²⁰ Zie onder meer Verstappen 2009.

²¹ Denk aan het overeen komen van kwalitatieve verplichtingen of erfdiensbaarheden, het afspreken van ontbindende voorwaarden, het overeen komen van bepaalde aankoopverhoudingen, huurovereenkomsten etc.

In het algemeen beperkt de rol van de notaris zich tot de goederenrechtelijke kant van de transacties, zij het dat in Amsterdam en enkele van haar buurgemeenten ook de obligatoire fase zich afspeelt bij de notaris. Achtereenvolgens wordt de rol van de notaris in het vastgoedproces buiten en binnen Amsterdam bekeken.

6.3.2.1 De rol van de notaris in de vastgoedpraktijk buiten Amsterdam

Ervan uitgaande dat de koopovereenkomst wordt aangegaan met behulp van een makelaar, zal de notaris een getekende koopovereenkomst toegestuurd krijgen met het verzoek op basis hiervan een ontwerp leveringsakte op te stellen. Adviseren over de koopovereenkomst kan hij niet, nu deze al tot stand is gekomen. Zoals reeds besproken in hoofdstuk IV aangaande de Vormerkung is een punt van kritiek dat bij het plaatsen van de Vormerkung, iets wat verplicht door de notaris plaatsvindt, de notaris geen inhoudelijke rol toekomt. In artikel 7:3 lid 2 BW is immers nergens bepaald dat de in te schrijven koopovereenkomst tot stand moet zijn gekomen met tussenkomst van de notaris.

De notaris zal vervolgens allereerst het pand ‘rechercheren’; inzage nemen in de openbare registers om te zien wie er tot het pand gerechtigd is, of dit eigendom, opstal, erfpacht of wellicht een appartementsrecht betreft, of het pand reeds is verkocht (Vormerkung), of er erfdienstbaarheden of andersoortige zakelijke rechten op het goed rusten (zoals een aanschrijving in het kader van de Wet Voorkeursrecht Gemeenten) en of het goed is belast met een recht van hypotheek of beslag. Daarnaast zal de notaris partijen gaan identificeren; inzage nemen in de Gemeentelijke Basisadministratie (GBA) en partijen vragen om een kopie van een geldig legitimatiebewijs. De notaris kan via het VIS-systeem (zie hoofdstuk VII) nagaan of dit niet is vermist of als gestolen opgegeven. Vervolgens zal de notaris de betreffende Gemeente benaderen om na te gaan welke zakelijke lasten er verschuldigd zijn (OZB, riolrechten etc.) alsook de eventuele hypotheekhouder om te kijken welk bedrag noodzakelijk is om per de datum van de overdracht de lening af te lossen. In de tussentijd houdt de notaris in de gaten of een eventueel afgesproken waarborgsom of bankgarantie is ontvangen en zo nodig zal hij de koper aan deze verplichting herinneren.

De notaris stelt een ontwerp van de leveringsakte op en meestal ook van de hypotheekakte ten behoeve van de koper, maakt nota's van afrekening op waaruit inzichtelijk wordt welke bedragen door de diverse betrokkenen verschuldigd zijn of worden ontvangen en stuurt ontwerpen naar alle betrokkenen (waaronder de financier).

Op de datum van de overdracht zal de notaris nogmaals inzage nemen om te kijken of het goed niet is beslagen, of er geen extra zakelijk recht (bijvoorbeeld hypotheek of erfdienstbaarheid) op is gevestigd, en of de eigendomssituatie nog conform de eerste inzage is. Tevens wordt het faillissementsregister geraadpleegd. Wanneer partijen zich melden wordt het legitimatiebewijs gecontroleerd en zal de notaris controleren of de koopsom is ontvangen.

Vervolgens worden de leverings- en hypotheekakte getekend, waarbij de notaris partijen informeert over de inhoud van de akten en de consequenties van de betreffende bepalingen. Na ondertekening zorgt de notaris dat de akten ter inschrijving worden aangeboden aan de openbare registers. De dag na aanbidding zal de notaris nagaan via de zogeheten ‘narecherche’ of de toestand van het goed nog steeds zo is, als bij de herrecherche uit de openbare registers kenbaar was. Is dit het geval dan kan hij overgaan tot uitboeking van de gelden aan de betrokkenen (een deel voor de financier, een deel voor de verkoper, eventueel een deel voor de makelaar).²²

Nadeel van deze manier van werken is dat de notaris er pas bij rechercheren achter kan komen dat bijvoorbeeld het pand ten name staat van een ander dan de verkoper of dat het pand is beslagen. Afgesproken leverdata of voorwaarden kunnen dan onder druk komen te staan.

²² Zie over de theorie van uitbetaling van de gelden de Beleidsregel uitbetaling gelden van de KNB alsook de opmerkingen over dit systeem van de zijde van H.M.I.Th. Breedveld en L.W. Kelterman in: Breedveld & Kelterman 2007. Overigens is deze werkwijze gemeengoed geworden na wijzing van het zogeheten Baarns beslag-arrest, HR 30 januari 1981, NJ 1982, 56.

Een mogelijk probleem doet zich voor wanneer de woning ten name staat van iemand die is overleden, terwijl een van de kinderen voortvarend de koopovereenkomst heeft getekend. De notaris zal moeten nagaan wie de erfgenamen zijn, en dus wie over de woning kan beschikken.

Ook valt te denken aan de situatie dat de woning wordt verkocht door een echtgenoot zonder dat de andere echtgenoot hiervan op de hoogte is. De notaris zal zich ervan moeten vergewissen dat ook de andere echtgenoot met de verkoop instemt, dit om vernietigbaarheid van de verkoop te voorkomen. Overigens zij opgemerkt dat de toestemming is vereist voor de verkoop, niet voor de levering.²³

Een ander probleem kan zich voordoen aan koperszijde:

A koopt een woning van B en maakt afspraken met een bank over de financiering. A blijkt samen te wonen met C. C gaat meebetalen aan de kosten van de hypotheek, inclusief de aflossing. Gezien de bedoeling van partijen zou de koopovereenkomst moeten zijn aangegaan door A en C gezamenlijk. De notaris zal nu in de leveringsakte een bepaling moeten opnemen inhoudende cessie van het onverdeeld aandeel in het recht op levering door A aan C. Nog anders kan het liggen wanneer een van de samenwoners eigen geld in de aan te kopen woning stopt. Het te verkrijgen aandeel in de woning kan dan van groot belang zijn, ook fiscaal. Wanneer in de koopovereenkomst is afgesproken dat de samenwoners gezamenlijk kopen zal ook dit moeten worden 'rechtgetrokken'.

6.3.2.2 De rol van de notaris in de vastgoedpraktijk in Amsterdam

Onder de huidige wet komt zoals gezegd de notaris in het koopproces meestal pas in beeld wanneer de koop al is gesloten. Alhoewel er geen harde data bekend zijn in de zin van een percentage van de koopovereenkomsten dat door notarissen wordt opgesteld, mag worden aangenomen dat het overgrote deel van de koopovereenkomsten tot stand komt met medewerking van een makelaar.

Een uitzondering kan worden gemaakt voor de koopovereenkomsten in Amsterdam en nabije omgeving, waar het gebruik is de koopovereenkomst op te laten stellen door de notaris. De makelaar is daar slechts intermediair tussen de partijen en degene die onderzoek doet naar zaken als de bouwkundige staat van het verkochte.

Opmerkelijk is dat niet precies na te gaan valt op welke wijze de 'Amsterdamse praktijk' tot stand is gekomen. Wel duidelijk is dat de praktijk al ten minste 80 jaar bestaat en dat de praktijk zich niet verder buiten Amsterdam heeft ontwikkeld. Een verklaring hiervoor zou kunnen zijn dat in Amsterdam de makelaars weten dat de koopovereenkomst bij de notaris wordt opgesteld en zij partijen niet voorstellen de makelaar dit te laten doen. Uit de gesprekken die zijn gevoerd alsook uit de enquêtes blijkt niet dat er verschil bestaat tussen de toepassing van de bedenktijd in of buiten Amsterdam. De Amsterdamse notarissen wijzen evenzeer op de werking van de bedenktijd als de makelaars buiten Amsterdam dat doen. Voor zover dit kan worden beoordeeld, wordt er door kopers binnen Amsterdam niet meer of minder gebruik gemaakt van hun mogelijkheid de koopovereenkomst tijdens de bedenktijd te ontbinden.

Indien de koopovereenkomst wordt opgesteld door de notaris zullen partijen, die al dan niet met behulp van een makelaar tot elkaar zijn gekomen, gezamenlijk bij de notaris aan tafel komen voor het opstellen van de koopovereenkomst. De notaris is niet in de arm genomen door koper of verkoper, zodat bij het opstellen van de koopovereenkomst de notaris de belangen van alle betrokkenen in het oog zal houden. Dit is een verschil met de gangbare praktijk wanneer de koopovereenkomst wordt opgesteld door een makelaar van de koper of verkoper. Deze zal naar de aard van zijn opdracht met name de belangen van zijn opdrachtgever behartigen. De notaris moet beide partijen informeren over de reikwijdte van de door hen gewenste afspraken, juridische problemen constateren en de balans tussen partijen in het oog houden. Op basis van de door partijen gegeven input (eventuele makelaars/adviseurs van partijen kunnen bij de bespreking bij de notaris aanwezig zijn) wordt een conceptovereenkomst opgesteld en aan partijen toegezonden. Het feit dat het opstellen en verzenden van deze overeenkomst de nodige tijd kan vergen zal

²³ Artikel 1:88 BW.

partijen de tijd geven zich te beraden op hun positie en de door hen te nemen beslissing. Bouwkundige expertise is in deze situatie in de obligatoire fase aanwezig in de persoon van de begeleidende makelaar(s), juridische expertise in de persoon van de notaris. Natuurlijk vergt dit ideaalbeeld een serieuze inzet van alle betrokken adviseurs, waaronder uitdrukkelijk de betrokken notaris.

6.3.3 *Mogelijke verklaring voor de beperking tot Amsterdam*

Er is in de literatuur geen duidelijke verklaring te vinden voor het feit dat de Amsterdamse praktijk zich slechts in beperkte mate buiten Amsterdam heeft verspreid, dit terwijl blijkens de enquêtes zowel de makelaars als de notarissen binnen Amsterdam aangeven zeer tevreden te zijn met de huidige praktijk.

Een voor de hand liggende verklaring is dat buiten Amsterdam koper en verkoper natuurlijkerwijze eerst in aanraking komen met een makelaar die hen zal aanbieden de koopovereenkomst op te stellen (als onderdeel van een ‘package-deal’). De makelaar zal naar alle waarschijnlijkheid partijen niet adviseren ook bij een notaris of anderen te informeren naar de mogelijkheden en kosten van het opstellen van een koopovereenkomst. Omdat partijen in deze situatie pas met de notaris in aanraking komen als de leverings- en hypotheekakte in beeld komen, is het laten opstellen door de notaris van de koopovereenkomst een gepasseerd station.

Vorenstaande veronderstelling wordt ondersteund door de wijze waarop de diverse makelaarsorganisaties, de VEH en de GIW de consumenten informeren omtrent het opstellen van de koopovereenkomst. Zo geeft de makelaarsorganisatie NVM op haar website in een stappenplan aan, dat de koopovereenkomst wordt opgesteld door een makelaar: ofwel de makelaar van de verkoper ofwel die van de koper.²⁴ Niet wordt de mogelijkheid genoemd dat de koopovereenkomst door een andere deskundige wordt opgesteld. Pas wanneer de koopovereenkomst is ondertekend gaat het origineel naar de notaris, aldus de site. Ook de Vereniging Eigen Huis noemt de notaris niet als mogelijke deskundige maar gaat uit van een standaard NVM- of VEH-contract dat eventueel kan worden beoordeeld door een deskundige van de VEH. Ook de LMV, VBO en GIW gaan op hun websites uit van het opstellen van de koopovereenkomst door de makelaar en laten de notaris eerst in beeld komen bij het transport.

De minister merkte in de totstandkomingsgeschiedenis over de Amsterdamse praktijk op:

‘De evaluatie van de wet van 5 juni 2003, Stb. 2003, 238 (Koop Onroerende Zaken), die is voorzien in 2008 lijkt de minister het goede moment om de huidige standpunten te bevestigen, te nuanceren of te herzien. Hij ziet de waarde van de Amsterdamse praktijk. Het aldaar gehanteerde model heeft zich bewezen. Onlangs vond er overleg plaats over de problemen die zich voordoen bij onroerendgoedtransacties. Toen heeft de minister al toegezegd te zullen nadenken over mogelijkheden om wat onordelijke elementen in het onroerend goed verkeer terug te dringen. Het is niet uit te sluiten dat het Amsterdams model of elementen daarvan hierin een rol zullen spelen, maar er zijn ook andere benaderingen denkbaar: het inbouwen van selectief werkende factoren in de beoordeling of manieren om de notarissen in staat te stellen, hun recherchefunctie verder uit te bouwen. Er zijn ook bezwaren verbonden aan het model.’

Een belangrijk aspect van de ‘Amsterdamse praktijk’ dat vooral onder de aandacht is gebracht door de diverse belangenorganisaties maar ook door bijvoorbeeld het CDA, is dat deze op vrijwilligheid berust. Dit is inderdaad het geval. In hoeverre kopers en verkopers echter de facto de vrijheid hebben te kiezen voor een andere wijze van vastlegging van de gemaakte afspraken is echter de vraag. Zoals gezegd is in Amsterdam gangbaar dat de makelaars met hun cliënten de gang maken naar de notaris. Het is veilig te veronderstellen dat slechts zeer weinig kopers weigeren naar de notaris te gaan en er bij de makelaar op aan zullen dringen dat deze zelf de koopovereenkomst opstelt.

Indien de notaris zelf degene is die de koopovereenkomst opstelt of hierbij adviseert, heeft hij de verplichting tot ‘Belehrung en Beratung’. Vanuit zijn onpartijdige positie²⁵ is hij gehouden partijen te

²⁴ <www.nvm.nl/nvm/index.jsp?navid=nvm092334> en wel bij stap 6

²⁵ Dit in tegenstelling tot bijvoorbeeld de advocaat of makelaar die in de regel zal optreden voor een van partijen.

informereren over hun juridische positie en de gevolgen van het aangaan van de overeenkomst. De notaris is vanzelfsprekend geen deskundige op het gebied van de bouwkundige staat van het verkochte, zodat hij inhoudelijk hier geen uitspraken over zal kunnen doen. Wel zal hij bijvoorbeeld partijen kunnen vertellen wat de omvang is van hun mededelings- en onderzoeksplicht, wat de gevolgen zijn indien zij hieraan niet voldoen en wat hun acties zijn indien het goed niet voldoet aan de overeenkomst. In dit kader dient erop te worden gewezen dat de notaris is onderworpen aan tuchtrecht, wat zorgt voor uniformering van handelen alsook voor een sterke impuls om te handelen conform de regels van Wet op het Notarisambt en de geldende verordeningen.

Na eventueel plaatsnemen van de Vormerkung²⁶ zal de notaris overgaan tot het opstellen en verlijden van de leveringsakte.

6.4 Is er reden of noodzaak voor verplichte notariële interventie in de obligatoire fase?

6.4.1 *Het rapport Hammerstein*

De vraag of er *reden* is de notaris reeds in te schakelen bij de obligatoire fase van de koop is er een waar meermaals aandacht aan is besteed, ook in het kader van de evaluatie van de Wet op het Notarisambt.²⁷

In het rapport dat verscheen ter gelegenheid van voormelde evaluatie, ook wel het Rapport Hammerstein genoemd, wordt bovenstaande vraag bevestigend beantwoord. Niet alleen wordt in dit kader gewezen op de noodzaak de notaris zijn verplichting tot ‘Beleheren en Beraten’ daadwerkelijk inhoud te laten geven, ook is de rechtszekerheid een element dat in gemeld rapport als essentiële kernwaarde wordt genoemd:

‘Wilscontrole, Belehrung en Beratung liggen in de onroerend goed praktijk wezenlijk anders dan bij het familierecht. De koopovereenkomst is al gesloten, evenals de geldleningovereenkomst. De tussenkomst van de notaris is vervolgens uit een oogpunt van rechtsorde nodig omdat in ca 10% van de gevallen hetzij gebreken in de wilsvorming bestaan, hetzij juridisch-technische problemen, hetzij het geldverkeer zorgen baart. Specialistische kennis is in de consumptieve (ambachtelijke) onroerend goed sector voor het publiek niet interessant. Die manifesteert zich vooral in de commerciële onroerend goed praktijk. Naar het oordeel van de commissie is het noodzakelijk dat de notaris al in een eerder stadium, in de precontractuele fase, wordt ingeschakeld om zijn kerntaak werkelijk die inhoud te geven die partijen van de notaris verwachten. Wat dit betreft is de Amsterdamse praktijk, waarbij de makelaar vóór het afsluiten van de koopovereenkomst samen met de partijen naar de notaris gaat om gezamenlijk de koopovereenkomst door te nemen voordat er getekend wordt, een goed systeem dat landelijk navolging verdient.’²⁸

Ten aanzien van de geldende rol van de notaris in het ‘vastgoedproces’ merkt de Commissie Hammerstein op:

‘De commissie is van oordeel dat aan de rol van de notaris veel meer betekenis kan worden gegeven door deze te verschuiven naar de fase van het tot stand komen van de obligatoire rechtshandelingen. In deze fase kan de verplichte tussenkomst van een deskundige, onafhankelijke en onpartijdige functionaris een belangrijke bijdrage leveren aan de kwaliteit van de overeenkomst, het voorkomen van dwaling en fouten, en in het algemeen de advisering van partijen dienen. De notaris kan in deze positie ook de rol van toezichthouder vervullen waardoor de kans op frauduleuze en dubieuze transacties wordt verminderd. Dit laatste is van groot publiek belang. (...)Het grote voordeel van een vroegtijdige inschakeling van de notaris is gelegen in de tijdige, onpartijdige en zorgvuldige behartiging van de belangen van de bij de koop betrokken partijen en eventuele derden. Voor de makelaars is daarnaast altijd een belangrijk argument geweest dat zij bij dit systeem zich kunnen richten op de commerciële en bouwkundige aspecten van de overeenkomst, waarbij de notaris in een vroegtijdig stadium zorg draagt voor de juridische begeleiding (incl. signalering van eventuele problemen in de familierechtelijke of vennootschapsrechtelijke sfeer van betrokkenen). Voor partijen biedt dit systeem bovendien het voordeel dat zij in een vroeg stadium eventuele met de koop samenhangende vragen met de notaris kunnen bespreken, bijvoorbeeld (bij partners) de tenaamstelling van de onroerende zaak en de gevolgen van de wijze van financiering, een en ander in het bijzonder met het oog op

²⁶ Zie hiervoor uitgebreider hoofdstuk IV.

²⁷ Hammerstein e.a. 2005.

²⁸ Hammerstein e.a. 2005, p. 38.

(echt)scheiding of overlijden. De laatste jaren is daarbij ook als belangrijk voordeel naar voren gekomen dat de notaris van de aanvang af inzicht kan krijgen in de hoedanigheid en de identiteit van betrokkenen, hetgeen van groot belang kan zijn bij het tijdig onderkennen van dubieuze transacties.²⁹

Tot op heden zijn alle aanbevelingen uit het Rapport Hammerstein door het Kabinet overgenomen, met uitzondering van de verplichte inschakeling van de notaris bij de obligatoire fase van de koop³⁰ en de wijze van beslechting van declaratiegeschillen.

Om de discussie zuiver te houden verdient het aanbeveling een onderscheid te maken in:

1. de mogelijk rol van de notaris bij het gelijk maken van het speelveld van partijen en het bevorderen van de rechtszekerheid ('buiten de fraude'), en;
2. de mogelijke rol van de notaris bij bestrijding van de vastgoedfraude.

In dit hoofdstuk staat de rol van de notaris los van de fraudeproblematiek centraal. Het volgende hoofdstuk is gewijd aan de mogelijke rol van de notaris bij bestrijding van vastgoedfraude.

6.4.2 *De rol van de notaris 'buiten de fraude'*

Een aspect dat geheel los staat van de bestrijding van fraude is dat van de voorlichting en partijbescherming. De notaris lijkt gezien zijn opleiding en neutrale positie bij uitstek degene die partijen kan informeren over de juridische implicaties van de koopovereenkomst. Hij kan partijen wijzen op de omvang van mededelings- en onderzoeksplichten, de gevolgen van het hier niet aan voldoen, de mogelijkheden tot en gevolgen van ontbinding of vernietiging, de meest aangewezen wijze van aankoop (op een naam, op beider naam) etcetera. De bouwkundige aspecten behoren uitdrukkelijk niet tot het terrein van de notaris maar liggen op het terrein van een makelaar of bouwkundige. De notaris is degene die in het contract bepalingen voorstelt die de gevolgen van bouwkundige problemen en non-conformiteit regelen.

Over de vraag of er de *noodzaak* bestaat de notaris verplicht een rol te geven in de obligatoire fase wordt verschillend gedacht. Zo gaven in 2007 bij de bespreking van het rapport Hammerstein de diverse politieke partijen hun visie op onder meer de verplichte inschakeling van de notaris. Waar het CDA dat zich uitsprak tegen de verplichte inschakeling,³¹ gaven de overige aan het woord komende partijen³² aan positief te staan tegenover de inschakeling van de notaris in de obligatoire fase.³³

De Minister heeft als reden voor het vooralsnog niet verplicht inschakelen van de notaris de beleidsafweging genoemd enerzijds de positie van de 'consumentkoper' zo goed mogelijk te beschermen, en anderzijds de marktwerking niet verder te belemmeren dan noodzakelijk.

"De evaluatie van de wet van 5 juni 2003, Stb. 2003, 238 (Koop Onroerende Zaken), die is voorzien in 2008 lijkt de minister het goede moment om de huidige standpunten te bevestigen, te nuanceren of te herzien. Hij ziet de waarde van de Amsterdamse praktijk. Het aldaar gehanteerde model heeft zich bewezen. Onlangs vond er overleg plaats over de problemen die zich voordoen bij onroerendgoedtransacties. Toen heeft de minister al toegezegd te zullen nadenken over mogelijkheden om wat onordelijke elementen in het onroerend goed verkeer terug te dringen. Het is niet uit te sluiten dat het Amsterdams model of elementen daarvan hierin een rol zullen spelen, maar er zijn ook andere benaderingen denkbaar: het inbouwen van selectief werkende factoren in de beoordeling of manieren om de notarissen in staat te stellen, hun recherchefunctie verder uit bouwen. Er zijn ook bezwaren verbonden aan het model.

²⁹ Rapport Commissie Hammerstein, p. 39, aanbeveling 4.4.

³⁰ Dit overigens tot verwondering en soms groot ongenoegen van de juridisch woordvoerders van de (destijds) grote partijen. Zie Scheltema 2006.

³¹ Belangrijk argument van het CDA is dat de Amsterdamse praktijk ook op vrijwilligheid berust en dat wanneer het systeem goed werkt, het vanzelf elders in den lande ingevoerd zal worden. *Kamerstukken II*, 2006/07, 23 706, nr. 67, p. 3.

³² Te weten de PvdA, VVD, SP en SGP.

³³ *Kamerstukken II*, 2006/07, 23 706, nr. 67, p. 1 e.v.

De minister wil drie elementen in samenhang bezien. Ten eerste de mogelijkheden om de betrouwbaarheid in de onroerendgoedsector te vergroten; ten tweede de merites van het Amsterdamse model en ten derde de verhouding tot het BW, waar ook zijn voorganger reeds op heeft gewezen. Daar wil hij ook de evaluatie bij betrekken die in 2008 is voorzien.³⁴

Aanbeveling

Zoals uit de hoofdstukken 2 en 3 is gebleken, zijn er problemen gerezen bij de toepassing van het schriftelijkheidsvereiste en geeft de bedenktijd niet de bescherming die deze zou moeten bieden. Er is geen waarborg dat partijen worden bijgestaan door een ter zake (juridisch) deskundige die er op toeziet dat de afspraken sluitend worden vastgelegd en die partijen wijst op bijvoorbeeld de mogelijkheden van Vormerkung.

Ook de opkomst van initiatieven als internetmakelaars die zelfwerkzaamheid stimuleren, werkt niet bevorderlijk. Ook in dit kader is er reden tot verplichte inschakeling van een deskundige in de obligatoire fase. Gezien diens specifieke deskundigheid ligt het voor de hand dat het de notaris zal zijn die deze rol krijgt toebedeeld, waarbij moet worden opgemerkt dat de notaris geen expert is op het gebied van de bouwkundige staat van het verkochte.

6.4.3 De kosten van verplichte inschakeling van de notaris

Een belangrijk punt dat met name op tafel is gelegd door de betrokken consumentenorganisaties, maar ook door bijvoorbeeld de makelaarsorganisaties, is dat verplichte inschakeling van de notaris in de obligatoire fase zou leiden tot verhoging van de kosten voor de consument. Bij de totstandkoming van de Wet koop onroerende zaken gaf de KNB aan dat dit niet aan de orde zou zijn, maar opmerking verdient dat deze toezegging werd gedaan voor invoering van de huidige Wet op het Notarisambt, waarin de notariële tarieven vrij zijn gelaten.³⁵

De Minister merkte op:

‘In de wetenschappelijke literatuur wordt uiteengezet dat de consument met de wachttijdbepaling aanzienlijk minder goed af is in het voorontwerp, waarin de notariële koopakte was opgenomen. De oppositie van de consumentenorganisaties is volgens C.C. van Dam te verklaren uit het feit dat zij destijds ageerden tegen de te hoge notariële tarieven. Deze problematiek is inmiddels opgelost door de nieuwe Notariswet, die naar verwachting medio 1999 zal worden ingevoerd. De vaste tarieven zijn na verloop van een overgangperiode afgeschaft, zodat partijen zullen kiezen voor de notaris die de koopakte tegen de laagste kosten opmaakt.³⁶

‘Het is thans nog te vroeg om de stelling te beoordelen dat het probleem dat een notariële koopakte mogelijk zou leiden tot hogere notariële tarieven, is opgelost door de nieuwe Wet op het notarisambt, die leidt tot een zekere marktwerking binnen het notariaat. Zoals bekend is in deze wet voorzien in een overgangperiode van drie jaar na de inwerkingtreding van de wet (1 oktober 1999), gedurende welke de notariële tarieven inzake transacties met onroerende zaken stapsgewijs worden vrijgelaten. Zoals de Commissie monitoring notariaat in haar rapport over het eerste jaar van monitoring van bedoelde overgangperiode van drie jaar heeft aangegeven (aangeboden aan de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal bij brief van de voorzitter van de Commissie van 14 juli 2000), bewogen de gemiddelde tarieven voor transacties met onroerende zaken zich in dit eerste jaar van monitoring rond de oude vaste tarieven.³⁷

Een vraag in dit verband is of van de notaris verwacht mag worden dat hij het opstellen en beoordelen van de intrinsieke koopovereenkomst geheel kosteloos doet. Zeker nu de notariële tarieven voor transporten in de afgelopen vijf jaar met zo'n 15% zijn gedaald,³⁸ valt niet te verwachten dat extra werkzaamheden

³⁴ *Kamerstukken II*, 2006/07, 23 706, nr. 67, p. 8.

³⁵ Overigens was het kostenaspect ook in 2006/07 nog een punt van zorg voor de VVD, zie voor hetgeen de heer Teeven hierover opmerkte *Kamerstukken II*, 2006/07, 23 706, nr. 67, p. 4.

³⁶ *Kamerstukken II*, 2006/07, 23 706, nr. 67, p. 4, sub 9.

³⁷ *Idem*, p. 21.

³⁸ Baarsma & Janssen 2009.

nog voor hetzelfde tarief verricht zullen of kunnen worden. Anderzijds ligt het in de lijn der verwachting dat indien het opstellen van de koopovereenkomst niet meer door de makelaar zal geschieden, diens tarief zal dalen.

6.5. Samenvattende conclusies

Bij de vraag of er reden of noodzaak is verplicht de notaris in te schakelen in de obligatoire fase van de koopovereenkomst, spelen twee belangrijke factoren een rol. Enerzijds de onpartijdigheid en specifieke deskundigheid op het gebied van de koop, anderzijds het feit dat de notaris gezien zijn passeermonopolie ten aanzien van de leveringsakte sowieso in beeld komt en een groot deel van het door hem te verrichten onderzoek eerder in het proces plaats vindt.

Bij het eerste aspect, de specifieke deskundigheid moet er onderscheid worden gemaakt tussen het bemiddelen en beoordelen van de feitelijke staat van de woning enerzijds en de juridische aspecten van de koop anderzijds. De praktijk in Amsterdam wordt, zo blijkt uit de enquêtes, zowel door makelaars als notarissen als positief ervaren, terwijl ook de politiek zich meermaals positief over de Amsterdamse praktijk heeft uitgelaten. De twee-wegenleer, die in de totstandkomingsgeschiedenis op weinig bijval kon rekenen, lijkt niet de aangewezen weg al wordt hierover blijkens de enquêtes positief gedacht.

De vrijheid die gelegen zou liggen in het optioneel houden van ‘het Amsterdamse systeem’ is zeer betrekkelijk; zoals het onderzoek heeft uitgewezen worden particulieren buiten Amsterdam niet attent gemaakt op de mogelijkheid de koopovereenkomst door een notaris te laten opstellen, sterker nog, de notaris wordt nauwelijks positief onder de aandacht gebracht. Vorenstaande valt overigens te verklaren uit de branchebeschermende opstelling van alle betrokkenen.

Gezien de specifieke juridische expertise aan de zijde van de notaris is zijn interventie bij het opstellen van de koopovereenkomst naar het oordeel van het onderzoeksteam wenselijk, met name waar het betreft koopovereenkomst waar particuliere kopers bij betrokken zijn. Ook de onpartijdigheid van de notaris is hierbij een belangrijk gegeven. Evenals in Amsterdam het geval is zal de rol van de makelaar kunnen bestaan in het bij elkaar brengen van partijen en het onderzoek doen naar de feitelijke en bouwkundige toestand van het pand.

Overigens is vorenstaande in lijn met de conclusie die al in 2005 werd getrokken door de Commissie Hammerstein en tevens met de tendens zoals deze zich in de kamer aftekende in 2003, direct voordat de minister stelde het wetsvoorstel in te zullen trekken.³⁹

Dat de notaris degene is die de leveringsakte op zal stellen en passeren maakt zijn betrokkenheid bij de totstandkoming van de koopovereenkomst des te logischer. Vele gegevens die de notaris nodig heeft voor het opstellen van de leveringsakte krijgt hij dan al in de obligatoire fase. Daarbij komt dat bij door zijn juridische kennis partijen kan adviseren bij de redactie van de te maken afspraken hetgeen ‘reparatiewerk’ in de leveringsakte voorkomt.

Op basis van de enquêtes komt geen eenduidig beeld naar voren ten aanzien van de verwachting of de tarieven zullen stijgen. Binnen Amsterdam heeft zich een dusdanige praktijk ontwikkeld dat stijging niet aan de orde zal zijn. Buiten Amsterdam is dat niet het geval. Gezien de tariefdaling die zich sinds het vrijgeven van de tarieven in 1999 in de vastgoedpraktijk heeft voorgedaan lijkt het onwaarschijnlijk dat het toekennen van extra werkzaamheden zonder tariefverhoging plaats kan vinden. Gezien de tariefdalingen in de afgelopen jaren en de extra waarborgen voor de koper die met notariële interventie zijn gemoeid, is de vraag of tariefverhoging per definitie als problematisch aan te merken valt.

³⁹ Zie paragraaf 6.2.3.1.

HOOFDSTUK VII VASTGOEDFRAUDE

7.1 Ter inleiding

In dit hoofdstuk staat de vastgoedfraude centraal. In tegenstelling tot de andere hoofdstukken heeft dit hoofdstuk geen evaluerend karakter, nu fraudebestrijding bij het tot stand komen van de wet in het geheel niet aan de orde was als (bijkomend) doel van schriftelijkheid of Vormerkung. De vastgoedfraude heeft de afgelopen tijd veel aandacht gekregen, zowel van het notariaat, als van de media en de politiek. Zo is bijvoorbeeld aangegeven in een gezamenlijke brief van de Ministers van Justitie, van Financiën en van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties dat in de evaluatie Wet koop onroerende zaken expliciet aandacht zal worden besteed aan de bestrijding van de vastgoedfraude door het onderzoeken van ofwel inschakeling van de notaris in de obligatoire fase ofwel andere mogelijkheden.¹

De vraag om te zoeken naar mogelijkheden van de notaris om vastgoedfraude te voorkomen, is een gerechtvaardigde vraag. Doordat artikel 3:89 lid 1 BW voor overdracht een notariële akte vereist, die wordt ingeschreven in de openbare registers, is de notaris een niet te vermijden schakel in het proces van overdracht.

Specifiek wordt in dit hoofdstuk ingegaan op de vraag of de notaris een rol kan spelen in het voorkomen van vastgoedfraude doordat hij wordt betrokken bij (de obligatoire fase van) de koopovereenkomst. Daarnaast wordt onderzocht of er nog andere instrumenten zijn die, in het kader van de Wet koop onroerende zaken, een mogelijkheid geven tot voorkoming van de vastgoedfraude.

De vraagstelling die hier ter beantwoording voorligt luidt:

Kan verplichte notariële tussenkomst in de obligatoire fase van de koopovereenkomst een zinvolle bijdrage leveren aan het voorkomen van fraude in de wereld van onroerend goed, of zijn er daartoe andere mogelijkheden?

De beantwoording van de vraagstelling vraagt allereerst om een uiteenzetting van de verschillende soorten vastgoedfraude. Vervolgens zullen de knelpunten aan de orde komen en zal moeten worden gekeken naar de rol van de notaris in deze. Als laatste wordt gekeken naar andere mogelijkheden voor de bestrijding van vastgoedfraude. Mede gezien de omvang van het onderwerp en de opzet van de onderhavige evaluatie Wet koop onroerende zaken beogen wij geenszins een uitputtend en sluitend overzicht of voorstel te presenteren, maar dient mede gekeken te worden naar de vele rapporten die reeds over dit onderwerp verschenen zijn.²

7.2 Vastgoedfraude

7.2.1 Ter inleiding

In het algemeen is de vastgoedmarkt in Nederland goed geordend en internationaal toonaangevend.³ Er bestaat echter het vermoeden dat de vastgoedmarkt erg aantrekkelijk is voor het witwassen van gelden nu zij veelal hoge stabiele rendementen geeft, tot op heden ontransparant is en de waarde- en prijsvorming van vastgoed bovendien gemakkelijk te manipuleren zijn.⁴

¹ Directoraat-generaal Rechtspleging en Rechtshandhaving, 3 november 2008, kenmerk 5569679/08, p. 13.

² Ferwerda e.a. 2007. Van Gestel 2008. Scheepmaker e.a. 2006. *Rapportage Project Vastgoed*, Financieel Expertise Centrum, Amsterdam juli 2008. Joldersma e.a. 2008. Gemeente Rotterdam, *De fraude voorbij: Voorstel van Rotterdam voor een integrale aanpak van vastgoed- en hypotheekfraude*. Het rapport van de Algemene Rekenkamer, *Bestrijden witwassen en terrorismefinanciering, Kamerstukken II*, vergaderjaar 2007/08, 31 477, nrs. 1-2.

³ Directoraat-generaal Rechtspleging en Rechtshandhaving, 3 november 2008, kenmerk 5569679/08, p. 3.

⁴ Directoraat-generaal Rechtspleging en Rechtshandhaving, 3 november 2008, kenmerk 5569679/08, p. 4.

“Vastgoedfraude” is een verzamelnaam voor verschillende soorten fraude waarin registergoederen een rol spelen. Voor het beantwoorden van de hier centraal gestelde vraag is het afbakenen en definiëren van het begrip evenwel van belang. Er zijn al verschillende rapporten over de vastgoedfraude uitgebracht in opdracht van onder meer het WODC. Hoewel de in deze rapporten gebruikte terminologie meermaals afwijkt van die welke in juridische kring gebruikelijk is, haken wij met het oog op eenvormigheid in deze rapportage aan bij de begripsbepaling en afbakening genoemd in het rapport “Malafide activiteiten in de vastgoedsector.”⁵

In het rapport “Malafide activiteiten in de vastgoedsector” wordt allereerst onderscheid gemaakt tussen malafide activiteiten met betrekking tot de exploitatie van en speculatie in onroerend goed. Aangegeven wordt dat exploitatie en speculatie in beginsel rechtmatig en legitiem zijn, maar dat er ook dubieuze elementen te onderscheiden zijn. De exploitatie wordt vervolgens opgedeeld in onrechtmatige bewoning, onregelmatigheden rond de verhuur en onrechtmatig gebruik.⁶ In ons rapport zal de exploitatie niet verder aan de orde komen, aangezien de exploitatie aangeeft wat er *in* panden gebeurt en de notaris (of de hierna te bespreken actoren) hier niet direct een rol bij zal kunnen spelen. Dit zal wel het geval kunnen zijn bij de *speculatie* in onroerend goed. Het rapport onderscheidt voor de speculatie de volgende verschijningsvormen:⁷

1. ABC-transacties;
2. verkoopcarrousel;
3. hypotheekfraude;
4. belastingontduiking;
5. witwassen;
6. hypotheekdiscriminatie; en
7. intimidatie en bedreiging.

Van bovengenoemde verschijningsvormen van speculatie in onroerend goed, komen de meeste problemen voort uit de ABC-transacties en de hypotheekfraude.⁸ In het onderhavige hoofdstuk ligt de nadruk met betrekking tot de mogelijkheden voor bestrijding van fraude dan ook voornamelijk op deze twee vormen.

De onder 6 en 7 genoemde verschijningsvormen van speculatie zijn naar de mening van het onderzoeksteam geen vormen van vastgoedfraude, reden waarom ze in deze rapportage niet nader worden besproken. Bij hypotheekdiscriminatie, ook wel redlining genoemd, worden bewoners van bepaalde ‘riskante’ wijken uitgesloten van het verkrijgen van een hypotheek.⁹ Intimidatie en bedreiging kunnen gericht zijn tegen verschillende personen. Het kan bijvoorbeeld gericht zijn tegen de koper op een veiling, of tegen een verkopende partij om tegen zijn wil de onroerende zaak te verkopen. Verder kan een taxateur worden gedwongen een hogere taxatiewaarde te geven aan de onroerende zaak en kan de notaris worden gedwongen een dubieuze akte te passeren.¹⁰

Overigens dient ook hier te worden vooropgesteld, dat het speculeren met onroerend goed in beginsel niet onrechtmatig is. Verder verdient opmerking dat de bovengenoemde verschijningsvormen niet altijd op zich staan. Vaak zullen de verschillende vormen met elkaar te maken hebben. Zo kan een ABC-transactie samengaan met een verkoopcarrousel en/of hypotheekfraude. Verder kan er bij een ABC-transactie ook sprake zijn van witwassen of belastingontduiking.¹¹ Als laatste dient nog te worden vermeld dat er nog geen grote opsporingsonderzoeken naar de malafide handel in vastgoed zijn en het mede daarom nodig is voorzichtig te zijn met het trekken van conclusies.¹²

⁵ Ferwerda e.a. 2007.

⁶ Voor de uitwerking van deze vormen, verwijzen wij naar eerder genoemd rapport, p. 19 e.v.

⁷ Ferwerda e.a. 2007, p. 69 e.v.

⁸ Ferwerda e.a. 2007, p. 70 én Van Gestel 2008, p. 48.

⁹ Ferwerda e.a. 2007, p. 99.

¹⁰ Ferwerda e.a. 2007, p. 91.

¹¹ Ferwerda e.a. 2007, p. 71.

¹² Vijselaar 2007a.

Bovenstaande verschijningsvormen vormen geenszins een uitputtende opsomming. Zo kwamen ook andere vormen van ‘vastgoedfraude’ naar voren tijdens een van de gehouden interviews met vertegenwoordigers van belangenorganisaties. Een vertegenwoordiger van de KNB noemde bijvoorbeeld nog de pensioenfraude. Daarnaast bestaat er fraude rond de gemeentelijke aanschrijvingen en rond de veiling (al dan niet gepaard gaande met ABC-transacties, verkoopscarrouzels en hypotheekfraude). Ook deze komen hieronder kort aan de orde.

7.2.2 *De verschillende verschijningsvormen van vastgoedfraude*

De verschillende verschijningsvormen van speculatie in vastgoed zullen hieronder nader worden uitgewerkt.

7.2.2.1 ABC-transacties

Voor het verschijnsel ABC-transactie bestaat geen eenduidige definitie. Bij deze transactie kan een woning door A worden verkocht aan B. B verkoopt vervolgens weer aan C. Uiteindelijk levert A direct aan C. Dit wordt ook wel de “echte” ABC-transactie genoemd en daarin wordt open kaart gespeeld en is de kans dat er iets mis is niet zo groot.¹³ De term ABC-transactie wordt ook gebruikt voor het volgende traject: A verkoopt en *levert* aan B, vervolgens verkoopt en *levert* B weer aan C. Dit kan men aanduiden als een AB en BC-transactie.

In beginsel is de koop en snelle¹⁴ doorverkoop (al dan niet met levering) van woningen geen malafide transactie. Veel van de reguliere ABC’s zijn bonafide. Denk bijvoorbeeld aan een samenwonend stel dat een woning samen koopt, maar waarvan de relatie vrij snel na de levering¹⁵ wordt beëindigd. Indien het de woning weer kan verkopen en leveren binnen zes maanden, dan komt de overdrachtsbelasting weer aan hen ten goede.¹⁶ Verder wordt de ABC-transactie gebruikt bij nieuwbouwprojecten (waarbij bijvoorbeeld ook gemeenten betrokken kunnen zijn) en uitpodingen. Ook een flinke waardestijging in zeer korte tijd hoeft niet altijd te duiden op fraude.¹⁷ Zo kan de onroerende zaak opgeknapt zijn, gesplitst in appartementsrechten of heeft het een andere bestemming gekregen.¹⁸ Ook moet men er op bedacht zijn dat tussen verkoop en levering enige tijd kan verstrijken. Een onroerende zaak kan wellicht enige tijd geleden meerdere malen verkocht zijn aan respectievelijk B en C, maar op dezelfde dag via de AB en BC-transacties worden geleverd. Wellicht een paar minuten na elkaar, met een behoorlijke waardestijging (ge-realiseerd doordat er bijvoorbeeld in de tussentijd is verbouwd). Hier hoeft niets malafide aan te zijn. Vooropgesteld dient daarom wederom te worden dat een ABC-transactie op zichzelf niet frauduleus is, maar haar malafide karakter krijgt doordat zij bijvoorbeeld samengaat met hypotheekfraude, geld witwassen of oplichting. Een ABC-constructie kan bijvoorbeeld malafide zijn wanneer de betrokken partijen tot dezelfde organisaties behoren.¹⁹

Het rapport ‘Malafide activiteiten in de vastgoedsector’ geeft verschillende motieven voor malafide ABC-constructies. Zo kan een motief zijn om buiten het zicht van de overheid te kunnen exploiteren om belas-

¹³ Aldus Van Velten in: De Gruiter 2006a.

¹⁴ Complicerend hierbij is reeds dat in de discussie niet duidelijk is wat onder ‘snelle’ doorverkoop moet worden verstaan.

¹⁵ Of zelfs al voor de levering.

¹⁶ O.g.v. artikel 13 lid 1 WBR kan de overdrachtsbelasting die verschuldigd was ter zake van de vorige verkrijging (bijvoorbeeld de AB-transactie) in mindering worden gebracht op de verschuldigde overdrachtsbelasting bij de BC-transactie, indien de BC-transactie volgt binnen zes maanden na de AB-transactie. De partijen komen vaak overeen dat in dit geval C het volledige bedrag aan overdrachtsbelasting betaalt en dat het verschuldigde bedrag aan B ten goede komt.

¹⁷ Er zijn jaren geweest dat prijsstijgingen van 40% aan de orde waren en daarmee grote verschillen tussen twee transacties niet zo snel verdacht werden gevonden. De Gruiter 2006b.

¹⁸ Van Almelo 2008a.

¹⁹ Ferwerda e.a. 2007, p. 71.

ting te ontduiken. Inschrijving in de openbare registers²⁰ wordt (zo lang mogelijk) vermeden. Er kan bijvoorbeeld een lange tijd zitten tussen de verkoop en de uiteindelijke levering tussen A en B. Deze constructie leent zich voor fraude. De inschrijving in de openbare registers wordt zo vermeden; nergens is terug te vinden dat B betrokkene is. Indien B wel het pand zou mogen exploiteren, dan is hij nergens als eigenaar te vinden. B kan op deze manier uit het zicht blijven van opsporingsinstanties en geniet wel van de inkomsten uit de exploitatie en ook van de winst die hij maakt door het pand uiteindelijk voor een hogere prijs te verkopen aan C.²¹ Wanneer de koopovereenkomst, zoals het onderzoeksteam aanbeveelt, schriftelijk tot stand dient te komen, dient B in ieder geval volgens dit stuk te traceren te zijn. Schakelt men daarnaast de notaris verplicht in voor het opstellen van de koopovereenkomst, dan moet dit document ook daadwerkelijk worden opgesteld.²²

Economische eigendom?

Een relevante vraag is, of in bovenstaande constructie sprake is van een economische eigendom in de zin van artikel 2 lid 2 WBR. Volgens dit artikel wordt onder economische eigendom verstaan:

[...]een samenstel van rechten en verplichtingen met betrekking tot de in het eerste lid bedoelde onroerende zaken of rechten waaraan deze zijn onderworpen, dat een belang bij die zaken of rechten vertegenwoordigt. Het belang omvat ten minste enig risico van waardeverandering en komt toe aan een ander dan de eigenaar of beperkt gerechtigde. De verkrijging van uitsluitend het recht op levering wordt niet aangemerkt als verkrijging van economische eigendom.”

Voor deze economische eigendom is geen notariële akte vereist en de “B”-persoon wordt daarmee ook niet kenbaar uit de openbare registers. De economische eigendomsoverdracht kan een methode zijn om een “ultimate beneficial owner” (UBO)²³ af te schermen en kan crimineel geld laten overgaan in ruil voor economische eigendom.²⁴ Hoewel de overdracht van economische eigendom belast is met overdrachtsbelasting, heeft de Belastingdienst geen indicatie van deze overdrachten en zou men hiermee ook belastingen kunnen ontduiken. De vervreemder (in dit geval A) dient binnen twee weken nadat de verkrijging heeft plaatsgevonden, daarvan melding te maken aan de inspecteur van de Belastingdienst. Op het niet voldoen daarvan staat een geldboete.²⁵ Indien men verplicht om alle koopovereenkomsten vast te leggen in een schriftelijk document, zou dit een goed instrument kunnen zijn voor de Belastingdienst om overdrachtsbelasting te heffen. Schakelt men de notaris verplicht in, dan kan de notaris ook zorgdragen voor de afdracht van deze belasting aan de Belastingdienst.²⁶

Een ander motief om gebruik te maken van een ABC-constructie is het opdrijven van de prijs. Een voorbeeld:

“A bezit een pand ter waarde van 50. Hij verkoopt fictief aan B voor 150. B verkoopt meteen fictief terug aan A voor 150. Dit gebeurt bij de notaris, waarna de koopprijs van 150 in de akte wordt gezet en de transactie wordt ingeschreven bij het Kadaster. Geld hoeft er niet te worden betaald. Er is in feite niks gebeurd, maar slachtoffer C denkt dat het pand een marktwaarde heeft van 150. Dat staat immers in de laatste akte en in de openbare registers. C koopt nu voor 160. De winst van A bedraagt dan 110. Als dit binnen 6 maanden gebeurt, is er eenmaal overdrachtsbelasting verschuldigd. Ook dit komt voor rekening van C.”²⁷

²⁰ De openbare registers worden door de Dienst voor het Kadaster en de openbare registers gehouden.

²¹ Ferwerda e.a. 2007, p. 73.

²² Overigens is het onderzoeksteam zich ervan bewust dat bovenstaande wellicht ‘wishfull thinking’ is nu de fraudeurs zich sowieso niet veel aan de wet gelegen laten liggen, dus ook niet aan bijvoorbeeld een schriftelijkheids-eis.

²³ Of: uiteindelijke belanghebbenden, artikel 1 lid 1 sub f Wwft.

²⁴ *Rapportage Project Vastgoed*, Financieel Expertise Centrum, Amsterdam, juli 2008, p. 12.

²⁵ Artikel 54 lid 1 en 55 WBR. De vervreemder is hoofdelijk aansprakelijk voor de verschuldigde overdrachtsbelasting, tenzij daarvan een notariële akte is opgemaakt, artikel 42 lid 2 Inv. (o.g.v. artikel 42 lid 1 is de notaris hoofdelijk aansprakelijk indien er een notariële akte is opgemaakt).

²⁶ Hetgeen hij nu ook doet in het kader van de overdrachtsbelasting bij de leveringsakte. Ook hierbij moet worden aangetekend dat de vraag is in hoeverre een fraudeur hiervoor gevoelig zal zijn.

²⁷ Ferwerda e.a. 2007, p. 73.

Volgens het rapport “Malafide activiteiten in de vastgoedsector” is het al jaren een discussie of bovenstaande is toegestaan. Uiteraard dient de notaris, op grond van zijn Belehrungspflicht, koper C, indien deze wordt benadeeld, wel te beschermen.²⁸

Zoals hieronder ook duidelijk naar voren komt, kan een ABC-transactie ook samengaan met een verkoopcarrousel. Van een ABC-transactie kan ook sprake zijn bij veilingen, maar een ABC-transactie kan ook gebeuren door afname bij woningbouwcorporaties.²⁹ Woningbouwcorporaties bieden de woningen vaak aan voor een relatief lage prijs en daardoor is de prijs ook gemakkelijker bij deze woningen op te drijven.

7.2.2.2 Verkoopcarrousel

Van een verkoopcarrousel is sprake indien een pand in een korte periode buitenproportioneel snel wordt verkocht om hoge winsten te behalen.³⁰ Dit kan gepaard gaan met een ABC-transactie of hypotheekfraude, maar het kan ook los van deze andere verschijningsvormen bestaan. De verkoopcarrousel kan aan het licht komen tijdens een veiling, waar weer sprake kan zijn van intimidatie en dreiging.³¹

Bij een verkoopcarrousel wordt bijvoorbeeld de hypotheekrente niet betaald waarna de financier de onroerende zaak executoriaal verkoopt. Op de veiling wordt de onroerende zaak vaak door een stroman gekocht. Daarna zoekt deze stroman een ander persoon (soms ook een stroman) en verkoopt de onroerende zaak voor een veel hoger bedrag. Vaak koopt de tweede stroman de onroerende zaak weer met behulp van een vervalste hypotheekaanvraag. Vervolgens wordt de hypotheek weer niet afgelost en begint het proces van voor af aan.³²

Door alle aandacht die uitgaat naar de vastgoedfraude, zou men kunnen denken dat er veelvuldig sprake is van malafide activiteiten via een ABC-transactie en verkoopcarrousel waarbij sprake is van opvolgende overdrachten binnen een ‘korte tijd’. Uit onderzoek van de samenstellers van het rapport “Malafide activiteiten in het vastgoed” is dat echter niet gebleken. De gegevens uit het Kadaster zou een klein aantal gevallen laten zien waarbij onroerende zaken vaker dan drie keer zijn verkocht en geleverd in een ‘korte tijd’.³³ Daarbij moet wel worden aangetekend dat hier alleen onderzoek is gedaan naar transacties binnen de vier grote steden en dat hiernaar meer onderzoek zou moeten worden gedaan in de rest van Nederland voordat men harde conclusies zou kunnen trekken.³⁴

7.2.2.3 Hypotheekfraude

Bij hypotheekfraude wordt geprobeerd een hypotheek te verkrijgen die zonder fraude niet mogelijk zou zijn. Gebruik wordt gemaakt van valse inkomensgegevens, identiteitsbewijzen en taxatierapporten. Daarnaast worden geregeld stromannen ingezet. Voor wat betreft de vervalsingen van de inkomensgegevens wordt vermeld dat voornamelijk een afweging door de hypotheekhouder³⁵ wordt gemaakt op basis van papieren documenten, zoals loonstrookjes, arbeidscontracten, rekeningafschriften en werkgeversverklaringen. Soms worden zelfs speciale BV’s opgezet en verstrekt men daarmee fictieve banen aan de hypotheek-

²⁸ Ferwerda e.a. 2007, p. 73.

²⁹ Van Gestel 2008, p. 50.

³⁰ Wederom speelt hier weer de vraag wat onder “korte periode” en “snel” wordt verstaan.

³¹ Ferwerda e.a. 2007, p. 131.

³² Ferwerda e.a. 2007, p. 75.

³³ Het betrof gegevens vanaf 1 januari 2000 tot en met 1 maart 2006, zie: Ferwerda e.a. 2007, p. 77-84. Vijselaar 2007a. Ook hier is weer de vraag wat onder ‘korte tijd’ moet worden verstaan; uiteindelijk zullen de meeste huizen wel vier of meer keer van eigenaar verwisselen. Het gaat om de frequentie in combinatie met de tussenliggende periode.

³⁴ Daarnaast moet worden aangetekend dat volgens een ander rapport in de door de onderzoekers van dat rapport bestudeerde zaken geen sprake was van een uitgedacht verkoopcarrousel. Van Gestel 2008, p 51.

³⁵ De hypotheekhouder is de geldgever en rechthebbende tot het hypotheekrecht.

aanvrager.³⁶ Ook kan er gebruik worden gemaakt van verschillende versies van de koopovereenkomst.³⁷ De notaris kan dan over een andere versie beschikken dan de hypotheekhouder.

Identiteitsbewijzen kunnen worden vervalst, omdat de echte aanvrager bij de hypotheekhouder bekend staat als fraudeur of omdat de aanvrager nooit van plan is om de hypotheek af te lossen. Met een valse identiteit wil deze persoon bewerkstelligen dat de bank op niemand verhaal kan nemen.³⁸ In het Verificatie Informatie Systeem (VIS) staan vijf miljoen documentnummers opgenomen als gesloten, vermist of anderszins.³⁹ Er wordt echter ook gebruik gemaakt van look-a-likes.

Zoals hierboven al is vermeld, wordt hypotheekfraude onder andere gepleegd door fraude met taxatierapporten. De hypotheekaanvraag wordt door de hypotheekhouder onder andere beoordeeld door middel van de waarde van het onderpand. Met een taxatie kan de hypotheekhouder de waarde nagaan en zo onder andere de risico's inschatten en bepalen hoe hoog de verstrekking zal zijn. Fraude wordt gepleegd door bijvoorbeeld het compleet vervalsen van het briefpapier van een taxateur, maar ook wordt er opdracht gegeven om de onroerende zaak leeg te taxeren, terwijl dit niet juist is.⁴⁰ Daarnaast worden taxaties soms verricht zonder de woning ooit te hebben bezocht, of taxateurs komen niet uit de streek waar het object staat.

Ook wordt er fraude gepleegd met de bouwdepots. De taxateur wordt gevraagd bij de taxatie rekening te houden met de beoogde verbouwing, waardoor de hypotheekverstrekking hoger komt te liggen. Vervolgens wordt het bouwdepot bijvoorbeeld leeggehaald met vervalste facturen.⁴¹

Bij hypotheekfraude is vaak een gemene deler te vinden: er wordt onjuiste informatie verstrekt over de bestemming van de woning. In het taxatierapport wordt aangegeven dat de woning leeg is en bestemd voor eigen gebruik, maar de koper is helemaal niet van plan er zelf in te gaan wonen.⁴²

Hypotheekfraude hoeft niet altijd tot schade te lijden. Zo zal er voor de hypotheekhouder sprake zijn van schade indien de hypotheeklasten niet worden afgelost en de onroerende zaak bij executieverkoop niet genoeg voor de hypotheekhouder oplevert.⁴³ In veel van deze gevallen zal de eigenaar van de verkochte onroerende zaak met een restschuld blijven zitten.⁴⁴

7.2.2.4 Belastingontduiking

Ook belastingontduiking kent verschillende verschijningsvormen. Met betrekking tot onroerende zaken kan men bijvoorbeeld gebruik maken van rendementsheffing, door het 'onderplaatsen' van winsten en onderhands betalen van onroerende zaken.⁴⁵ Zo wordt er bijvoorbeeld fraude gepleegd in de sfeer van de inkomstenbelasting. De tweede en volgende onroerende zaak komen in box 3 terecht. Men is niet meer verplicht om het rendement op het bezit van onroerende zaken aan te tonen, iets wat men vóór de belastingherziening in 2001 wel diende te doen, bijvoorbeeld door verplicht de gemaakte kosten van een verbouwing aan te tonen. Nu neemt men een vast rendement aan in box 3 en hoeft niets meer aangetoond te worden. Dit maakt misbruik en belastingontduiking mogelijk. De hypotheekrente is in box 3 niet aftrekbaar en men zou met zwart geld de woning kunnen opknappen. Zonder dat er belasting wordt geheven over het extra ontstane rendement, kan de stijging van de waarde enorm groot zijn. Dit laatste kan overi-

³⁶ Ferwerda e.a. 2007, p. 85 en 86.

³⁷ Dide 2009.

³⁸ Ferwerda e.a. 2007, p. 87.

³⁹ Hogendoorn 2007.

⁴⁰ Ferwerda e.a. 2007, p. 86 en 87.

⁴¹ Ferwerda e.a. 2007, p. 87.

⁴² Van Gestel 2008, p. 118.

⁴³ Ferwerda e.a. 2007, p. 132.

⁴⁴ Van Gestel 2008, p. 57.

⁴⁵ Ferwerda e.a. 2007, p. 132.

gens ook een vorm van witwassen zijn.⁴⁶ Is er sprake van een meer dan normaal vermogensbeheer, dient de winst echter belast te worden in box 1. Door dit boxenstelsel probeert men eerst de woning in box 3 aan te geven en ziet men wel of de Belastingdienst er achter komt.⁴⁷

Met ‘onderplaatsen van winsten’ kunnen speculanten behaalde winsten (bij hen belast in box 1) naar bijvoorbeeld een particulier verplaatsen, zodat winsten in box 3 worden belast.⁴⁸ Een voorbeeld:

“De speculant schakelt dan een ander persoon in, die met hem samenspannt. De speculant verkoopt zijn woning voor minder winst aan zijn ‘handlanger’, en deze verkoopt het vervolgens aan een derde. De winst die de handlanger vangt, houdt hij niet zelf, maar draagt hij zwart af aan de speculant.”⁴⁹

Een variant op bovenstaande kan men in onderstaand voorbeeld uit een arrest van de Hoge Raad terugvinden:

“[...] het ontduiken van vennootschapsbelasting door middel van zogenaamde ABC-transacties. Deze zouden aldus hebben plaatsgevonden dat de van ontduiken van vennootschapsbelasting verdachte verkoper (A) het te verkopen onroerend goed verkocht aan C, maar de overdracht liet plaatsvinden door het onroerende goed op papier eerst te verkopen en over te dragen aan zijn financieel onbemiddelde, liefst in een ver land wonende stroman B (als particulier niet belastingplichtig ten aanzien van door hem verworven vermogenswinst), die het onroerend goed nog dezelfde dag of kort daarna overdroeg aan koper C, zodat A de winst van de transactie tussen B en C wel van zijn stroman B kon ontvangen maar die winst voor de vennootschapsbelasting, immers op papier winst van B, verborgen kon houden.”⁵⁰

Een andere vorm van belastingontduiking kan het ‘onder de tafel betalen’ van panden zijn. In zo’n geval wordt bijvoorbeeld een bedrag A in de notariële akte vermeld, terwijl partijen onderling een ander (hoger) bedrag B hebben afgesproken. Het verschil wordt onderhands betaald. Over dat verschil wordt geen overdrachtsbelasting betaald.

Een ander voorbeeld wordt genoemd waarbij ook sprake kan zijn van belastingontduiking:

“Het gaat om een transactie van partij A naar partij B, waarbij A uit een veiling moet verkopen en B een onderneming is, een makelaar annex financieel tussenpersoon. De prijs op de veiling is 110.000 euro. Dezelfde dag verkoopt C aan D zonder het pand in eigendom te hebben voor 165.000 euro. Partij D is niet gelieerd aan A, B of C. Er is dus een waardesprong van 55.000 euro. Vervolgens blijkt er ook een tussentransactie te zijn, die later is overeengekomen, waarbij de vrouw van de ondernemer (B) het pand koopt tegen de oorspronkelijke prijs van 110.000 euro. Die transactie is overeengekomen op het moment dat al bekend is dat het pand aan een derde is verkocht voor 165.000 euro. Daarnaast worden er nog wat kosten in rekening gebracht: de onderneming krijgt in de eerste transactie 10.000 euro kosten voor haar rekening, de vrouw van de ondernemer krijgt deze kosten niet doorberekend, maar berekent ze wel door aan de eindpartij. De onderneming wordt dus twee keer fiscaal benadeeld: één keer omdat ze kosten voor haar rekening krijgt die niet voor haar zijn en één keer loopt ze een voordeel mis dat voorzienbaar was op het moment dat de transactie tot stand kwam. De winst is op dat moment fiscaal afgeroomd en wordt aan de andere kant waarschijnlijk door de vrouw als onbelaste vermogenswinst aangegeven. Dat is niet zeker, maar wel erg voor de hand liggend: anders hoef je de transactie niet zo in te richten. Samenvattend: de notaris doet drie transacties, wordt driemaal betaald voor de tussenakten, terwijl een directe levering voor de hand had gelegen. Ik ga er vanuit dat partij A niet wordt benadeeld en dat partij D de juiste prijs betaalt. Maar de fiscus, lees de Nederlandse samenleving, waar de notaris ook zorg voor heeft, wordt benadeeld.”⁵¹

Men dient er wel op bedacht te zijn dat de notaris een specialist is in de overdrachtsbelasting en de successie- en schenkingsrechten. Van de finesses van andere belastingen, zal de notaris niet altijd op de hoogte

⁴⁶ Ferwerda e.a. 2007, p. 93.

⁴⁷ Ferwerda e.a. 2007, p. 132.

⁴⁸ Ferwerda e.a. 2007, p. 94.

⁴⁹ Ferwerda e.a. 2007, p. 132.

⁵⁰ HR 30 oktober 2007, NJ 2008, 115 (Surinaamse ABC stromannen I), 4 (concl. A-G Vellinga).

⁵¹ De heer F. Winkel, directeur bij het BFT wordt geciteerd in De Gruiter 2006c.

zijn.⁵² Wel kan en moet de notaris er goed op letten dat partijen in een ABC-transactie niet aan elkaar gelieerd zijn, zoals in bovenstaande voorbeeld het geval bleek te zijn.⁵³

7.2.2.5 Witwassen

Van witwassen van crimineel geld kan sprake zijn indien men met zwart geld onroerende zaken aankoopt. Zoals hierboven vermeld, kan witwassen bijvoorbeeld gepaard gaan met een ABC-transactie en met het renoveren van de onroerende zaak, al dan niet door het inschakelen van een klusbedrijf en dit zwart laten doen.

7.2.2.6 Pensioenfraude

Bij pensioenfraude gaat het om hele vastgoedpakketten. Deze worden als geheel aangeboden en de prijs van elke individuele onroerende zaak wordt niet apart genoemd. Een vertegenwoordiger van de KNB, terzake portefeuillesecretaris, geeft aan dat de institutionele beleggers de prijzen horen te weten. Vaak gaat het om een AB-BC...-FG-transactie, waarbij het verkochte steeds meer waard wordt. Ten koste van de pensioenrechthebbers wordt de winst in de eigen zak van een fraudeur gestoken.⁵⁴

7.2.2.7 Gemeentelijke aanschrijvingen

In Rotterdam bleek er een levendige handel te bestaan in panden met een gemeentelijke aanschrijving tot verbetering van de woning. De woning werd dan vaak met gebruikmaking van een ABC-constructie verkocht aan uiteindelijk een bonafide particulier. De verkopende partij belooft hierbij dat de gemeentelijke aanschrijving voor zijn rekening zal worden uitgevoerd en vervolgens gebeurt dit niet. In Rotterdam zijn hierover inmiddels afspraken gemaakt met de Dienst Stedenbouw en Volkshuisvesting.⁵⁵

De notaris dient een zwakkere partij te beschermen tegen het overwicht van een sterkere partij. Zo dient de notaris bij overdracht van een onroerende zaak waar een aanschrijving van de gemeente aan is gekoppeld ter verbetering van de woning tenminste de vraag voor te leggen / ter sprake te brengen of er een voorziening moet worden getroffen door bijvoorbeeld een bedrag in depot te houden ter hoogte van de kosten van de aanschrijving.⁵⁶

7.2.3 De veiling

De veiling verdient speciale aandacht, aangezien de veiling vaak wordt genoemd als een mogelijk werktelein van criminelen. De opbrengst van een object op een veiling is gemiddeld zeventig procent van de waarde die de onroerende zaak in de reguliere markt zou hebben opgebracht.⁵⁷ Dit maakt de veiling een interessante omgeving voor speculanten. De veiling kan samengaan met ABC-transacties, verkoopcarroussels en hypotheekfraude. Daarnaast kan er sprake zijn van intimidatie en bedreiging.⁵⁸ Op veilingen worden vaak ook prijsafspraken gemaakt tussen handelaren onderling.⁵⁹ Voorts ziet men als groot nadeel dat er weinig particulieren zullen bieden op een executieveiling. Dit is nadelig omdat in het algemeen een particulier meer voor een woning over zal hebben dan een "vastgoedhandelaar". Zouden er meer particulieren op de veiling af komen, zou dit een gunstig effect kunnen hebben op de veilingen.

⁵² De Gruiter 2006a.

⁵³ De Gruiter 2006a.

⁵⁴ Van Almelo 2008a.

⁵⁵ De Gruiter 2006b.

⁵⁶ Vijselaar 2004.

⁵⁷ Ferwerda e.a. 2007, p. 100.

⁵⁸ Scheltema 2005.

⁵⁹ Scheltema 2005.

Dat particulieren veelal wegblijven op een executieveiling heeft verschillende redenen. Het grootste struikelblok is de beperkte mogelijkheid om de woning vooraf te bezichtigen. Hoewel de bedingen in de hypotheekakten in combinatie met de wet wel mogelijkheden bieden voor bezichtigingen vooraf, zijn banken en deurwaarders onzeker over het afdwingen.⁶⁰ Daarnaast moet bij veilingverkoop een particulier van tevoren al een verklaring van goedgeheid⁶¹ hebben, wat niet gemakkelijk te verkrijgen is voor een particuliere koper. En er is meer. Wie koopt op een executieveiling zal op grond van artikel 7:19 lid 1 BW in beginsel geen gebruik kunnen maken van een eventuele actie uit non-conformiteit en kan daarmee niet de schade verhalen op de verkoper. Hetzelfde geldt voor verkoop bij wijze van parate executie.⁶²

Een ander probleem kan eventuele verhuur van de woning zijn. Ondanks dat een hypotheekgever op zijn onroerende zaak een hypotheekrecht verleent aan de hypotheekhouder, blijft de hypotheekgever bevoegd om over zijn onroerende zaak te beschikken. Een mogelijkheid kan dan het verhuren van de onroerende zaak zijn. Voor de hypotheekhouder kan verhuur echter nadelig zijn. Mocht de zaak ter veiling worden gebracht door de hypotheekhouder, omdat de hypotheekgever niet (meer) aan zijn verplichtingen voldoet, zal de verkoop geen gevolgen hebben voor de huurder.⁶³ Indien sprake is van een woonruimte zal in de meeste gevallen de onroerende zaak minder opbrengen bij een veiling in verhuurde staat, dan een onroerende zaak vrij van verhuur.⁶⁴ In de hypotheekakte wordt daarom bijna altijd standaard een huurbeding opgenomen.⁶⁵ Bij een huurbeding is verhuur zonder toestemming van de hypotheekhouder niet toegestaan. Wordt de woning dan in strijd met dit huurbeding verhuurd, dan kan de hypotheekhouder dit beding invoeren. De huurovereenkomst wordt door een beroep op het huurbeding vernietigd. De invoering van het huurbeding kan echter niet geschieden voordat het in artikel 544 Rv bedoelde exploit van aanzegging of overneming is uitgebracht.⁶⁶ Dit betekent dat de nietigheid van de huurovereenkomst voorafgaand aan de veiling moet worden ingeroepen. Is er daarnaast sprake van woonruimte, dan heeft de hypotheekhouder tevens verlof van voorzieningenrechter nodig.⁶⁷

Wanneer door de hypotheekgever hypotheek is verleend aan de hypotheekhouder en daarna in strijd wordt gehandeld met het huurbeding, kunnen zich in beginsel twee situaties voordoen. De eerste situatie zal in beginsel geen probleem opleveren. In deze situatie heeft de huurder zich officieel ingeschreven bij de gemeente.⁶⁸ Hierdoor is uit de gemeentelijke basisadministratie de verhuur kenbaar en kan de koper vooraf weten waar hij aan toe is. De hypotheekhouder zal in zo'n geval het huurbeding invoeren of kan dit overlaten aan de koper.⁶⁹ In de tweede situatie heeft de huurder zich niet ingeschreven. Hierdoor is het niet kenbaar dat in de woning een huurder woont en kan er een probleem ontstaan. Zoals hiervoor al werd aangegeven moet het huurbeding namelijk voorafgaand aan de veiling worden ingeroepen. Indien de koper dus pas ná de executieveiling achter het bestaan van zo'n huurder komt, kan hij geen gebruik maken van het huurbeding en geldt de regel dat de verkoop de huurder niet raakt. Gelet op de (soms vergaande) huurbescherming die huurders op grond van de wet toekomt, zit de koper vast aan deze verhuurder.⁷⁰ De onroerende zaak is daarmee belast met een last die er niet op had mogen zitten. Zoals we hiervoor hebben gezien, kan de koper vervolgens geen beroep doen op non-conformiteit.

⁶⁰ Dit kan door gebruik te maken van een beheers- en/of ontruimingsbeding, artikel 3:267 BW. Hypotheekhouders zijn vervolgens wel aansprakelijk bij het in beheer nemen van de woning en dit brengt ook risico's met zich mee en hypotheekhouders zitten daar niet op te wachten. Van Hoeflaken 2009.

⁶¹ Zijnde een verklaring van bijvoorbeeld een bank dat deze garant staat voor een bepaald bedrag.

⁶² Artikel 7:19 lid 2 BW.

⁶³ Het 'koop breekt geen huur' principe, artikel 7:226 BW.

⁶⁴ In geval van een bedrijfsruimte kan een verhuurde onroerende zaak waardeverhogend zijn.

⁶⁵ Artikel 3:264 BW.

⁶⁶ Artikel 3:264 lid 2 BW.

⁶⁷ Artikel 3:264 lid 5 BW.

⁶⁸ Hetgeen overigens verplicht is op grond van de Wet gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens, zie bijvoorbeeld artikel 65. Dit op straffe van een hechtenis van ten hoogste een maand of een geldboete van de tweede categorie, artikel 147 Wet gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens.

⁶⁹ Dit laatste kan echter alleen indien de hypotheekhouder ten tijde van de verkoop tot vernietiging bevoegd was en de uitoefening van deze bevoegdheid in, bijvoorbeeld, de veilingvoorwaarden aan de koper worden overgelaten. Artikel 3:264 lid 1 BW.

⁷⁰ Van Hoeflaken 2009.

Volgens de heer Schiffer, algemeen directeur van de Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen (SEW), zou de notaris meer moeten doen om de veiling aantrekkelijk te maken. Dit kan door o.a. toegankelijke informatie te verstrekken, de veilingdatum onder een groot publiek onder de aandacht te brengen en samen met de bank en makelaars de veiling zo soepel mogelijk te laten verlopen en te promoten.⁷¹ In 2004 zijn vijftien “golden rules” voor executieveilingen opgesteld en gepubliceerd door de KNB waardoor een hogere opbrengst zou kunnen worden bereikt.⁷² Het karakter van deze “rules” is echter niet dwingend.

De KNB heeft de wetgever in 2005 een wensenlijst voorgelegd voor verbetering van de procedures rond de executieveilingen. In 2006 heeft bijvoorbeeld overleg plaatsgevonden over de mogelijkheid om een bepaling op te nemen dat executieverkopen ook via internet plaatsvinden.⁷³ Op deze manier zou de veiling aantrekkelijker kunnen worden voor particuliere kopers. Op dit moment staat de veiling weer in de schijnwerpers. Het bestuur van de KNB heeft besloten om een veilingcommissie in te stellen die het bestuur o.a. zal adviseren over eventuele aanpassingen van de wet.⁷⁴ Daarnaast wordt thans een wetsvoorstel voorbereid over executieveilingen via internet.

7.3 Rol van de notaris

7.3.1 *Ter inleiding*

Zoals al eerder aangegeven, komt bij de juridische overdracht van onroerende zaken steeds de notaris in beeld, nu voor de overdracht van onroerende zaken een notariële akte vereist is.⁷⁵ Daarnaast loopt de geldstroom in verband met deze “vastgoedtransactie” via de kwaliteitsrekening van de notaris.

Aangezien de notaris hoe dan ook betrokken is bij de overdracht van onroerende zaken, wordt de notaris vaak verweten mee te werken aan frauduleuze transacties.⁷⁶ Hij zou als onafhankelijk persoon een opvallende prijsstijging op zijn minst kunnen opmerken, is vaak de gedachte. Bij dergelijke transacties dient de notaris vragen te stellen en indien nodig dienst te weigeren. Ook dient de notaris te waken voor de belangen van alle bij een akte betrokken partijen, dus bij een hypotheek ook dat van de hypotheekhouder. Gezien de rol van de notaris in het maatschappelijke verkeer en zijn plicht om met de belangen van alle partijen rekening te houden, is hij gehouden de hypotheekhouder of derden uitdrukkelijk op uitzonderlijk prijsverschillen te wijzen.⁷⁷ In dit kader kan echter strijd ontstaan met de geheimhoudingsplicht van de notaris. De notaris heeft bovendien een ministerieplicht. De verhouding tussen deze ministerieplicht en dienstweigeren is niet altijd duidelijk en kan de notaris voor moeilijke dilemma's stellen.⁷⁸

7.3.2 *Wettelijk kader*

In het kader van de, onder andere, “vastgoedtransacties” is een aantal artikelen van de Wet op het notarisambt en de Verordening Beroeps- en gedragsregels van belang.

⁷¹ Vijselaar 2007b.

⁷² Albers-Dingemans 2004. In het artikel wordt wel opgemerkt dat ook andere partijen zoals bijvoorbeeld de bank en makelaar een belangrijke rol hebben bij de veilingen.

⁷³ KNB 2007.

⁷⁴ Eskens 2009.

⁷⁵ Artikel 3:89 lid 1 BW.

⁷⁶ Voor de medewerking van de notaris worden door fraudeurs volgens het rapport ‘Vastgoed & fout’, twee wegen bewandeld; de ‘vermijdingsstrategie’ waarbij verschillende notarissen op één dag worden bezocht en de ‘innestelingsstrategie’ waarbij elke keer dezelfde notaris wordt gebruikt. Zie Van Gestel 2008, p. 98 e.v voor een uitvoerige beschrijving.

⁷⁷ Zie o.a. Gerechtshof Amsterdam, 26 februari 2006, RN 2006, 48.

⁷⁸ Zie artikel 21 Wna voor de ministerieplicht en dienstweigeren.

Wet op het notarisambt:

Artikel 21 (ministerieplicht, dienstweigeren)

1. De notaris is verplicht de hem bij of krachtens de wet opgedragen of de door een partij verlangde werkzaamheden te verrichten, behoudens het bepaalde in het tweede lid.
2. De notaris is verplicht zijn dienst te weigeren wanneer naar zijn redelijke overtuiging de werkzaamheid die van hem verlangd wordt leidt tot strijd met het recht of de openbare orde, wanneer zijn medewerking wordt verlangd bij handelingen die kennelijk een ongeoorloofd doel of gevolg hebben of wanneer hij andere gegronde redenen voor weigering heeft.

Artikel 22 (geheimhoudingsplicht)

1. De notaris is, voorzover niet bij of krachtens de wet anders is bepaald, ten aanzien van al hetgeen waarvan hij uit hoofde van zijn werkzaamheid als zodanig kennis neemt tot geheimhouding verplicht. Dezelfde verplichting geldt voor de personen die onder zijn verantwoordelijkheid werkzaam zijn voor al hetgeen waarvan zij kennis dragen uit hoofde van hun werkzaamheid.
2. De geheimhoudingsplicht van de notaris en van de onder zijn verantwoordelijkheid werkzame personen blijft ook bestaan na beëindiging van het ambt of de betrekking waarin de werkzaamheid is verricht.

Artikel 43 (Verzenden concept)

1. De partijen bij de akte en de bij het verlijden van de akte eventueel verschijnende andere personen krijgen tijdig tevoren de gelegenheid om van de inhoud van de akte kennis te nemen. Alvorens tot het verlijden van een akte over te gaan, doet de notaris aan de verschijnende personen mededeling van de zakelijke inhoud daarvan en geeft daarop een toelichting. Zo nodig wijst hij daarbij tevens op de gevolgen die voor partijen of één of meer hunner uit de inhoud van de akte voortvloeien. Indien het niet betreft een akte als bedoeld in het tweede lid en de verschijnende personen verklaren van de inhoud van de akte kennis te hebben genomen en met beperkte voorlezing in te stemmen, leest de notaris hun in elk geval de volgende gedeelten van de akte voor:
 - a. de voornamen, de naam en de plaats van vestiging van de notaris en de datum en de plaats van het verlijden van de akte;
 - b. de gegevens van de verschijnende personen en van de partijen;
 - c. het slot.
2. [...]

Verordening Beroeps- en gedragsregels:

Onderzoeksplicht registergoederen e.d.

Artikel 3

1. Bij de levering van registergoederen en de vestiging daarop van beperkte rechten stelt de notaris een zodanig onderzoek in dat over de rechtstoestand van het registergoed zo min mogelijk onzekerheid bestaat. Hij vermeldt de gegevens die voor de rechtstoestand van belang zijn in de akte. De notaris draagt bij de levering van een registergoed zoveel mogelijk zorg dat de verkoper de koopsom ontvangt en het verkochte door de koper wordt verkregen overeenkomstig de gemaakte afspraken voor wat betreft de vrije en onbezwaarde levering.
2. Eenzelfde verplichting als in het eerste lid rust op de notaris bij de levering van aandelen op naam en bij de vestiging en levering van beperkte rechten op die aandelen.

Voorlichting; dienstweigering

Artikel 4

1. De notaris is gehouden alle partijen bij de rechtshandeling waarvoor zijn tussenkomst is ingeroepen voor te lichten met betrekking tot de gevolgen van de handeling, voor zover de wet of de gewoonte dit van hem verlangt.
2. Onder andere gegronde redenen van dienstweigering als bedoeld in artikel 21 lid 2 Wet op het notarisambt werd begrepen dat de notaris weet of vermoedt dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde of feitelijk overwicht. Wanneer de omstandigheden daar aanleiding toe geven is de notaris gehouden dienangaande een onderzoek in te stellen.
3. Onder andere gegronde redenen van dienstweigering als bedoeld in artikel 21 lid 2 Wet op het notarisambt wordt begrepen dat de notaris de belangen van partijen niet meer kan behartigen op een wijze die een behoorlijk notaris betaamt.

Inhoud akte; dienstweigerings

Artikel 5

Onder andere gegronde redenen van dienstweigerings als bedoeld in artikel 21 lid 2 Wet op het notarisambt wordt begrepen dat de notaris weet of vermoedt dat de inhoud van de akte waarvoor zijn tussenkomst is ingeroepen in strijd is met de waarheid of wanneer de in de akte vermelde door partijen in acht te nemen formaliteiten van de rechtshandeling niet in acht zijn genomen. De notaris is gehouden dienaangaande een onderzoek in te stellen voor zover de wet of de gewoonte dit van hem verlangt.

Vaststelling feiten; dienstweigerings

Artikel 6

Onder andere gegronde redenen van dienstweigerings als bedoeld in artikel 21 lid 2 Wet op het notarisambt wordt begrepen dat de notaris verzocht wordt mee te werken aan een vaststellen van feiten dal niet past bij zijn ambtsuitoefening.

De notaris verleent zijn medewerking al dan niet neergelegd in een proces-verbaalakte aan het vaststellen van feiten alleen wanneer voor dit vaststellen geen bijzondere deskundigheid is vereist en de feiten door de notaris met een redelijke mate van zekerheid kunnen worden vastgesteld.

Geen ontslag geheimhoudingsplicht; doorbreking

Artikel 7

1. De notaris kan zich niet door de opdrachtgever of door andere bij de rechtshandeling betrokkenen van zijn geheimhoudingsplicht laten ontslaan.

2. Indien de notaris een ernstig vermoeden heeft van het beramen of plegen van een misdrijf dat een ernstige inbreuk op de rechtsorde oplevert en de notaris bovendien aanwijzingen heeft dat het gaat om een misdrijf beraamd of gepleegd in georganiseerd verband, dan kunnen de eer en het aanzien van het notariaat meebrengen dat de notaris van zijn vermoeden melding maakt. De melding dient te geschieden aan de Centrale Recherche Inlichtingendienst te Den Haag.

Ontvangst contanten

Artikel 8

De notaris neemt in geen geval meer in contanten in ontvangst dan het bedrag dat door het bestuur bij reglement zal worden vastgesteld.⁷⁹

De notaris dient bovenstaande regels na te leven. Noemenswaardig is daarnaast de per 1 augustus 2008 in werking getreden Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft). Naast de meldplicht van artikel 7 lid 2 Verordening beroeps- en gedragsregels, heeft de notaris ook op grond van de Wwft een meldplicht voor ongebruikelijke transacties.⁸⁰ De meldplicht van de Wwft betreft ongebruikelijke transacties op het gebied van het witwassen evenals op het gebied van het financieren van terrorisme. De Wwft is onder andere van toepassing indien sprake is van het geven van advies dan wel het verlenen van bijstand bij de in de wet genoemde (voorgenomen) transacties, zoals onder andere het aan- of verkopen van onroerende zaken.⁸¹ Daarnaast dient de notaris op grond van de Wwft een cliëntenonderzoek te doen, waaronder het identificeren van de cliënt. Deze wet geldt overigens niet alleen voor notarissen en is bijvoorbeeld ook van toepassing op advocaten en makelaars.⁸²

7.3.3 Zelfregulering

Naast bovengenoemde regels die de notaris na dient te leven, zijn er onlangs enige maatregelen ingevoerd, nadat vastgoedfraude steeds meer op de voorgrond trad. Hiermee wordt getracht de vastgoedfraude tegen te gaan.

⁷⁹ Volgens artikel 1 Reglement contanten is dit € 15.000.

⁸⁰ De Wwft is onder andere in de plaats gekomen van de Wet melding ongebruikelijke transacties (Wet MOT), waarin ook een meldplicht voor de notaris was opgenomen.

⁸¹ Artikel 1 lid 1a sub 12 Wwft.

⁸² Op grond van artikel 1 lid 1a sub 12 respectievelijk sub 14 Wwft.

7.3.3.1 ABC-checklist

Zoals wij hiervoor konden zien, kunnen ABC-transacties een probleem vormen. Op grond van artikel 5 Verordening Beroeps- en Gedragsregels mag de notaris niet meewerken aan transacties waarbij derden een onjuiste voorstelling van zaken wordt gegeven. Indien de notaris van mening is dat de prijsstijging, bijvoorbeeld bij zo'n ABC-transactie, niet kan worden gerechtvaardigd en/of (vermoedelijk) onjuist is, dan dient de notaris dienst te weigeren. Dit is echter niet altijd gemakkelijk vast te stellen. Daarnaast komt ook de ministerieplicht om de hoek kijken. Om de notarissen enigszins een handvat te geven, heeft de KNB voor de ABC-transactie een ABC-checklist opgesteld. Volgens de toelichting heeft deze lijst echter alleen betrekking op de AB, BC-transacties, dus wanneer er daadwerkelijk aan B is geleverd. Prijsverschillen kunnen zich natuurlijk ook voordoen bij de "echte" ABC-transactie. Houdt men zich aan deze checklist, dan zou een belangrijk deel van de fraude hieromtrent kunnen worden voorkomen. Daarnaast is er een afspraak tussen het notariaat en de hypotheekhouders dat de notaris bij een ABC-transactie de betrokken hypotheekhouder hierover informeert.

Zoals hiervoor al naar voren is gekomen, is een ABC-transactie niet verboden, waarmee medewerking hieraan ook niet verboden is. Vindt men deze consequentie niet wenselijk, dan zal de regelgeving ter zake moeten worden aangepast.

7.3.3.2 Protocol hypotheekfraude

Een ander probleem betreft de hypotheekfraude. In het kader van deze fraude heeft de KNB geprobeerd met de Stichting Fraudebestrijding Hypotheken (SFH) tot een protocol te komen, waarin de verantwoordelijkheden aan beide kanten worden vastgelegd. Tot op heden hebben zij echter geen overeenstemming kunnen bereiken en heeft de KNB op haar intranet het protocol eenzijdig geplaatst. In het Notariaat Magazine is overzichtelijk gemaakt welke werkzaamheden tot het terrein van de notaris zouden moeten behoren, en welke gelegen zouden moeten zijn op het terrein van de hypotheekhouder.

“Werkzaamheden op het terrein van de notaris:

Uitgangspunt is een hypotheek in combinatie met een levering. Na ontvangst van de opdracht tot hypotheekvestiging:

1. Legitimatie. Conform WID/Mot cq Notariswet.
2. Kadastraal-hypothecair uittreksel om te onderzoeken of verkoper rechthebbende is.
3. Toesturen van concepthypotheekakte aan de financier.
4. Indien de financier een kopie van een door hem ontvangen legitimatie en/of een koopovereenkomst doorstuurt naar de notaris:
vergelijking met de gegevens van het legitimatiebewijs en/of de koopovereenkomst zoals voorgelegd aan de notaris; bij afwijking contact opnemen met de financier.
5. Indien blijkt dat dezelfde zaak onderwerp is geweest van een levering in de voorafgaande periode van zes maanden, geeft de notaris dit door aan de financier en dient deze expliciet toestemming te verlenen, voordat de hypotheekakte mag worden gepasseerd.
Het vorenstaande geldt in het bijzonder, indien de voorafgaande levering door middel van een AB BC of ABC transactie plaatsvond en/of meerdere notarissen zijn ingeschakeld.
6. Bij een grote prijsstijging in een ABC of AB BC transactie, waarbij B geen passende verklaring heeft voor het prijsverschil: dienstweigering met zonodig MOT-melding.

Voor een losse hypotheek geldt mutatis mutandis het zelfde.

Werkzaamheden op het terrein van de hypothecaire financier:

1. Voldoende onderzoek naar de financiële omstandigheden van de aanvrager.
2. Zorgen voor een kadastraal uittreksel (in combinatie met de koopovereenkomst is op dat moment, dus voordat een offerte wordt opgemaakt, al duidelijk of sprake is van een ABC-transactie!).
3. Kadastrale naamscontrole teneinde te achterhalen of de hypotheekaanvrager nog meer hypotheeken heeft afgesloten.
4. Recent taxatierapport van een door de financier aangewezen c.q. goedgekeurde taxateur.
5. Recente WOZ-waarde (te berekenen via tarief-aanvraag bij de gemeente).
6. Origineel legitimatiebewijs met controle bij VIS.
7. Controle BKR, EVA, SFH.
8. Opgave tussenpersoon.

9. Het toesturen aan de notaris van een kopie van het legitimatiebewijs en van de koopovereenkomst zoals door de financier ontvangen.”⁸³

Ten aanzien van punt 3 bij de notaris wordt opgemerkt dat een aantal hypotheekhouders standaard aan de notaris meldt dat het geen concepthypotheek wenst te ontvangen. Ook wordt opgemerkt bij punt 4 bij de notaris, dat hypotheekhouders vaak niet de moeite schijnen te nemen om deze kopieën aan de notaris te zamen met de hypotheek-opdracht te zenden.⁸⁴

Gesteld wordt dat wanneer de hypotheekhouders en de notaris zich houden aan deze instructies, de hypotheekfraude in sterke mate kan worden teruggedrongen.⁸⁵ Ook de hypotheekhouder heeft een eigen verantwoordelijkheid om zaken zelf te controleren.⁸⁶ De hypotheekhouders zouden bijvoorbeeld de koopovereenkomst en de werkgeversverklaring zelf moeten controleren. In een casus was onder andere de koopovereenkomst op het moment van financiering meer dan een jaar oud en bleken later de verstrekte loonstrook en werkgeversverklaring vals te zijn. De rechtbank overweegt:

“ Uit deze verklaring volgt dat BOS [The Governor and Company of The Bank of Scotland, red.] ook zelf onoplettend is geweest en tenminste twee punten over het hoofd heeft gezien die normaal gesproken aanleiding zouden zijn geweest om een verificatieonderzoek in te stellen....Nu het voor de hand ligt dat een dergelijk onderzoek, waarbij onder meer de opgegeven werkgever wordt benaderd, ertoe zou hebben geleid dat de hypothecaire geldlening niet aan naam 4 zou zijn verstrekt, beoogt de notaris dan ook terecht dat op dit punt sprake is van eigen schuld in de zin van artikel 6:101 BW.”⁸⁷

7.3.3.3 Beleidsregel uitbetaling gelden

Zoals hiervoor al is vermeld, loopt de geldstroom van de “vastgoedtransacties” via de kwaliteitsrekening van de notaris. De verkoper die geld overhoudt aan de transactie, zou de notaris kunnen vragen om het geld over te maken aan andere partijen dan die welke bij de transactie partij zijn. In het kader van de fraudebestrijding is het noodzakelijk om deze geldenstroom in beeld te krijgen. De KNB heeft een beleidsregel uitgevaardigd om dit te bewerkstelligen; een beleidsregel omtrent de uitbetaling van gelden aan derden.

Genoemde beleidsregel luidt:

“Bij onroerendgoedtransacties betaalt de notaris alleen geld uit aan degene die als partij optreedt bij de akte en aanspraak kan maken op de uitbetaling op grond van de rechtshandeling die in de akte is neergelegd. Er kunnen omstandigheden zijn waarbij (een deel van) het geld dat de notaris onder zich heeft, moet worden aangewend om bepaalde schulden te voldoen. In een dergelijk geval mag de notaris aan een ander dan de rechthebbende uitbetalen.”

Uitzonderingen hierop zijn bijvoorbeeld:

- “Betalingen ingevolge een hypotheek-, pand- of ander beperkt recht en een beslag gelegd op de onroerende zaak dan wel onder de notaris;
- Betalingen in opdracht van de rechthebbende mits dit betreft een betaling
 - aan (de bestuurder van) de Vereniging van Eigenaars;
 - aan de gemeente dan wel een ander publiekrechtelijk orgaan; aan semioverheden (denk aan NS, Schiphol, Havenbedrijf Rotterdam; nutsbedrijven); aan een woningbouwcorporatie;
 - aan degene die recht heeft op achterstallige erfpachtscanon dan wel retributie;
 - aan de bemiddelaar of adviseur, mits het een gebruikelijke courtage of honorarium betreft;
 - aan de taxateur, mits het een gebruikelijk honorarium betreft;
 - aan degene die een bankgarantie heeft verzorgd;

⁸³ Albers-Dingemans 2006.

⁸⁴ Kooijman 2008.

⁸⁵ Kooijman 2008.

⁸⁶ F. Lankhorst (VU-criminologe) in: Vijselaar 2004.

⁸⁷ Rechtbank 's-Gravenhage 5 december 2007, NJ 2008, 485, r.o. 4.16.

- aan degene die een overbruggingskrediet heeft verstrekt voor zover dit afkomstig is van een door het AFM of gelijkwaardig buitenlands instituut gesanctioneerde instelling;
- aan de aannemer bij een koop/aannemingsovereenkomst bij nieuwbouw voor zo ver het vervallen termijnen betreft;
- Betalingen aan een collega notaris.”

Indien de notaris deze regel naleeft, zal de fraude die met de kwaliteitsrekening van de notaris zou kunnen worden gepleegd, worden voorkomen.

7.3.3.4 Convenanten

Om het fraudeprobleem gezamenlijk te lijf te gaan, zijn tussen verschillende partijen in de gemeenten Rotterdam en Den Haag convenanten voor samenwerking gesloten.⁸⁸ Partijen bij deze convenanten zijn bijvoorbeeld de desbetreffende gemeente, de KNB (ring Rotterdam, ring 's-Gravenhage), SFH, Nederlandse Vereniging van Banken (NVB), Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen/NHG, NVM en politie. Voorkoming van vastgoedfraude wordt onder andere bereikt door informatie-uitwisseling, voor zover mogelijk in verband met de privacywetgeving.

7.3.3.5 Intercollegiale kwaliteitstoetsing⁸⁹

De laatste noemenswaardige maatregel is het ingevoerde interne controle systeem van de KNB.⁹⁰ Dit interne controlesysteem maakt nu onderdeel uit van de intercollegiale kwaliteitstoetsing. Elk notariskantoor wordt iedere drie jaar steekproefsgewijs bezocht waarbij een onderzoek naar kwaliteit en integriteit centraal staat. De KNB wil graag op deze manier de kwaliteit van het notariaat blijvend waarborgen. Door een speciaal hiervoor opgeleide beroepsgenoot⁹¹ wordt een kwaliteitstoetsing gedaan aan de hand van vastgestelde criteria. Op grond van de notariële expertise van de auditor wordt bepaald welke zaken op een bepaald kantoor aan de orde worden gesteld. Een vast onderdeel is de uitvoering van het Wwft-onderzoek. Hierbij worden dossiers steekproefsgewijs ingezien om de verplichtingen te kunnen toetsen. Een eindgesprek vormt de afsluiting en in dat gesprek worden de bevindingen besproken. De stand van zaken en een oordeel van de auditor worden vervolgens in een rapport beschreven. Indien een misstand is geconstateerd meldt de auditor dit in het rapport en stelt hij het bestuur van de KNB via het auditbureau op de hoogte hiervan. Het bestuur kan vervolgens een tuchtrechtelijk onderzoek aanvragen of een klacht indienen.⁹²

7.3.4 Ervaringen rol notaris

Fraude is niet altijd vast te stellen,⁹³ maar indien bijvoorbeeld een bepaalde koper meermaals een woning voor eigen bewoning aankoopt terwijl hij geen woning verkoopt, dan zal de notaris wel vragen moeten stellen. Volgens sommigen wordt echter de mogelijkheid van de notaris om malversaties op te sporen overschat.⁹⁴ Dit beeld komt ook naar voren uit de enquêtes. Bij de vraag of er een rol weggelegd is voor het notariaat bij de bestrijding van vastgoedfraude, geven velen als antwoord dat er een rol weggelegd is voor het notariaat, maar dat er te veel wordt verwacht van het notariaat. Zo wordt gezegd dat de notaris in sommige gevallen wel alle informatie bij elkaar kan hebben, maar niet alles kan weten. Zo heeft een notaris

⁸⁸ Het samenwerkingsconvenant aanpak malafide eigenaren Rotterdam van de Gemeente Rotterdam en samenwerkingsconvenant aanpak misbruik vastgoed van de Gemeente 's-Gravenhage.

⁸⁹ Ook wel peer reviews genoemd. De KNB gebruikt voor het model intercollegiale toetsing en voor de auditdag zelf “peer review”, in: Veel gestelde vragen bij de intercollegiale toetsing, KNB, p. 1.

⁹⁰ De zogenaamde WID/MOT audits, nu de Wwft-audits. Hiermee werden dossiers getoetst op de naleving van het oude WID/Wet MOT.

⁹¹ Dit zijn notarissen, kandidaat-notarissen of oud notarissen (oud notarissen: tot drie jaar na defungeren) met minimaal zeven jaar notariële praktijkervaring, in: Veel gestelde vragen intercollegiale toetsing, KNB, p. 2.

⁹² Intercollegiale toetsing: het peer review gesprek- volgorde en bijzonderheden, KNB, p. 6.

⁹³ Vijselaar 2005.

⁹⁴ Vijselaar 2004.

bijvoorbeeld geen deskundige kennis over de waarde van het pand, daarvoor is de makelaar. De hypotheekhouder vraagt vervolgens om een taxatie en heeft, anders dan de notaris, inzicht in de financiële positie van de aanvrager.

De notaris wordt verweten niet oplettend genoeg te zijn. De notaris zou een belangrijke filterrol hebben; hij moet niet alleen juridisch naar de transactie kijken, maar hij moet ook namens de maatschappij opletten of er geen malafide zaken mogelijk worden gemaakt.⁹⁵ Daarentegen geeft Van Velten aan dat de notaris geen rechercheur is. Indien er door de verkoper winst wordt gemaakt, zal de notaris naar het prijsverschil moeten vragen. Zoals hiervoor al naar voren komt, dient hij namelijk dienst te weigeren als het prijsverschil niet te verklaren is. Worden vervolgens de bouwofferte en –tekening van de verbouwing overlegd, dan moet het volgens Van Velten voldoende zijn. Hij vindt niet dat de notaris daadwerkelijk in het pand moet gaan kijken of de werkzaamheden zijn uitgevoerd. Wel moet de notaris er goed op letten dat partijen bij een ABC-transactie niet aan elkaar gelieerd zijn. Hij vindt dat in dit geval de eerste verantwoordelijkheid bij de hypotheekhouder ligt, aangezien deze er een taxateur op zet. Hij vindt ook dat voorkomen moet worden dat de notaris een poortwachtersfunctie krijgt, maar bij een verkeerde interpretatie altijd fout zit. In het ene geval krijgt hij het BFT over zich heen en in het andere geval de cliënt.⁹⁶

Bij de beantwoording van onze enquêtes wordt opgemerkt dat de rol van de notaris al behoorlijk is vormgegeven en dat daardoor, als de notaris zijn werk goed doet en goed oplet, vastgoedfraude zo veel mogelijk vermeden kan worden. Een enkeling meent dat de nadruk wel meer mag verschuiven naar de andere schakels in de vastgoedketen. Zo geeft een notaris aan dat men niet kan en mag verwachten van een notaris dat hij al het onderzoek dat in eerdere schakels plaats had moeten vinden, nogmaals doet. De notaris moet uit kunnen gaan van juiste voorlichting door de andere partijen.

In de enquêtes pleiten sommige notarissen voor een terugkeer van de vaste tarieven, terwijl anderen pleiten voor minimumprijzen in de vastgoedsector of een verbod om onder de kostprijs te werken. Op deze manier zou de notaris volgens deze geënquêteerde notarissen zijn rug recht kunnen houden, omdat hij dan minder afhankelijk zou zijn. Volgens sommige geënquêteerde notarissen zijn de dalende tarieven een grote bedreiging voor de onafhankelijkheid van het notariaat en diens poortwachtersfunctie.

De rol die de makelaars in het kader van onze enquêtes aan de notaris toekennen, is meestal die van signalering van malafide transacties en het melden van deze transacties.⁹⁷

7.4 Rol van de overige spelers op de vastgoedmarkt

In de vastgoedketen komen verschillende partijen voor. Voordat de notaris in beeld komt,⁹⁸ zijn vaak eerst de makelaar, taxateur en hypotheekhouder aan bod gekomen. Alle betrokkenen zouden in het kader van de vastgoedfraude hun verantwoordelijkheid moeten nemen en vele hebben dat ook al gedaan. Hieronder worden enkele van deze verschillende partijen besproken.

7.4.1 De vastgoedbedrijven

Hierbij moet men onder andere denken aan woningbouwcorporaties, projectontwikkelaars en commanditaire vennootschappen (cv's).⁹⁹ Bij deze vastgoedbedrijven kan sprake zijn van frauderen met vastgoed. Zo kan er worden “gerommeld” met taxaties en winstprognoses, kan er sprake zijn van belangenverstrengeling en fraude. Het probleem is het gebrek aan toezicht. De AFM heeft in 2005 al gewaarschuwd voor

⁹⁵ H. van de Bunt in: De Gruiter 2006d.

⁹⁶ De Gruiter 2006a.

⁹⁷ Deze melding dient te worden gedaan bij de Financial Intelligence Unit – Nederland.

⁹⁸ Eventueel uitgezonderd in de in hoofdstuk 6 genoemde andere gemeenten waar de notaris bij de koopovereenkomst al wordt betrokken.

⁹⁹ Bij cv's koopt een beheerder namens een groep beleggers onroerend goed, ontwikkelt, exploiteert en verkoopt het vervolgens. Joldersma e.a. 2008, p. 13.

vastgoedbeleggingsmaatschappijen.¹⁰⁰ Een vertegenwoordiger van de KNB geeft in het eerdergenoemde interview aan dat zij graag ziet dat de AFM beter toezicht op deze cv's houdt. Wanneer de inleg meer dan € 50.000 bedraagt, is de cv bijvoorbeeld niet meer onderworpen aan het toezicht van de AFM op grond van de Wet op het financieel toezicht (Wft). Op 15 oktober 2008 is de Wet Oneerlijke handelspraktijken (Wet OHP)¹⁰¹ ingetreden en geldt er een verbod op het verrichten van oneerlijke handelspraktijken. Door de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc) is de AFM als toezichthouder aangewezen voor zover de oneerlijke handelspraktijk betrekking heeft op een financiële dienst of activiteit.¹⁰² Op deze manier kan de AFM ook toezicht houden op financiële diensten en activiteiten die vrijgesteld zijn van het Wft-toezicht. Men kan zich afvragen of het toezicht dat de AFM via deze "omweg" kan uitoefenen voldoende zal zijn, aangezien de Wet OHP een consumentenbescherming geeft.

7.4.2 *De taxateur*

Voor de hypotheekaanvraag vragen hypotheekhouders om een taxatierapport. De taxateurs wordt verweten dat zij de waarde niet juist vaststellen. In taxatierapporten wordt bijvoorbeeld vastgesteld dat de woning leeg is, terwijl deze wordt verhuurd. Ook wordt er getaxeerd zonder ooit ter plekke aanwezig te zijn geweest, of een onroerende zaak wordt getaxeerd die zich geheel niet in het werkgebied van de taxateur bevindt en waarvan men zich kan afvragen of de taxateur in dat geval wel genoeg kennis heeft omtrent de onroerende zaak om tot een goede waarde te komen. Zo blijkt uit onderzoek van de Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen (SEW)¹⁰³ dat er in veertig procent van de gevallen vraagtekens kunnen worden gezet bij de juistheid van de waardebepaling; de taxatie is te hoog.¹⁰⁴

Een taxateur hoeft niet aangesloten te zijn bij een beroepsorganisatie en heeft geen vergunning nodig. Aangegeven wordt dat sinds het vrijgeven van de beschermde titel van taxateur de kwaliteit van de rapporten omlaag is gegaan.¹⁰⁵ Omdat er geen enkele verplichting is om als taxateur aangesloten te zijn bij een branchevereniging, kan de taxateur zich eenvoudig ontdoen van enige vorm van tuchtrechtelijk toezicht of bepaalde regels.¹⁰⁶ Daarnaast heeft de tuchtrechter geen bevoegdheid om een beroepsverbod op te leggen omdat het beroep is vrijgegeven. De taxateur kan wel worden geroyeerd bij de desbetreffende branchevereniging, maar kan vervolgens ongestoord verder gaan met zijn beroep.¹⁰⁷ Overigens dient te worden vermeld, dat indien een lening met Nationale Hypotheekgarantie (NHG) wordt verstrekt, de taxateur wel lid moet zijn van een brancheorganisatie.¹⁰⁸

De mogelijkheid om fraude te plegen kan ook worden bevorderd doordat de taxateurs het taxatierapport aan hun opdrachtgever geven en niet direct aan de bank. In de tijd dat het de bank bereikt, zou er van alles met het rapport kunnen gebeuren. In het rapport "Malafide activiteiten in de vastgoedsector" gaven de taxateurs aan deze gang van zaken af te keuren.¹⁰⁹ De praktijk geeft aan dat de taxatierapporten ook direct worden gestuurd naar de hypotheekhouder en de notaris. Om fraude te voorkomen, zou het direct opsturen naar hypotheekhouders in ieder geval standaard moeten gebeuren.

¹⁰⁰ Ferwerda e.a. 2007, p. 110.

¹⁰¹ *Stb.* 2008, 397.

¹⁰² Artikel 3.1 lid 1 Whc.

¹⁰³ Dit is de verstrekker van de Nationale Hypotheek Garantie.

¹⁰⁴ Vijselaar 2007b.

¹⁰⁵ Vijselaar 2004.

¹⁰⁶ Zie ook: Joldersma e.a. 2008, p. 13.

¹⁰⁷ Van Almelo 2008a.

¹⁰⁸ Van Almelo 2008a.

¹⁰⁹ Ferwerda e.a. 2007, p. 112.

7.4.3 De makelaar

De makelaar staat het dichtst bij de consument.¹¹⁰ De makelaar wordt echter niet standaard ingeschakeld bij de verkoop van onroerende zaken. Zo zijn tegenwoordig via internet tal van mogelijkheden om de woning zelf aan te bieden. Daarom zal de rol die een makelaar toebedeeld krijgt in de voorkoming van vastgoedfraude niet altijd even groot zijn als voor de spelers op de markt die wel een standaard rol spelen.

Evenmin als de taxateur dient een makelaar aangesloten te zijn bij een beroepsorganisatie. Een vergunning is ook niet vereist. Ook bij de makelaar wordt aangegeven dat het vrijgeven van de beschermde titel niet op alle fronten goeds heeft gebracht.¹¹¹ Bovendien geldt er net zoals bij de taxateur geen enkele verplichting om aangesloten te zijn bij een branchevereniging, kan de makelaar zich eenvoudig ontdoen van enige vorm van tuchtrechtelijk toezicht of bepaalde regels, heeft de tuchtrechter geen bevoegdheid om een beroepsverbod op te leggen en kan de makelaar ook bij roeyement vervolgens ongestoord zijn beroep uit blijven oefenen.

Een voorbeeld bij ABC-transacties en betrokkenheid van makelaars is het geval waarbij een moeilijk verkoopbare woning onder de werkelijke waarde wordt verkocht aan een bevriende handelaar en deze laatste met winst de woning vervolgens weer doorverkoopt.¹¹²

7.4.4 De hypotheekhouder

De hypotheekhouders wordt verweten dat zij een kosten-baten analyse maken en in veel gevallen daarom niets doen (deden) aan de hypotheekfraude. Er is voor de hypotheekhouder immers pas schade indien de hypotheeklasten niet worden afgelost en de onroerende zaak voor de hypotheekhouder niet genoeg oplevert bij de executieverkoop. Het vervalsen van bijvoorbeeld een taxatierapport is strafbaar. Sommige banken doen echter alleen aangifte indien ze daadwerkelijk schade lijden.¹¹³

In eerste instantie is de hypotheekhouder de eerst verantwoordelijke voor het beoordelen van de hypotheekaanvraag. “De hypotheekhouder is immers de eerste en voornaamste sluis naar hypotheekfraude, nog voordat de notaris zich mengt in de zaak.”¹¹⁴ De hypotheekhouder dient daarom zelf kritisch te kijken naar de aanvraag. De hypotheekhouders wordt dan ook het verwijt gemaakt dat zij het taxatierapport, de werkgeversverklaring en het loonstrookje niet kritisch genoeg bekijken. Ook wordt gezegd dat de beloningsstructuur van de medewerkers die betrokken zijn bij de hypotheekaanvraag niet bevorderend werkt. Zij krijgen een beloning die voor een deel gekoppeld is aan het realiseren van de hypotheekaanvragen en worden afgerekend op het aantal offertes. Op deze manier is de medewerker niet betrokken bij het uiteindelijke resultaat en zal deze derhalve minder kritisch de aanvraag behandelen.¹¹⁵

Daarnaast is de hypotheek dikwijls gedekt door de Nationale Hypotheekgarantie (NHG). Indien de debiteur niet voldoet aan zijn verplichtingen en de woning op de veiling uiteindelijk minder opbrengt, betaalt de NHG het verschil uit aan de hypotheekhouder.¹¹⁶ Gezegd wordt dat op deze manier het risico voor de hypotheekhouder gering is en dat de hypotheekhouder daarom niet veel stappen zal ondernemen ter voorkoming van fraude (indien er sprake is van een NHG). De SEW geeft aan dat in twintig procent van de gevallen waarvan wordt vermoed dat er fraude is gepleegd, de hypotheekhouder iets te verwijten valt. Indien de hypotheekhouder heeft nagelaten om onderzoek te doen, zal SEW de schade echter niet meer uitkeren. De SEW heeft aan de hypotheekhouder de bevoegdheid gedelegeerd om namens de SEW te beoordelen of een aanvrager voor een NHG in aanmerking komt, en dan is het volgens de SEW ook lo-

¹¹⁰ Gemeente Rotterdam, *De fraude voorbij: Voorstel van Rotterdam voor een integrale aanpak van vastgoed- en hypotheekfraude*, p. 32.

¹¹¹ Gemeente Rotterdam, *De fraude voorbij: Voorstel van Rotterdam voor een integrale aanpak van vastgoed- en hypotheekfraude*, p. 13.

¹¹² Ferwerda e.a. 2007, p. 112.

¹¹³ Ferwerda e.a. 2007, p. 119.

¹¹⁴ Van Gestel 2008, p. 117.

¹¹⁵ Kooijman 2008.

¹¹⁶ Vijselaar 2007a.

gisch dat de banken de nodige zorgvuldigheid in acht nemen.¹¹⁷ Voor de verstrekking voor een hypotheekgarantie is bijvoorbeeld een vereiste dat de woning gebruikt wordt voor eigen gebruik.¹¹⁸ De hypotheekhouders zouden hier goed naar moeten kijken.

7.4.5 *De overheid*

Ook de overheid heeft een taak in de bestrijding van vastgoedfraude.

Indien de overheid wil dat bepaalde partijen meer verantwoordelijkheden op zich nemen in het kader van de vastgoedfraude, dient deze volgens sommigen wel de benodigde instrumenten te leveren. Zo kan bijvoorbeeld inzage worden gegeven in gegevens die van belang kunnen zijn. Gedacht wordt bijvoorbeeld aan de Verklaring van geen bezwaar. Volgens Wilmink doet justitie daar geheimzinnig over. Indien bijvoorbeeld iemand vijf verschillende zaken failliet heeft laten gaan en de notaris dit door raadpleging van de gegevens weet, kan de notaris alerter zijn. De overheid dient duidelijk aan te geven welke dingen zij belangrijk vindt.¹¹⁹

Ook uit de enquêtes komt naar voren dat, indien de overheid een rol voor partijen in de vastgoedketen weggelegd ziet, de overheid duidelijk moet zijn en de juiste instrumenten moet aanleveren. Ook zal in elke schakel in de vastgoedketen goed bekeken moeten worden welke verantwoordelijkheden elke partij op zich dient te nemen.

Ook spelen er problemen bij een gebrek aan informatie-uitwisseling tussen verschillende overheidsdiensten. Zo kijkt de Belastingdienst uitsluitend naar een bepaalde transactie om na te gaan of er te weinig belasting is betaald. Belastingontduiking zou echter ook kunnen wijzen op andere vormen van misbruik, met het opsporen waarvan een andere overheidsdienst belast is.¹²⁰

Daarnaast kan de overheid zelf ook een goed beeld vormen. Alle onroerendgoedtransacties¹²¹ zijn openbaar via de openbare registers en ook het handelsregister van de Kamers van Koophandel is openbaar. Volgens Van Velten kan de overheid door deze twee te combineren zelf een aardig beeld vormen.¹²²

7.5 **Mogelijkheden ter voorkoming van de fraude**

7.5.1 *Ter inleiding*

Zoals hiervoor al is vermeld, komen verschillende partijen in de vastgoedketen voor. De notaris is op dit moment het sluitstuk en komt aan het einde van de hele vastgoedketen in beeld doordat deze de in een koopovereenkomst gemaakte afspraken in een notariële akte van levering vervat.

Allereerst wordt gekeken naar de mogelijkheden voor de notaris om bij te dragen aan de bestrijding van vastgoedfraude. Daarna zal worden bekeken of er nog andere mogelijkheden zijn. Deze laatste mogelijkheden zullen in willekeurige volgorde en slechts kort worden behandeld. Daarbij dient te worden vermeld dat de door ons genoemde mogelijkheden deels overeen zullen komen met de mogelijkheden in eerder genoemde rapporten en de niet door ons genoemde mogelijkheden uiteraard van belang blijven.

¹¹⁷ Vijselaar 2007b.

¹¹⁸ Voorwaarden en normen 2009 NHG.

¹¹⁹ De Gruiter 2006d. Overigens zal de verklaring van geen bezwaar worden afgeschaft, omdat dit systeem leemtes bevat en administratieve lasten voor het bedrijfsleven geeft: *Kamerstukken II*, 2008/09, 29 911, nr. 23, p. 19.

¹²⁰ R. Staring in: Vijselaar 2007a.

¹²¹ Met uitzondering van de economische eigendom.

¹²² De Gruiter 2006a.

7.5.2 *Mogelijkheden voor de notaris*

Zoals hierboven al is aangegeven heeft het notariaat al enkele maatregelen genomen. Hieronder worden andere mogelijkheden uiteengezet.

7.5.2.1 Invoering van het “Amsterdamse model”

Als mogelijk instrument om vastgoedfraude tegen te gaan wordt wel verplichte invoering van het in hoofdstuk 6 genoemde Amsterdamse model genoemd. Naast een bijdrage aan de bestrijding van de fraude zou dit ook de in dat hoofdstuk vermelde voordelen met zich brengen.¹²³ Opgemerkt dient hierbij wel dat men zich dient te realiseren dat ook in Amsterdam ‘vastgoedfraude’ plaatsvindt.

Indien de Amsterdamse praktijk zou worden omgevormd tot een model voor de rest van Nederland, dan zou de notaris alle recherches en controles die hij uitvoert voor de levering al in de obligatoire fase uitvoeren. Voor het opstellen van de koopovereenkomst zal de notaris bijvoorbeeld in de openbare registers recherche doen. Op dat moment kan bijvoorbeeld al aan het licht komen dat de koper meerdere woningen op zijn naam heeft staan, ervan uitgaande dat op naam wordt gerechercheerd en niet slechts op object. Wanneer partijen vervolgens aangeven dat de woning zal worden gebruikt voor bewoning, kan de notaris hieromtrent meteen de juiste vragen stellen. Eventuele onregelmatigheden kunnen daarmee in een eerder stadium worden geconstateerd. Tevens kan de notaris in dit stadium de partijen nog op de juridische risico’s wijzen en kan hij een eventuele zwakkere partij beschermen. Voordeel hiervan zou kunnen zijn dat de notaris in een vroeg stadium malafide activiteiten zou kunnen ontdekken en wellicht een partij die wordt benadeeld kan behoeden voor een misstap. Daarnaast zou de notaris in dat stadium al dienst kunnen weigeren. Als nadeel zou men echter kunnen aanvoeren dat hierdoor ook de gegevens die de notaris tot zijn beschikking krijgt, eerder onder zijn verschoningsrecht zouden vallen.

Zou notariële interventie in de obligatoire fase verplicht worden gesteld, dan zou elke schakel in een ABC-transactie langs de notaris dienen te gaan. Zo kan bijvoorbeeld de notaris meteen signaleren dat de verkoper (nog) niet beschikkingsbevoegd is om de woning te leveren. Vervolgens zal hij geen koopovereenkomst opstellen indien de verkoper niet beschikt over bewijs dat hij via een eerdere koopovereenkomst de onroerende zaak heeft aangekocht. De notaris zou vervolgens bevoegd moeten zijn om een afschrift van deze voorgaande koopovereenkomst op te vragen bij de desbetreffende notaris. Hiermee zou je de tussenschakels waarvan men aangeeft dat deze onbekend kunnen blijven in een ABC-transactie boven water moeten krijgen en zou het niet meer moeten voorkomen dat de tussenschakels niet bekend zijn bij de notaris. Thans komt de notaris pas na de makelaar, de taxateur, de hypotheekhouder en de bank aan bod. Met voormelde wijziging zou de transparantie groter worden.¹²⁴

Zoals hiervoor is vermeld, kunnen er verschillende versies van de koopovereenkomst in omloop zijn. Wanneer de koopovereenkomst verplicht moet worden opgesteld door de notaris, kan de notaris er voor zorg dragen dat een afschrift van deze originele akte wordt gestuurd naar de hypotheekhouder. Daarmee kan worden voorkomen dat verschillende versies circuleren, aangezien alleen de notaris bevoegd zal zijn om een afschrift te versturen. De hypotheekhouder beschikt daarmee over een kopie van de originele versie waarmee geen fraude meer gepleegd kan worden.

Ook wordt er voor gepleit om het Amsterdamse model in te voeren in de veilingpraktijk. In Amsterdam wordt niet alleen een notaris ingeschakeld, maar ook een Amsterdamse makelaar. Deze makelaar neemt de onroerende zaak op in zijn bestand en beantwoordt vragen van eventuele gegadigden. De makelaar kent de markt als geen ander en is specialist in het verkopen van onroerende zaken. Op deze manier hoeft de notaris geen vragen te beantwoorden als “is het onderhoud van de woning in orde” en kan hij zich volledig bezig houden met de juridische componenten van de veiling. Daarnaast kan de koper een makelaar inschakelen die namens hem op de veiling kan bieden. Volgens de Amsterdamse veilingvoorwaarden is de

¹²³ Zie ook F. Teeven (VVD) en A. Wolfsen (PvdA) in: Van Almelo 2007 en De Gruiter 2006d.

¹²⁴ Ook hier dient te worden opgemerkt dat fraudeurs zich niet veel aan de wet gelegen laten liggen en men zich kan afvragen of er daadwerkelijk sprake zal zijn van transparantie.

makelaar daarvoor hoofdelijk aansprakelijk. Dit maakt het voor een particulier gemakkelijker om op een veiling te kopen.¹²⁵

In de enquêtes komt de roep naar de koopovereenkomst bij de notaris ook een aantal keer naar voren wanneer er naar mogelijkheden wordt gevraagd om de vastgoedfraude te bestrijden. Nu kan een notaris alleen (achteraf) melden of in uitzonderlijke gevallen dienst weigeren. Door in het voortraject meer controles te kunnen verrichten en meer vragen te kunnen stellen, over object, de koopsom, bijzonderheden, identiteit van partijen, enzovoorts, kan vastgoedfraude in veel gevallen eerder worden opgemerkt en een poging daartoe worden voorkomen. Ook wordt aangegeven dat de notaris voor de juiste koopovereenkomst aan de hypotheekhouder kan zorgdragen en vaststaat dat er geen verschillende versies bestaan. Daarnaast wordt aangegeven dat de notaris zorg kan dragen voor de correcte burgerlijke staat van partijen.

7.5.2.2 Inschrijving koopovereenkomst

Indien de koopovereenkomst verplicht zou worden ingeschreven, wordt volgens sommigen de transparantie vergroot. Probleem is echter dat de notaris bij inschrijving er voor instaat dat de leden 1, 2 en 5 van artikel 7:3 BW niet aan de inschrijving in de weg staan. Kijkt men naar artikel 7:3 lid 1 BW, dan wordt er melding gemaakt van artikel 3:97 BW. Hiermee is inschrijving niet mogelijk indien het voor de verkoper nog niet mogelijk zou zijn om te leveren. Dit zou een probleem opleveren voor ABC-transacties. B is immers nog niet beschikkingsbevoegd. Indien ook deze koopovereenkomsten zouden moeten worden ingeschreven, zou de wet in dat kader moeten worden veranderd. Indien elke koopovereenkomst wordt ingeschreven, zou het Kadaster sneller informatie kunnen verstrekken over een dubbele verkoop.¹²⁶

Volgens institutionele beleggers zou het publiceren van de koopakten in het Kadaster kunnen bijdragen aan het voorkomen van de hypotheekfraude. Volgens de directeur van de Vereniging van Institutionele Beleggers in Vastgoed Nederland (IVBN) is inschrijving van de koopakte echter geen oplossing voor de fraude die wordt gepleegd met grote vastgoedobjecten, omdat dit een heel andere tak van sport zou zijn.¹²⁷

Men zou in dit kader echter wel moeten waken voor vervuiling van de openbare registers. Denk bijvoorbeeld aan een lange keten van A-B-C.....K-transactie. Alle koopovereenkomsten zouden moeten worden ingeschreven, hetgeen naar de mening van het onderzoeksteam niet overzichtelijk is. Indien bijvoorbeeld iets misgaat in de schakel C-D, zal er uiteindelijk niet worden geleverd. Wie moet er voor zorgdragen dat alle koopovereenkomsten worden doorgehaald? En op kosten van wie?

7.5.2.3 Inzage WOZ-waarde

De notaris zou de WOZ-waarde kunnen vergelijken met de verkoopprijs. Indien er een groot verschil bestaat, zou de notaris extra alert dienen te zijn. Of dit echter een goede toetssteen is, valt nog te bezien. Hoewel de WOZ-waarde tegenwoordig jaarlijks wordt vastgesteld en steeds meer in de richting van de marktwaarde van een onroerende zaak komt, loopt volgens verschillende partijen de WOZ-waarde vaak achter op de actuele marktwaarde, gaat de WOZ-taxatie uit van de fictie dat de woning niet is verhuurd en maken mensen alleen bezwaar tegen te hoge taxatiewaarde en niet tegen een te lage waarde.¹²⁸ Zo wordt een voorbeeld gegeven van een woonboerderij die te koop staat voor € 785.000 k.k. waarvoor verschillende gegadigden zich al hebben gemeld. Men kan hieruit stellen dat de vraagprijs hiermee marktconform is. De WOZ-waarde is echter gesteld op € 410.000.¹²⁹ Daarmee zou de WOZ-waarde slechts een indicatie moeten zijn.

¹²⁵ De Gruiter 2006e.

¹²⁶ Van Almelo 2008a.

¹²⁷ Van Almelo 2008a.

¹²⁸ Van Almelo 2008b. Overigens dient hierbij wel opgemerkt te worden dat dit afhankelijk kan zijn van de markt.

¹²⁹ Van Almelo 2008b.

Betreffende de al dan niet beschikbaarheid van de WOZ-waarde voor de notaris, bestaat enigszins verwarring. Volgens de berichten in onder andere het Notariaat Magazine¹³⁰, zou de notaris vanaf 1 januari 2009 gebruik kunnen maken van inzage in de WOZ-waarde. Vanaf deze datum is de Basisregistratie waarde onroerende zaken (BR WOZ) gerealiseerd. In deze wet wordt de mogelijkheid om de WOZ-waarde op te vragen door bestuursorganen verruimd. Alle bestuursorganen kunnen op grond van een wettelijk voorschrift de WOZ-waarde opvragen. De notaris is in de uitoefening van zijn publieke taak aan te merken als bestuursorgaan.

In een brief van de Staatssecretaris van Financiën omtrent de verruiming van de openbaarheid van de WOZ-waarden komt de volgende passage voor:

“Dankzij het feit dat de WOZ-registratie van de gemeenten een basisregistratie is geworden, kunnen de waardegegevens voortaan ook voor andere doelen verstrekt worden aan bestuursorganen, indien er een wettelijk voorschrift ten grondslag ligt aan de verstrekking. Zo'n wettelijk voorschrift kan een gemeentelijke verordening zijn of een sectorwet, dan wel de Wet WOZ. Eén van de bestuursorganen die toegang zou kunnen krijgen tot de WOZ-waarde is de notaris, die bij de uitoefening van zijn publieke taak een bestuursorgaan is. Ik zal een voorstel tot wijziging van de Wet WOZ per 1 januari 2010 doen.”¹³¹

Uitgaande van de woorden van de Staatssecretaris van Financiën, zou de notaris vanaf 1 januari 2010 inzage krijgen in de WOZ-gegevens, indien er een wetsvoorstel wordt ingediend. Het leek er op dat geen enkele actie werd ondernomen om de WOZ-gegevens beschikbaar te maken voor de notaris. Op 15 september jl. is echter het Belastingplan 2010 gepresenteerd. Bij de overige fiscale maatregelen wordt de mogelijkheid voor onder andere de notaris om de WOZ-waarde in te zien dan toch gecreëerd. In het kader van het Alijda-project in Rotterdam¹³², is de intentie dat de notarissen de WOZ-waarde kunnen opvragen in het kader van de uitoefening van hun publieke taak. Daarnaast kunnen notarissen in enkele gemeenten nu ook al navraag doen naar de WOZ-waarde, wederom in het kader van hun publieke taak, waarmee zij de zakelijke lasten tussen koper en verkoper kunnen verrekenen.¹³³ Hiermee kan men stellen dat inzage voor de notaris mogelijk is, maar door de wetswijziging zal er meer duidelijkheid bestaan omtrent deze mogelijkheid en kunnen gemeenten gedwongen worden om deze gegevens aan de notaris te verstrekken.¹³⁴

7.5.2.4 Verplichte controle identiteit met VIS

De identiteitsbewijzen kunnen worden gecontroleerd met het Verificatie Informatie Systeem (VIS). Dit systeem informeert over “de nummers van gestolen, vermiste of anderszins ongeldig verklaarde identiteits- en reisdocumenten uit binnen- en buitenland”.¹³⁵ Dit zou verplicht moeten gebeuren. Hiermee is uiteraard niet alle fraude te voorkomen, maar een eerste controle van de identiteit heeft dan wel plaatsgevonden. Indien de koopovereenkomst verplicht door de notaris zou worden opgesteld, zou, indien er sprake is van identiteitsfraude, verdere dienst kunnen worden geweigerd. En men kan in een vroeg stadium voorkomen dat er gestart kan worden met een frauduleuze transactie.

¹³⁰ Van Almelo 2008b.

¹³¹ Brief Staatssecretaris van Financiën, Directie Directe Belastingen van 19 maart 2009, kenmerk: DB/2009/0142M.

¹³² Het Alijda-team is een multidisciplinair team waarin onder andere de gemeente Rotterdam, het Openbaar Ministerie, de politie, de Belastingdienst, de FIOD-ECD (Fiscale inlichtingen- en opsporingsdienst – Economische controledienst) en de dienst gemeentelijke belastingen samenwerken in de preventie en bestrijding van hypotheekfraude. Zie: Van Almelo 2009.

¹³³ Bijvoorbeeld in Amsterdam, waar vaak de WOZ-waarde ook al wordt vermeld in de koopovereenkomst.

¹³⁴ Terwijl zij nu wellicht kan weigeren indien zij vindt dat het niet noodzakelijk is dat de notaris deze gegevens krijgt in het kader van zijn publieke taak.

¹³⁵ <<http://www.verificatiesystemen.nl/watisvis.htm>>

Voorbeeld¹³⁶

“Een man vestigt samen met zijn partner een recht van hypotheek op een pand. Nadat de akte is gepasseerd valt het de bank op dat de notaris in zoverre heeft afgeweken van de hypotheekopdracht dat hij de geboortedatum van één van partijen heeft gewijzigd. Volgens de notaris was sprake van een schrijffout van de bank. Door deze fout komt aan het licht dat de man, die het hypotheekrecht vestigde gebruikt heeft gemaakt van een vervalst paspoort. Het paspoort waarvan hij gebruik maakte is ruim een half jaar eerder gestolen.”

Indien de notaris VIS had geraadpleegd dan had de notaris dit kunnen opmerken.¹³⁷ De notaris is in deze casus nalatig geweest. Ook de financier had dit overigens op moeten merken.

Verder is het wellicht verstandig om enige medewerkers op te leiden om de identiteitsbewijzen te controleren. Volgens een deskundige is een identiteitsbewijs op een redelijk eenvoudige manier te controleren. Zo is bijvoorbeeld nog nooit een succesvolle vervalsing met een image perf¹³⁸ geconstateerd. Als de notaris daarnaast de beschikking heeft over een UV-lamp, zou het document door een medewerker binnen twee minuten kunnen worden gecontroleerd.¹³⁹ Ook staat een overzicht van echtheidskenmerken op een website ter inzage.¹⁴⁰

Verstandig kan tevens zijn om elke volmacht te legaliseren en dezelfde eisen te stellen aan de controle van de identiteitsbewijzen. Voordeel hiervan is uiteraard dat fraude met de identiteit in een eerder stadium aan het licht kan komen, omdat de volmachtgever in persoon voor de notaris moet verschijnen. Nadeel is dat personen verplicht naar de notaris moeten en er ook kosten aan verbonden zullen zijn.

7.5.2.5 Verplicht vermelden van de prijs van elk object bij pakket woningen

Soms worden gehele pakketten woningen verkocht en geleverd, zoals eerder is genoemd bij de pensioenfraude. Er wordt gepleit om in het licht van de transparantie van de “vastgoedmarkt” een verplichting in te voeren om van elke registergoed een individuele prijs te vermelden.¹⁴¹ IVBN pleit ervoor om de notaris in te schakelen bij tenderprocessen, waarbij verschillende partijen bieden op een pakket vastgoed. Zij hebben behoefte aan een onafhankelijke deskundige.¹⁴²

7.5.2.6 ABC-transacties verplicht melden in de leveringsakte

In het rapport “Malafide activiteiten in de vastgoedsector” wordt ook nog geopperd voor een verplichting om de ABC-transactie in de akte te vermelden.¹⁴³ Wanneer de concept leveringsakte wordt verstuurd naar de hypotheekhouder, moet voor deze hypotheekhouder duidelijk zijn dat er sprake is van een dergelijke transactie. Daarnaast zou daarmee duidelijk in de openbare registers naar voren komen dat hiervan sprake is geweest.

Niet duidelijk is welke transactie men hier precies bedoelt. De notaris dient in de leveringsakte de titel op grond waarvan de levering plaatsvindt te vermelden.¹⁴⁴ Wanneer sprake is van een “echte” ABC-transactie,

¹³⁶ Ontleend aan: Vijselaar 2005.

¹³⁷ Vijselaar 2005. Overigens werd in deze specifieke casus ook nog aangegeven dat de vervalsing zichtbaar zou zijn geweest, indien de notaris het origineel had ingezien. Dat de notaris dit niet heeft gedaan, is nalatig, aangezien de notaris verplicht is de identiteit vast te stellen, o.g.v. Wwft en artikel 39 Wna.

¹³⁸ Wanneer je een Nederlandse identiteitsbewijs of paspoort tegen het licht houdt, is een geperforeerde afbeelding van de pasfoto zichtbaar.

¹³⁹ Hogendoorn 2007.

¹⁴⁰ <www.identiteitsdocumenten.nl>

¹⁴¹ Aldus de directeur F. Winkel van het BFT in: Van Almelo 2008a. Zie ook: Zie ook: *Rapportage Project Vastgoed*, Financieel Expertise Centrum, Amsterdam, juli 2008, p. 9.

¹⁴² Van Almelo 2008a.

¹⁴³ Ferwerda e.a. 2007, p. 146.

¹⁴⁴ Artikel 24 lid 2 sub a Kadasterwet.

zal de ABC-transactie dan ook duidelijk in de leveringsakte naar voren moeten komen. Indien sprake is van een AB, BC, CD-transactie, zal bijvoorbeeld in de CD-transactie alleen de voorgaande leveringsakte (BC) worden vermeld in de leveringsakte van CD. In dit laatste geval zou men in een lange keten niet kunnen zien dat de onroerende zaak in een jaar bijvoorbeeld vier keer is geleverd. Indien men dan in de leveringsakte verplicht is om de voorgaande leveringsakte van, bijvoorbeeld, een jaar terug te melden, zou een dergelijke ABC-transactie duidelijker naar voren moeten komen. De vraag is dan echter wel hoe ver in de tijd een notaris terug zou moeten kijken. Daarnaast zal dit ook kosten met zich mee brengen, aangezien niet alleen de voorgaande leveringsakte moet worden opgevraagd, maar ook de daar voorgaande akten.

7.5.2.7 Economische eigendom via notariële akte

Zoals hiervoor is vermeld, is er geen vormvereiste gesteld aan de overdracht van “economische eigendom”. Ook wordt de economische eigendom niet ingeschreven in de openbare registers. Zoals hiervoor al is vermeld, kan de economische eigendom een methode zijn om een ‘UBO’ af te schermen en kan crimineel geld overgaan in ruil voor economische eigendom. Hoewel wel overdrachtsbelasting verschuldigd is bij een economische eigendomsoverdracht, zal het vrij gemakkelijk zijn om deze belasting te ontduiken, doordat de akte niet wordt geregistreerd.

Om de markt transparanter te maken en eventueel ook een instrument te geven aan de Belastingdienst om de overdrachtsbelasting te heffen, kan men overwegen om ook de economische eigendom in een notariële akte vast te leggen.¹⁴⁵ De vraag die hierbij echter wel opkomt is of dit zinvol zal zijn, aangezien fraudeurs zich sowieso niet veel aan de wet gelegen laten liggen.

7.5.2.8 Lijsten met indicatoren

Om de notaris meer houvast te geven, is het verstandig om lijsten met als frauduleus bekend staande wijken te verstrekken aan iedere notaris. Zo zijn de wijken in bijvoorbeeld Rotterdam inmiddels wel bekend bij elke notaris in Rotterdam en door de goede samenwerking zal het wellicht moeilijker zijn om fraude te plegen indien men bij een notaris in Rotterdam terecht komt. De criminelen zullen daarom wellicht gaan “notarishoppen”.¹⁴⁶ Indien de wijken ook bekend worden bij de notarissen in het gehele land, zullen alle notarissen alert kunnen zijn. De KNB krijgt zo nu en dan signalen van transacties waarbij mogelijk sprake is van malafide handelen. De KNB meldt dit als een waarschuwing op het KNB-intranet. In zo’n geval dient de notaris alert te zijn. Dit heeft er echter wel toe geleid dat de KNB door een handelaar aansprakelijk is gesteld voor schade.¹⁴⁷

Verder is met de ABC-checklist uiteraard al een goede start gemaakt met indicatoren voor het notariaat, zodat het alert kan zijn. Wellicht zouden ook andere lijsten met indicatoren (bijvoorbeeld ‘hoe herken je een stroman’) opgesteld kunnen worden, dit in samenwerking met andere partijen, zoals bijvoorbeeld banken, overheid, etc.

Een top drie van risico-indicatoren volgens de heer Schiffer zou zijn (1) de locaties van het onderpand, (2) het prijsverschil tussen de vorige en huidige transactie en het verschil tussen de taxatiewaarde en de kadastrale waarde en (3) wanneer bijvoorbeeld sprake is van een ABC-transactie met een normaal gezin.¹⁴⁸ In

¹⁴⁵ Zie ook: *Rapportage Project Vastgoed*, Financieel Expertise Centrum, Amsterdam, juli 2008, p. 9.

¹⁴⁶ Van Almelo 2009.

¹⁴⁷ Stand van zaken betreffende fraudezaken en de aanpak van de KNB, KNB, 12 oktober 2007. Onlangs heeft de Rechtbank Rotterdam op 12 augustus 2009 uitspraak gedaan (nog niet gepubliceerd) in een zaak aangespannen door twee vastgoedhandelaren tegen de gemeente Rotterdam. O.a. wordt geoordeeld: “Voor zover het gaat om de notarissen is de eigen verantwoordelijkheid van de notaris [om dienst te weigeren, KNB] beslissend, zelfs als de notaris op de transactie geattendeerd is door een alert van de KNB en zelfs als die waarschuwing haar oorsprong vond in de berichtgeving zijdens de gemeente.” Er is volgens de KNB daarom niets op tegen om een notaris te waarschuwen. Waarschuwing inzake verdachte transacties, KNB, 25 augustus 2009.

¹⁴⁸ Aldus K. Schiffer van het SEW in: Van Almelo 2008a.

deze gevallen zou de notaris extra alert dienen te zijn. Met een lijst van indicatoren kan een notaris wellicht eerder bepalen wanneer hij dienst moet weigeren.

Een aanzet tot het komen van een lijst met indicatoren is gegeven in het rapport van het Financieel Expertise Centrum met zogenaamde “red-flags”. Deze zouden moeten wijzen op mogelijke onregelmatigheden bij vastgoedtransacties. De red-flags zijn geordend naar partijen die betrokken zijn bij vastgoedtransacties en de notaris wordt hierin apart genoemd.¹⁴⁹

7.5.2.9 Controle notarissen in Kadaster op naam

In het Kadaster kan op naam worden gezocht. Indien dit standaard wordt gedaan, wordt duidelijk wanneer iemand meer woningen op naam heeft. Indien dit het geval zou zijn, dan dient de notaris alert te zijn indien de koper verklaart de woning voor eigen bewoning aan te kopen. De hypotheekhouders zouden ook gebruik moeten maken van deze mogelijkheid. Men zou dit echter als een taak van de hypotheekhouder kunnen beschouwen¹⁵⁰, aangezien deze de hypotheekaanvraag behandelt en zou moeten onderzoeken of de verstrekte gegevens door de hypotheekaanvrager juist zijn.

7.5.2.10 Mogelijkheden tuchtrechter

De tuchtrechter heeft recentelijk de mogelijkheid gekregen om een notaris te schorsen indien er een ernstig vermoeden bestaat dat de notaris beroepsmatig ontspoot. De Wet op de notarisambt wordt hiertoe als volgt gewijzigd:

“Artikel 106 wordt als volgt gewijzigd:

1. Het eerste lid komt te luiden:

1. Indien het betreft een klacht tegen een notaris van zeer ernstige aard, dan wel indien er kennelijk gevaar bestaat voor benadeling van derden, en de voorzitter van de kamer van toezicht een ernstig vermoeden heeft ten aanzien van de gegrondheid van de klacht of van de benadeling, kan hij bij wijze van ordemaatregel de onmiddellijke schorsing in de uitoefening van het ambt gelasten of een andere voorlopige voorziening treffen, ten hoogste voor de duur van de behandeling van de klacht. Artikel 27, eerste lid, tweede tot en met vierde volzin, tweede en derde lid, is van overeenkomstige toepassing.”¹⁵¹

Het rapport Hammerstein geeft aan dat het graag ziet dat er een mogelijkheid tot boetes wordt geschapen als tuchtrechtelijke sanctie. Daarnaast ziet het graag dat er een mogelijkheid wordt geschapen tot invoering van een stille bewindvoerder als ordemaatregel. Deze mogelijkheden worden in het wetsvoorstel van de Wna dat ter consultatie is gegaan nog niet gegeven. Dit zou volgens de toelichting worden betrokken bij de invoering van een uniforme wettelijke regeling voor het tuchtprocesrecht.¹⁵²

Ook is er een roep om specialisatie van de tuchtrechters. In het wetsvoorstel van de Wna dat ter consultatie ligt, wordt het aantal kamers van toezicht¹⁵³ van negentien naar vijf kamers teruggebracht. Binnen deze kamers zouden dan aparte kamers moeten komen voor personen- en familierecht, ondernemingsrecht en onroerend goed zaken.¹⁵⁴ De KNB is daarnaast voorstander van specialisatie van één van de vijf kamers in vastgoedfraude.¹⁵⁵

¹⁴⁹ *Rapportage Project Vastgoed*, Financieel Expertise Centrum, Amsterdam, juli 2008, p. 15 e.v.

¹⁵⁰ Zie het protocol van de KNB hiervoor in paragraaf 7.3.3.

¹⁵¹ *Stb*, 2009, 222.

¹⁵² Leest men de Memorie van Toelichting bij het gewijzigde artikel 106 Wna, dan kan men afleiden dat de stille bewindvoerder als ordemaatregel nu al mogelijk zou moeten zijn o.g.v. artikel 106 Wna, *Kamerstukken II*, 2007-2008, 31 385, nr. 3, p. 7.

¹⁵³ In het wetsvoorstel Kamers voor het notariaat genoemd. Deze Kamers zullen kamers zijn bij rechtbanken en de Appellkamer is belast met het tuchtrechtspraak in hoger beroep (een kamer bij het Gerechtshof Amsterdam).

¹⁵⁴ Aldus H. Breedveld in: Van Almelo 2008a.

¹⁵⁵ Betrokkenheid Rotterdamse notaris bij vastgoedfraude vastgesteld, KNB, 11 september 2009.

7.5.2.11 Invoering integriteits- en kwaliteitstoets

Voor de benoeming van een (kandidaat-)notaris zou er een integriteits- en kwaliteitstoets moeten worden afgenomen.¹⁵⁶ Deze toetsing naar de persoonlijke geschiktheid is verwerkt in een wetsvoorstel van de Wna dat in consultatie is gegaan. De toets zal worden ingevoerd voor de benoeming tot notaris.

7.5.2.12 Herziening geheimhoudingsplicht

Op grond van artikel 22 Wna heeft de notaris een geheimhoudingsplicht. De notaris wordt wel verweten dat deze de waarheidsvinding frustreert door een beroep te doen op zijn geheimhoudingsplicht en het daarmee samenhangende verschoningsrecht.¹⁵⁷ De geheimhoudingsplicht en het daarmee gepaard gaande verschoningsrecht is al enige tijd punt van discussie, ook in het notariaat.¹⁵⁸

In de rechtspraak van de Hoge Raad is het verschoningsrecht van notarissen voor het eerst gedeeltelijk doorbroken in 2007:

“4.3 Het verschoningsrecht van de notaris, dat onder meer in de art. 98 en 125l Sv tot uitdrukking is gekomen, is in zoverre niet absoluut dat zich zeer uitzonderlijke omstandigheden laten denken waarin het belang dat de waarheid aan het licht komt — ook ten aanzien van datgene waarvan de wetenschap de notaris als zodanig is toevertrouwd — moet prevaleren boven het verschoningsrecht. Dit brengt mee dat, waar doorzoeking ter inbeslagneming bij een notaris zonder diens toestemming reeds kan plaatsvinden als het gaat om brieven en geschriften die voorwerp van het strafbare feit uitmaken of tot het begaan daarvan hebben gediend, die toestemming in geval van zeer uitzonderlijke omstandigheden evenmin nodig is als de doorzoeking ter inbeslagneming een verdere strekking heeft en is gericht op brieven en geschriften die kunnen dienen om de waarheid aan het licht te brengen. De beantwoording van de vraag welke omstandigheden als zeer uitzonderlijk moeten worden aangemerkt, laat zich niet in een algemene regel samenvatten. Voor het oordeel dat van zodanige omstandigheden — en derhalve van een uitzondering op de hoofdregel met betrekking tot het verschoningsrecht — sprake is, gelden zware motiveringseisen.

De enkele omstandigheid dat een notaris als verdachte wordt aangemerkt, is in ieder geval niet toereikend maar wel de verdenking van een ernstig strafbaar feit, zoals het vormen van een crimineel samenwerkingsverband van een notaris met bepaalde cliënten. Dan zal het belang van die cliënten dat zij ervan moeten kunnen uitgaan dat de notaris geheim houdt hetgeen zij hem in die criminele aangelegenheid hebben toevertrouwd, moeten wijken voor het belang dat de waarheid aan het licht komt. In een dergelijk geval dienen het verschoningsrecht en de daarmee samenhangende beperkingen van de uitoefening van de beslag- en doorzoekingsbevoegdheden te wijken voor het belang van de strafvordering, zij het dat ook dan de inbreuk op het verschoningsrecht niet verder mag gaan dan strikt nodig is voor het aan het licht brengen van de waarheid van het desbetreffende feit, waarbij zorg moet worden betracht om te voorkomen dat de belangen van andere cliënten van de notaris dan de cliënten die betrokken zijn bij de strafbare feiten waarvan de notaris wordt verdacht, onevenredig worden getroffen (vgl. HR 14 juni 2005, LJN AT4418, NJ 2005, 353).”¹⁵⁹

De enkele omstandigheid dat een notaris als verdachte wordt aangemerkt, is dus niet toereikend. Er moet sprake zijn van zeer uitzonderlijke omstandigheden. Het ligt anders indien de notaris wordt verdacht van een ernstig strafbaar feit.

Geopperd wordt om de geheimhoudingsplicht te reduceren ten opzichte van opsporingsdiensten.¹⁶⁰ In 2008 ging de ledenraad van de KNB akkoord met een wetsvoorstel hieromtrent, ook wel “Lex Breedveld” genoemd.

¹⁵⁶ Van Almelo 2008a. De Commissie Hammerstein bepleitte in aanbeveling 7.4 voor een objectieve toets van geschiktheid tijdens de opleiding, Hammerstein e.a. 2005.

¹⁵⁷ Ferwerda e.a. 2007, p. 124.

¹⁵⁸ Zie onder andere het preadvies van de KNB over dit onderwerp: Van Es e.a. 2007.

¹⁵⁹ HR 30 oktober 2007, NJ 2008, 115 (Surinaamse ABC stromannen I).

¹⁶⁰ Van Almelo 2008a.

“De 'Lex Breedveld': ontheffing, inzage en vrijwaring

De KNB staat achter het wetsvoorstel van de commissie-Breedveld, dat in de wandelgangen al de 'Lex Breedveld' wordt genoemd. De kern van dit voorstel is dat de notaris de bevoegdheid c.q. de ruimte krijgt om onder bepaalde omstandigheden af te zien van zijn geheimhoudingsplicht en mee te werken met bepaalde autoriteiten, zonder dat dit tuchtrechtelijke, civielrechtelijke of strafrechtelijke repercussies heeft. In concreto stelt de commissie voor om aan artikel 22 van de Wet op het notarisambt de volgende bepalingen toe te voegen.

Lid 3 geeft aan dat de notaris zelf beslist over zijn geheimhouding en daarbij een discretionaire bevoegdheid heeft:

De notaris is bevoegd om - op basis van eigen oordeel - jegens daartoe door Onze Minister aangewezen overheidsdiensten of openbare lichamen die belast zijn met opsporing van strafbare feiten of handhaving van wettelijke regels geen beroep te doen op zijn op de geheimhoudingsplicht gebaseerd verschoningsrecht. De notaris is niet verplicht, maar wel bevoegd, zulks mee te delen aan degene of degenen jegens wie hij de geheimhouding dient te betrachten.

Volgens lid 4 krijgt het BFT inzage in de dossiers, met een afgeleide geheimhoudingsplicht:

De notaris is verplicht het Bureau inzage te geven in de onder hem berustende dossiers en in zijn kantoor- en privé-administratie voor de uitvoering van de wettelijke taken van het Bureau.

De geheimhoudingsplicht geldt tevens voor het Bureau en de personen die onder verantwoordelijkheid van het Bureau werkzaam zijn.

Het in lid 2 bepaalde is overeenkomstig van toepassing op de voor het Bureau werkzame personen.

In lid 5 wordt de (afgeleide) geheimhoudingsplicht van de KNB-auditoren c.q. peer reviews wettelijk verankerd:

Indien de KNB krachtens een verordening personen heeft belast met controle van de vakbekwaamheid van de leden en/of kwaliteit van de beroepsuitoefening door de notarissen is het in lid 4 bepaalde overeenkomstig van toepassing ten aanzien van die personen.

In lid 6 staan de voorwaarden waaronder de rechtbank de notaris kan ontheffen van zijn geheimhoudingsplicht:

Op verzoek van daartoe door Onze Minister aangewezen overheidsdiensten of openbare lichamen die belast zijn met opsporing van strafbare feiten of handhaving van wettelijke regels kan de rechtbank in wiens rechtsgebied de notaris is gevestigd, de notaris ontheffen van zijn geheimhoudingsplicht jegens bedoelde overheidsdiensten of openbare lichamen. Alsdan komt de notaris geen beroep op zijn verschoningsrecht toe. Het hiervoor in dit lid bepaalde geldt tevens jegens de in lid 1 bedoelde personen.

De rechtbank zal hiertoe alleen overgaan indien sprake is van een onderzoek naar een misdrijf en het vermoeden gerechtvaardigd is dat het onderzoek gebaat is met de ontheffing van de geheimhoudingsplicht.

De rechtbank zal een toewijzing van bedoeld verzoek motiveren.

De ontheffing zal alleen betrekking hebben op feiten en gegevens die aan het onderzoek dienstig zijn, zulks te bepalen door de rechtbank.

In lid 7 wordt de vrijwaring geregeld voor de gevolgen van het schenden van de geheimhoudingsplicht:

De notaris die geen beroep doet op zijn verschoningsrecht krachtens het in lid 3 bepaalde of aan wie geen beroep op zijn verschoningsrecht toekomt krachtens het in lid 6 bepaalde is niet aansprakelijk jegens degene of degenen jegens wie hij de geheimhouding diende te betrachten.

Voorts kan aan hem geen tuchtrechtelijke maatregel worden opgelegd, noch zal hij strafrechtelijk kunnen worden vervolgd wegens het schenden van de geheimhoudingsplicht.¹⁶¹

De ledenraad van de KNB is in 2008 akkoord gegaan met dit voorstel.

Het wetsvoorstel Wna dat ter consultatie ligt gaat minder ver. Volgens hoogleraar straf(proces)recht Spronken terecht. Op deze manier komt het verschoningsrecht namelijk op de tocht te staan. “Dat je met een beroep op de geheimhoudingsplicht soms de waarheidsvinding frustriert, is inherent aan het verschoningsrecht. Het is standaardjurisprudentie van de Hoge Raad dat geheimhouding ten behoeve van de

¹⁶¹ Van Almelo 2008c.

rechtshulpverlening aan de burger zo belangrijk is dat de waarheidsvinding daarvoor moet wijken. Door dat in de opsporingssfeer los te laten, overschrijd je een belangrijke grens.”¹⁶²

Daarnaast is een afzonderlijk wetsvoorstel in voorbereiding waarin een wettelijke plicht voor de notaris wordt geïntroduceerd om de fiscus en het OM te informeren over de transacties die via de derdengeldenrekeningen lopen.¹⁶³

7.5.2.13 Toezicht centraliseren

Aan toezicht op het notariaat is ook geen gebrek.¹⁶⁴ Er zijn wel acht verschillende instanties¹⁶⁵ die zich bezighouden met enige vorm van toezicht op het notariaat. Recentelijk kan men daar nog aan toevoegen de intercollegiale kwaliteitstoetsing. Deze toetsing krijgt in het wetsvoorstel dat ter consultatie ligt een wettelijke basis.¹⁶⁶ Hoewel men dan zou kunnen stellen dat daarmee alles wellicht is afgedekt, kan men ook stellen dat het te veel versnipperd is. Overwogen kan worden om het toezicht te centraliseren.

Verder zal het wetsvoorstel Wna dat ter consultatie ligt, het gevraagde onderscheid door de commissie Hammerstein aanbrengen in het toezicht en tuchtrecht.¹⁶⁷

7.5.3 *Andere mogelijkheden*

Zoals gezegd, is de notaris niet de enige schakel in de “vastgoedketen”. Zo zijn onder andere betrokken de makelaar, de taxateur en de hypotheekhouder. Alle betrokkenen zouden in het kader van de vastgoedfraude hun verantwoordelijkheid moeten nemen en vele hebben die ook al genomen. De Nederlandse Vereniging van Banken meldde dat in 2008 het aantal gevallen van hypotheekfraude is afgenomen. De adviseur van de NVB gaf aan dat dit komt door een betere samenwerking van het OM, banken, makelaars en notarissen.¹⁶⁸ Samenwerking is naar de mening van het onderzoeksteam dan ook essentieel.

7.5.3.1 Inzage WOZ-waarde andere partijen

Hoewel hiervoor al is vermeld dat de WOZ-waarde slechts een indicatie kan geven, is er vraag naar openbaarmaking van de WOZ-waarde. Gevraagd wordt om dit via het Kadaster zichtbaar te maken. De Staatssecretaris heeft hierover het volgende gezegd:

“In het kader van de totstandkoming van de BR WOZ heb ik reeds bekeken of de WOZ-waarde geheel openbaar zou moeten worden. Hoewel openbaarheid van de WOZ-waarde voordelen heeft, is de privacygevoeligheid van de WOZ-waarde toch doorslaggevend geweest om geen algehele openbaarheid te realiseren.

De WOZ-waarde is een persoonsgegeven. Het zegt iets over de individuele fiscale positie van een belanghebbende bij een onroerende zaak. Het feit dat het waardegegeven een element is dat een rol speelt bij de vaststelling van iemands belastingschuld, maakt het waardegegeven privacygevoelig. Een beperkte openbaarheid van het waardegegeven doet daarom naar mijn mening enerzijds recht aan de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van een belanghebbende c.q. belastingplichtige en kan anderzijds leiden tot bestrijding van de fraude op dit terrein.”

¹⁶² Aldus T.N.B.M. Spronken (advocaat en hoogleraar straf(proces)recht) in: Van Almelo 2008c.

¹⁶³ Directoraat-generaal Rechtspleging en Rechtshandhaving, 3 november 2008, kenmerk 5569679/08, p. 7.

¹⁶⁴ Vijselaar 2006.

¹⁶⁵ Ministerie van Justitie, De Kroon, KNB, BFT, Belastingdienst, nationale ombudsman, ringvoorzitters, Kamers van Toezicht: Jaarverslag BFT 2003, p. 8-10.

¹⁶⁶ Daarnaast zal de taak van het Bureau Financieel Toezicht uit worden gebreid tot het toezicht op de naleving van de gehele wet, inclusief het toezicht op de integriteit van de notaris en zal het in het vervolg werken onder de naam Bureau Toezicht Notariaat en Gerechtsdeurwaarders.

¹⁶⁷ Aanbeveling 6.1. Hammerstein e.a. 2005, p. 53.

¹⁶⁸ Minder hypotheekfraude in 2008, 24 februari 2009, bron: <www.nu.nl>. Zie ook: Van Ulden 2009, p. 17.

De bestrijding van vastgoedfraude is een maatschappelijk belang op grond waarvan verdere verruiming van de openbaarheid overwogen kan worden, met inachtneming van de privacybescherming. De WOZ-waarde is hiervoor geschikt omdat deze immers objectief door de overheid wordt vastgesteld en niet op individuele basis te beïnvloeden is. Met name deze objectiviteit maakt de WOZ-waarde belangrijk bij de fraudebestrijding.

Bij de afweging om te komen tot een verruiming van de openbaarheid moet het maatschappelijk belang groot genoeg zijn om de aantasting van iemands privacy te rechtvaardigen. Het belang van degene die om een WOZ-waarde verzoekt, moet dus worden afgewogen tegen het belang van de privacybescherming van degene van wiens woning de WOZ-waarde wordt opgevraagd.

In dat kader kan gedacht worden aan het op verzoek verstrekken van de WOZ-waarde aan beroepshalve betrokkenen bij de verkoop van een pand, zoals bijvoorbeeld verleners van hypothecair krediet, banken en verzekeraars. De WOZ-waarde kan bij de aan- of verkoop van een woning door betrokken partijen gebruikt worden als controlemiddel. De WOZ-waarde kan vergeleken worden met de taxatiewaarde die aan een hypothecaire geldlening ten grondslag ligt en er kan aan de hand daarvan beoordeeld worden of er sprake is van malafide praktijken. Ook kan kennis van de WOZ-waarde voor banken nuttig zijn in het kader van de periodieke validatie van onderpandswaarde waartoe zij verplicht zijn en van de voorkoming van taxatiefraude. Immers voor banken is het van belang dat het onroerend goed, dat als onderpand voor de hypotheek dient, juist op waarde is geschat.”

“Ik ben van plan om een voorstel tot wijziging van de Wet WOZ in te dienen, zodat de WOZ-waarde een instrument kan worden in de strijd tegen de vastgoedfraude. In de Wet WOZ zullen derhalve de doelen opgenomen worden op grond waarvan limitatief opgesomde gebruikers de WOZ-waarde kunnen opvragen, zoals hypothecaire kredietverleners, banken en verzekeraars.”

“De verruiming van de openbaarmaking voor genoemde wettelijke gevallen zou ik willen beperken tot onroerende zaken die tot woning dienen. Voor niet-woningen kan de WOZ-waarde namelijk concurrentiegevoelige informatie zijn, aangezien de waarde een indicatie kan zijn van bedrijfsrendementen. Met betrekking tot niet-woningen blijft de eis dat iemand moet aantonen dat hij een gerechtvaardigd belang heeft uit hoofde van de belastingheffing te zijnen aanzien.

Het opvragen van de WOZ-waarden zal aanvankelijk nog bij de gemeenten plaatsvinden. De gemeenten zullen ook moeten controleren of de aanvrager gerechtigd is de WOZ-waarde op te vragen. Echter, binnen afzienbare tijd zal een Landelijke Voorziening van de BR WOZ worden gerealiseerd. Zodra die gereed is zullen de WOZ-waarden op een centraal punt op te vragen zijn, zowel voor bestuursorganen als voor derden waarbij uiteraard ook sprake zal moeten zijn van gecontroleerd gebruik. Aangezien ik groot belang hecht aan spoedige realisatie van een wetswijziging, zal ik binnenkort een tekstvoorstel daartoe voorleggen aan het College bescherming persoonsgegevens voor advies, opdat de wijziging nog meegenomen kan worden in het Belastingplan 2010.”¹⁶⁹

De koopprijs is echter ook voor iedereen zichtbaar in de openbare registers en daarmee is het argument voor privacy-bescherming naar de mening van het onderzoeksteam niet sterk.

De koppeling van de WOZ-gegevens met de gegevens van het Kadaster zou een basis kunnen zijn voor toezicht door een orgaan dat stelselmatig alle vastgoedtransacties gaat volgen.¹⁷⁰

Recent is echter naar voren gekomen dat de WOZ ook voor andere partijen dan de notaris zichtbaar zal worden gemaakt. Omdat de WOZ-waarde een persoonsgegeven is, zal de WOZ-waarde slechts beperkt openbaar worden gemaakt. In een algemene maatregel van bestuur zal onder andere worden aangegeven welke derden, niet zijnde bestuursorganen, waardegegevens kunnen opvragen. De aan te wijzen derden zullen in elk geval verzekeraars en aanbieders van hypothecair krediet zijn. Vervolgens zal het opvragen van de WOZ-waarden alleen strekken tot woningen. Volgens de Memorie van Toelichting bij het Belastingplan 2010 kan de WOZ-waarde van niet-woningen concurrentiegevoelige informatie zijn.

¹⁶⁹ Brief Staatssecretaris van Financiën, Directie Directe Belastingen van 19 maart 2009, kenmerk: DB/2009/0142M.

¹⁷⁰ Scheepmaker e.a. 2006, p. 73 en 74.

De koppeling van de WOZ-gegevens met de gegevens van het Kadaster zou een basis kunnen zijn voor toezicht door een orgaan dat stelselmatig alle vastgoedtransacties gaat volgen.¹⁷¹

7.5.3.2 Taxateurs en makelaars

Voor de taxateurs en makelaars wordt gepleit over te gaan op een vergunningensysteem en tot herinvoering van de beëdiging.¹⁷² Ook in onze enquêtes komt de roep naar terugkeer van de beëdiging naar voren, bij zowel de notarissen als de makelaars.

Daarnaast moet er voor taxateurs en makelaars een openbaar register komen. Indien de taxateur of makelaar in de fout gaat, moet deze uit het register worden geschrapt. Verder zou een tuchtrecht moeten worden ingevoerd met de mogelijkheid om een taxateur dan wel makelaar te royeren en zijn titel te ontnemen, waardoor deze zijn beroep niet meer kan uitoefenen. Ook zouden de taxateurs verplicht onder de Wwft moeten vallen.¹⁷³ Volgens de gemeente Rotterdam en de banken is het tot die tijd verstandig om te werken met een lijst van “vertrouwenstaxateurs.”¹⁷⁴ Justitie en Financiën onderhandelen hierover al met de brancheorganisatie.

In de enquête komt naar voren dat volgens sommige notarissen men niet veel kan verwachten van de makelaars in de bestrijding van vastgoedfraude, doordat in beginsel geen enkele opleiding nodig is, het beroep van makelaar (en taxateur) geen beschermde titel meer is en er geen daadkrachtig tuchtrecht is. De makelaars bedelen vaak ook alleen een meldingsplicht aan henzelf toe in de enquêtes.

Op initiatief van het NVM en VBO is medio december 2008 een akkoord bereikt over de oprichting van het Nederlands Woning Waarde Instituut (NWWI).¹⁷⁵

“Het NWWI is opgericht om financiers en consumenten zekerheid te bieden over de waarde van woningen. Daarnaast streeft het instituut naar een gezonde prijs-kwaliteitverhouding van taxaties. Het NWWI is een onafhankelijke organisatie zonder winstoogmerk. Het keurmerk staat voor deskundigheid, transparantie en kwaliteit.

Het NWWI ziet erop toe dat elke taxatie volgens heldere richtlijnen tot stand komt. Door taxateurs betrouwbare taxatieproducten te bieden, schept het instituut de voorwaarden voor kwalitatief goede en objectieve taxaties. Taxaties die duidelijke, op de situatie toegespitste informatie leveren. Zo ontstaan maatproducten.”¹⁷⁶

Een punt van aandacht is overigens dat de vervalsingen van taxatierapporten steeds beter worden. Er wordt zelfs gebruik gemaakt van briefpapier van makelaarskantoren die een goede naam hebben.¹⁷⁷

Daarnaast zou men ervoor kunnen pleiten om de taxateurs alleen voor een bepaald gebied bevoegd te maken.¹⁷⁸ Indien een taxateur uit Groningen een taxatie uitvoert van een woning in Rotterdam, dan zal deze taxateur zeer waarschijnlijk niet tot een juiste taxatie komen, omdat hij waarschijnlijk onbekend is met de woning, de omgeving en de staat van de woning.

¹⁷¹ Scheepmaker e.a. 2006, p. 73 en 74.

¹⁷² Voor taxateurs wordt hiervoor bijvoorbeeld expliciet gepleit in: Joldersma e.a. 2008, p. 34. Voor makelaars zie: Berkhout e.a. 2009, p. 43.

¹⁷³ Joldersma e.a. 2008, p. 34. Makelaars vallen onder de Wwft volgens artikel 1 lid 1 sub a, onder 14 Wwft.

¹⁷⁴ Van Almelo 2008a.

¹⁷⁵ <www.nwwi.nl>, via “ontwikkelingen”. De Vereniging van Register Vastgoed Taxateurs (RVT) had zich teruggetrokken, aangezien de RVT vond dat de huidige opzet en uitwerking het oorspronkelijke doel uit het oog verloor, aldus het RVT-bestuur. ANP persbericht van 14 mei 2009, ‘Taxateursvereniging RVT stapt uit overleg met NVM en VBO.’

¹⁷⁶ <www.nwwi.nl>, via “over het nwwi”.

¹⁷⁷ De Gruiter 2006b.

¹⁷⁸ Zo ook: Ferwerda e.a. 2007, p. 146.

7.5.3.3 Hypotheekhouders

Indien men van de hypotheekhouders vraagt om beter de aangereikte documenten te controleren, zullen de hypotheekhouders hiertoe wel de mogelijkheid moeten hebben. Veel van de mogelijkheden bestaan echter al en van deze mogelijkheden zouden alle hypotheekhouders dan ook gebruik moeten maken.

- Zo zouden zij ook standaard gebruik moeten maken van het VIS-systeem, en zouden ze de werkgeversverklaring moeten controleren.¹⁷⁹ Ook kunnen de hypotheekhouders via het Kadaster zoeken op naam. Hiermee kan worden bekeken of een hypotheekaanvrager al diverse panden op zijn naam heeft staan en indien de hypotheekaanvrager verklaart de onroerende zaak voor eigen bewoning te zullen gebruiken, zou de hypotheekhouder alert moeten zijn. Daarnaast zouden ze kritischer de aanvraag moeten beoordelen en wellicht de beloningsstructuur van de medewerkers kunnen aanpassen.
- Er wordt gesteld dat de banken niet kunnen zien dat er sprake is van een ABC-transactie, omdat zij als financier alleen bij de laatste transactie betrokken zijn en de notaris de koopovereenkomst ervoor wel ziet en kan vaststellen of er sprake is van een gerechtvaardigde waardestijging.¹⁸⁰ Indien de financier echter onderzoek doet in de openbare registers kan de financier in veel gevallen zelf opmerken dat er sprake is van een ABC-transactie, doordat de eigenaar die wordt vermeld in de openbare registers niet de verkoper is in de koopovereenkomst. Daarnaast kan de bank, indien het gaat om een AB-, BC-transactie, doordat de leveringsakten in de openbare registers staan ingeschreven ook zelf de prijsstijgingen zien.¹⁸¹ Wellicht kan met het hierna te noemen nieuwe systeem van het Kadaster ook de bank op de hoogte worden gebracht van veranderingen in het object.
- De bank zou standaard van te voren moeten controleren of de koper al een NHG heeft. Het komt namelijk voor dat een koper al verschillende NHG-garanties heeft.

“Twee jaar geleden werd ik geconfronteerd met iemand die in een periode van twaalf maanden vier keer een woning had gekocht, zogenaamd voor eigen gebruik, met Nationale Hypotheek Garantie. Onnodig om te zeggen dat de betreffende debiteur in geen enkel opzicht heeft voldaan aan zijn verplichtingen, met als resultaat een viervoudig verlies voor de stichting.”¹⁸²

Om dit te controleren zouden de hypotheekhouders inzage moeten krijgen in de NHG.¹⁸³ Op deze manier kunnen de hypotheekhouders zien of een aanvrager al eerder een NHG heeft aangevraagd.

- Met betrekking tot de taxatierapporten zouden de banken kritisch naar het taxatierapport kunnen kijken door dit te vergelijken met met de WOZ-waarde van omliggende panden. Indien men de WOZ-waarde voor de hypotheekhouders zichtbaar maakt, kan de hypotheekhouder deze controleren. Zoals hiervoor al is vermeld, zal hieraan waarschijnlijk tegemoet worden gekomen.
- Daarnaast zou de bank een systematische controle kunnen uitvoeren op de status van de woning en op het feitelijke woongedrag van de koper kort na de koop. Dit zou kunnen leiden tot het voorkomen van een groot deel van de hypotheekfraudes of tot het vroegtijdig stopzetten van de financiering.¹⁸⁴
- Ook zouden ze moeten nagaan of de aanvrager andere schulden heeft en in de openbare registers nagaan wat de prijs van de aangrenzende panden is.¹⁸⁵
- Om de gegevens te controleren op juistheid, bijvoorbeeld over de aanvrager, dienstverbanden, woonadres, inkomsten en de waarde van de woning, zouden hypotheekhouders graag zien dat er een kop-

¹⁷⁹ Indien echter speciale BV's worden opgericht om fraude te plegen, is het moeilijk dit te controleren.

¹⁸⁰ Vijselaar 2005.

¹⁸¹ Kooijman 2008.

¹⁸² Kooijman 2008.

¹⁸³ F. Teeven (VVD) en A. Wolfsen (PvdA) in: Van Almelo 2007.

¹⁸⁴ Van Gestel 2008, p. 118.

¹⁸⁵ Van Almelo 2008a.

peling komt met andere instanties. Zij zouden graag inzage krijgen in gegevens van de Belastingdienst, het burgerservicenummer (BSN), de gemeentelijke basisadministratie (GBA), de gegevens van het UWV en de mogelijkheid tot inzage in de WOZ-waarde.¹⁸⁶

- Voor wat betreft de uitbetaling van het bouwdepot, kan worden gedacht aan het alleen uitkeren van de gelden aan het bedrijf zelf en niet door het achteraf indienen van bonnetjes en facturen. Dit wordt wellicht door verschillende hypotheekhouders al gedaan. Zoals hiervoor echter al is aangegeven, is het moeilijk fraude te voorkomen als men zelfs zo ver gaat om fictieve bedrijven op te richten.

De hypotheekhouders hebben hun krachten gebundeld om het frauderen met hypotheek tegen te gaan en hebben hiervoor de Stichting Fraudebestrijding Hypotheken (SFH) opgericht.¹⁸⁷ Sinds 2005 heeft de SFH een fraude detectiesysteem ontwikkeld voor hypothecaire verstrekkers.¹⁸⁸ Wanneer wordt vastgesteld dat iemand betrokken is bij hypotheekfraude, wordt deze persoon door de betrokken financier geregistreerd. Dit noemt men het black box systeem. Een financier kan niet in het systeem kijken wie er in staan. Er kan enkel worden getoetst op NAW-gegevens. Het systeem is gebaseerd op het Protocol Incidentenwaarschuwingssysteem Financiële Instellingen en is door het College Bescherming Persoonsgegevens (CBP) goedgekeurd. Na uiterlijk acht jaar wordt een persoon uit het systeem verwijderd.¹⁸⁹ Op dit moment zijn veertig hypotheekhouders aangesloten bij de SFH.¹⁹⁰ Het systeem moet voorkomen dat de hypotheekaanvrager gaat shoppen bij andere hypotheekhouders. Op dit moment is het systeem vrijwillig, maar het verdient aanbeveling om hypotheekhouders te verplichten zich aan te sluiten. Verder zijn aangesloten financiers wel verplicht om fraude te melden, maar ze zijn niet verplicht fraudeurs te weigeren.¹⁹¹

7.5.3.4. Kadaster

Het Kadaster maakt het mogelijk om veel gegevens omtrent een onroerende zaak boven water te krijgen. Het Kadaster kan volgens Teeven meer zien dan een individuele notaris en dient daarom volgens hem een actievere informatieplicht te hebben.¹⁹²

Onlangs is een nieuw convenant worden getekend tussen verschillende partijen.¹⁹³ Op grond van mutaties in de basisregistratie, gaat het Kadaster de notarissen en gemeenten informeren omtrent alle veranderingen die zich rond een kadastraal object voordoen; ook wel het ‘watchdogsystem’ genoemd. De notarissen kunnen zich per kadastraal object abonneren op meldingen over deze mutaties. Wordt bijvoorbeeld vlak voor het passeren een overbruggingskrediet gevestigd, dan krijgt de notaris hiervan een melding.¹⁹⁴ Indien men een abonnement hierop neemt, dan wordt de notaris vanaf dat moment gewaarschuwd wanneer er veranderingen plaatsvinden met betrekking tot het object. Hiermee zou de herrecherche en narecherche overbodig kunnen worden.¹⁹⁵

¹⁸⁶ Van Ulden 2009, p. 17 en nadere toelichting hierover via de e-mail. Joldersma e.a. 2008, p. 35. Ook wordt vermeld dat de notaris inzage zou moeten hebben in de GBA-gegevens, de NHG-garanties en de UWV-gegevens. Inzage in de GBA-gegevens hebben de notarissen al. Voor wat betreft de NHG en UWV vindt de Commissie echter dat deze gegevens alleen ter inzage moet komen van hypotheekhouders, aangezien deze nodig zullen zijn voor de hypotheekaanvraag. De notaris heeft naar de mening van de Commissie hier geen taak. Voor wat betreft de mogelijkheid om de WOZ-waarden in te kunnen zien, is in paragraaf 7.5.3.1 eerder opgemerkt dat hierin binnenkort zal worden voorzien.

¹⁸⁷ Joldersma e.a. 2008, p. 14.

¹⁸⁸ Vijselaar 2005.

¹⁸⁹ Gegevens verkregen van mevrouw R.M. van Ulden, Criminaliteitsbeheersing NVB.

¹⁹⁰ Van Ulden 2009, p. 17.

¹⁹¹ Ferwerda e.a. 2007, p. 121.

¹⁹² Teeven 2009.

¹⁹³ Brancheorganisaties van makelaars en taxateurs, KNB, het Waarborgfonds Eigen Woningen, de Nederlandse Vereniging van Banken, het Kadaster, de politie en het Openbaar Ministerie, maar ook ministers zullen het ondertekenen. Van Almelo 2009.

¹⁹⁴ Van Almelo 2009.

¹⁹⁵ De notaris doet drie recherches in het Kadaster: de eerste bij ontvangst van de opdracht, de tweede (herrecherche) vlak voor het passeren en de derde (narecherche) voor het uitbetalen van de gelden. Op dit moment zijn er

Desgevraagd kan het Kadaster ook informatie verstrekken als een object in korte tijd voor een fors hogere (of lagere) prijs wordt verkocht; ook wel het ‘piepsysteem’ genoemd. Dit systeem waarschuwt alleen de gemeente en het OM. Het systeem signaleert na inschrijving van een leveringsakte of zich opvallende waardeveranderingen voordoen bij percelen. In april stond echter nog niet vast wat precies als opvallend moet worden beschouwd.¹⁹⁶ Dit is ook moeilijk vast te stellen, want niet elke waardestijging is frauduleus en men vreest dat partijen proberen om hier onderuit te komen door bijvoorbeeld te handelen in economische eigendom. Deze eigendom wordt, zoals vermeld, niet door het Kadaster geregistreerd.¹⁹⁷ Ook het registeren van economische eigendom wordt daarom bepleit.¹⁹⁸

Het piepsysteem waarschuwt derhalve niet de notaris. De notaris die zelf zulke waardestijgingen constateert, dient de bank te informeren en moet een melding doen bij de Financial Intelligence Unit Nederland (FIU).¹⁹⁹ Naar het oordeel van het onderzoeksteam verdient het aanbeveling het piepsysteem ook toegankelijk te maken voor notarissen. Op deze manier is het ook voor het notariaat, ook al is het achteraf, duidelijk dat er bij bepaalde transacties mogelijk sprake is van fraude. Op deze manier zou een volgende transactie met betrekking tot de onroerende zaak tot voorzichtigheid kunnen nopen.

Indien de notarissen de akten met behulp van “stylesheets”²⁰⁰ elektronisch gaan aanleveren, zal de actualiteit van de informatie in het online-register toenemen.²⁰¹ Hiermee wordt gezegd dat de kans dat de notaris meewerkt aan een frauduleuze transactie kleiner zal worden. Indien de notaris meteen over de meest recente gegevens beschikt, kan de notaris beter inspelen op eventuele fraude.

Sommige notarissen geven in onze enquêtes aan graag de mogelijkheid van een signalering van bepaalde verdachte panden, alleen zichtbaar voor notaris en niet voor particulieren.

7.5.3.5 Veilingen

Zoals hiervoor naar voren is gekomen, kan een veiling een goede omgeving zijn voor vastgoedfraude. Er zou dan ook gekeken moeten worden hoe men de procedure van de veiling kan aanpassen, zodat er een zo hoog mogelijke opbrengst wordt verkregen voor het te veilen object.

Indien andere partijen dan alleen handelaren, zoals de hypotheekhouders zelf of particulieren, meebieden, wordt gesteld dat de prijs meer richting marktwaarde zal komen. Ook heeft de SEW aangegeven dat zij mee gaan bieden op veilingen en de panden zullen kopen. Vervolgens willen zij deze panden weer gaan verkopen, buiten het circuit van malafide handelaren.²⁰² Daarnaast zou moeten worden geprobeerd om meer particulieren naar de veilingzaal te krijgen. Zoals hiervoor al is vermeld, kan er sprake zijn van intimidatie en bedreiging en zal onder andere daarom niet snel een particulier te vinden zijn.²⁰³ Geprobeerd moet worden de veiling transparanter te maken. Zoals al hiervoor is vermeld, zou het aanbevelingswaardig zijn ook hier het Amsterdamse model in te voeren.

Daarnaast verdient het aanbeveling om zoveel mogelijk veilingen te bundelen, bijvoorbeeld door de veilingen van alle notarissen in een bepaalde streek op een bepaalde dag te organiseren, zoals bijvoorbeeld ook in Amsterdam aan de orde is. Hierdoor worden meer gegadigden getrokken en is de kans op een hogere opbrengst groter.

echter nog problemen met de Publiekrechtelijke Beperkingen te registreren en zal voorlopig herrecherche en narecherche noodzakelijk blijven.

¹⁹⁶ Van Almelo 2009.

¹⁹⁷ J. Vos (bewaarder Kadaster) in: Van Almelo 2008a.

¹⁹⁸ A. Wolfsen (PvdA) in: Van Almelo 2007. Zie ook dit rapport paragraaf 7.5.2.7.

¹⁹⁹ Van Almelo 2008a.

²⁰⁰ Een soort modellsjabloon waardoor gegevens sneller ingeschreven kunnen worden. Scheltema 2007.

²⁰¹ Van Almelo 2008a.

²⁰² Vijselaar 2007b.

²⁰³ En de eerder genoemde problemen in paragraaf 7.2.3.

Het is ook mogelijk om gebruik te maken van inschrijvingen of internetverkoop, waardoor de transparantie toe zal nemen.²⁰⁴ Wellicht kunnen door internetveilingen ook meer particulieren worden bereikt. Ook pleit men er voor om onbekende huurders, zij die niet ingeschreven staan in de Gemeentelijke Basisadministratie, niet te beschermen.²⁰⁵ Zoals hiervoor al naar voren is gekomen, heeft de KNB een veilingcommissie ingesteld. Onder andere wordt gekeken naar de aanpassingen van de wet, waarin bijvoorbeeld wordt gekeken of het veilen via internet tot de mogelijkheden hoort en wordt gekeken naar het ontruimen van onbekende huurders.²⁰⁶ Ook is de KNB voornemens een bijeenkomst te organiseren voor hypotheekhouders, de SEW en vertegenwoordigers van de Ministeries van Justitie en VROM met als onderwerp hoe de executieveiling aantrekkelijker gemaakt kan worden voor de particulieren. Men denkt dan onder andere aan het invoeren van het beheersbeding en de financiering van een particuliere veilingkoper.²⁰⁷ Het onderzoeksteam ondersteunt het onderzoek naar de veilingen van harte.

7.5.3.6 Uitwisseling tussen (overheids)instanties

Uitwisseling van gegevens zou de partijen in de vastgoedketen alerter kunnen maken.²⁰⁸ Ook in de enquête komt de roep naar uitwisseling tussen verschillende partijen naar voren. Wel moet worden bekeken of dit mogelijk is in het kader van de privacywetgeving. Officier van Justitie Blanken gaf in 2004 aan bezig te zijn samen met het College Bescherming Persoonsgegevens om een semi-openbare lijst te publiceren met namen van personen die veel betrokken zijn bij malafide transacties.²⁰⁹ In dit kader zal dan wel moeten worden gezien hoe de notaris dan moet handelen in verband met zijn ministerieplicht.

Een notaris geeft in de enquête aan dat de hele discussie omtrent de privacy overtrokken is. De notaris controleert bijvoorbeeld ook het faillissementsregister en het curateleregister. Hij stelt de vraag: “Waarom wordt de wederpartij van een failliet wel beschermd en de wederpartij van een crimineel niet?!” Een ander geeft aan dat een verantwoorde afweging plaats dient te vinden tussen de belangen van het individu en het publieke belang. Vindt men het individu uiteindelijk belangrijker, dan moet de overheid de consequenties accepteren.

In Rotterdam zijn afspraken gemaakt omtrent de aanschrijvingen van de gemeenten. Het verdient aanbeveling deze afspraken landelijk te maken. Doordat men zo langzamerhand in Rotterdam wel voldoende is gewaarschuwd, moet een verplaatsingseffect worden voorkomen. Onlangs is de instelling van een Nationale Regiegroep Aanpak Misbruik Vastgoed aangekondigd.²¹⁰ Deze zal een plan van aanpak gaan opstellen om misbruik en criminaliteit in de vastgoedsector te bestrijden. In mei zou een pilot in Rotterdam van start gaan, maar deze is uitgesteld tot september 2009. Indien de uitkomst bevredigend zal zijn, zal de aanpak landelijk worden ingevoerd. Onderdeel hiervan is het hiervoor genoemde ‘watchdog-systeem’.²¹¹ Ook zouden de overheidsinstanties onderling meer moeten doen aan informatie-uitwisseling, wederom met inachtneming van eventuele privacywetgeving. Indien de WOZ-waarde wordt gekoppeld aan het Kadaster, kan de Belastingdienst samen met de gegevens waarover zij beschikt met betrekking tot de registratie van de akten via de dienst Successie & Registratie haar verantwoordelijkheid nemen. Nu worden deze systemen onvoldoende benut.²¹² Ook een aantal notarissen geeft voorstaande aan. De overheid beschikt over alle akten, zij moet die informatie beter gebruiken.

De werkgroep verwevenheid onder- en bovenwereld had aangekondigd dat zij nader onderzoek zou doen naar de knelpunten in de informatie-uitwisseling. Op 11 maart 2009 hebben de Ministers van Justitie en

²⁰⁴ Ferwerda e.a. 2007, p. 147.

²⁰⁵ Aldus Helmig in: Van Hoeflaken 2009.

²⁰⁶ Eskens 2009.

²⁰⁷ Albers-Dingemans 2009.

²⁰⁸ Zie ook het rapport van de Algemene Rekenkamer, *Bestrijden witwassen en terrorismefinanciering*, Kamerstukken II, 2007/08, 31 477, nrs. 1-2, p. 22.

²⁰⁹ Vijselaar 2004.

²¹⁰ Directoraat-generaal Rechtspleging en Rechtshandhaving, 3 november 2008, kenmerk 5569679/08, p. 25.

²¹¹ Van Almelo 2009.

²¹² Joldersma e.a. 2008, p. 19.

van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties antwoord gegeven op een aantal vragen van deze werkgroep.²¹³

7.5.3.7 Beleggings-cv's

Bezien zal moeten worden of het toezicht dat de AFM kan uitoefenen via de Wet OHP voldoende mogelijkheden beidt. Mocht dit niet zo zijn, dan zou de grens van € 50.000 moeten worden opgetrokken. Deze grens komt echter voort uit Europese afspraken²¹⁴ en Nederland zal waarschijnlijk niet eenzijdig de regels kunnen veranderen.

7.5.3.8 Overige mogelijkheden uit enquêtes

In de enquêtes komt nog een aantal andere mogelijkheden naar voren dat het vermelden waard kan zijn. Zo wordt genoemd dat er belastingheffing plaats moet vinden over snel behaalde winsten, of dat men artikel 13 Wet Belastingen Rechtsverkeer moet afschaffen. Op deze manier zou de ABC-transactie minder aantrekkelijk worden gemaakt, maar men kan zich afvragen of dit de bedoeling zal zijn. Zoals eerder is vermeld, zijn veel ABC-transacties bonafide en zijn soms ook gemeenten betrokken, bijvoorbeeld bij nieuwbouwprojecten en zouden dergelijke maatregelen de “vastgoedmarkt” te veel kunnen verstoren.

7.6 Samenvattende conclusie

In de vastgoedfraude spelen verschillende schakels een rol. Fraude kan alleen worden bestreden indien alle schakels hun verantwoordelijkheid nemen en dat betekent dat alle schakels alert dienen te zijn. Fraude en criminelen zijn er altijd geweest en zullen ook altijd blijven bestaan. Op dit moment ligt vooral de nadruk op vastgoedfraude, maar er gaan nu ook geluiden op dat fraude wordt gepleegd met overdrachten van aandelen, bijvoorbeeld waarin onroerend goed is ondergebracht.

Zoals aangegeven zijn er al verschillende initiatieven ontstaan en heeft men al veel gedaan aan de voorkoming van de vastgoedfraude. Indien echter alle schakels de handen ineenslaan, kan veel worden voorkomen. Volgens het onderzoeksteam is het verstandig om goed in kaart te brengen wie welke verantwoordelijkheid heeft en wie wat moet controleren. De KNB heeft hiertoe bijvoorbeeld al een poging gedaan met het protocol hypotheek en zoals is geprobeerd met de convenanten in Rotterdam en Den Haag. Bij deze convenanten zijn verschillende partijen aangesloten en dit lijkt zijn vruchten af te werpen. Daarnaast wordt een landelijke aanpak beoogd, waarbij tot aanbeveling strekt om te waken voor te veel instanties en controleurs, waardoor men door de bomen het bos niet meer ziet. De oprichting van de Nationale Regiegroep Aanpak Misbruik Vastgoed zou dit kunnen voorkomen.

Naar voren is gekomen dat de verschillende spelers in de vastgoedketen hun verantwoordelijkheid steeds meer nemen, maar ook dat soms instrumenten ontbreken.

Zo missen de makelaars en taxateurs bijvoorbeeld een instrument om daadwerkelijk op te treden nu de beëdiging is opgeheven. Volgens het onderzoeksteam zou het tot de aanbeveling strekken om de beëdiging weer terug te laten keren, waaraan gekoppeld wordt een onafhankelijk tuchtrecht. Makelaars en taxateurs die worden veroordeeld tot ontzetting, zouden daarmee in tegenstelling tot de huidige praktijk vervolgens niet meer als taxateur of makelaar kunnen optreden. Daarnaast strekt het tot de aanbeveling om ook de taxateur onder de Wwft te laten vallen.

Ook de hypotheekhouders hebben actie ondernomen om de hypotheekfraude tegen te gaan. Wel zouden zij meer controles moeten uitvoeren, zoals het controleren van de werkgeversverklaringen, onderzoek doen in de openbare registers, waardoor bijvoorbeeld boven water kan komen dat sprake is van een ABC-transactie of dat de koper al verschillende woningen op naam heeft staan. De hypotheekhouders stuiten

²¹³ *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2008/09, 29 911, nr. 23.

²¹⁴ <<http://www.fd.nl/artikel/10852626/afm-wil-toezicht-boven-euro-50-000>>

echter wel op een aantal barrières wanneer ze controles willen uitvoeren. Graag zouden de hypotheekhouders zien dat het mogelijk is om de gegevens van de hypotheekaanvraag te vergelijken met de gegevens van de Belastingdienst. Daarnaast zouden zij graag zien dat zij ook gegevens kunnen verkrijgen uit de GBA, NHG, UWV en de mogelijkheid tot inzage in de WOZ-waarde. Met al deze gegevens zou de fraude kunnen worden voorkomen, omdat fraude dan in een eerder stadium geconstateerd kan worden en een hypotheekaanvraag geweigerd zal worden door de hypotheekhouder. Wil men dus dat de hypotheekhouders daadwerkelijk meer verantwoordelijkheid neemt, dan strekt het zeer tot de aanbeveling om te onderzoeken of het mogelijk is dat de hypotheekhouders toegang krijgen tot deze gegevens.

Ook zijn de veilingen weer volop onder de aandacht gebracht. Zo is onlangs door de KNB een veilingcommissie ingesteld die naar de mogelijkheden gaat kijken om de procedure aan te passen. Het onderzoeksteam onderstreept het belang om de veilingprocedures aan te pakken en dit zou vervolgens een prioriteit van de wetgever moeten zijn. Op dit moment levert een onroerende zaak op de veiling veel minder op dan deze in de 'normale' markt op zou brengen. Een oorzaak hiervan zou kunnen zijn het feit dat particulieren veelal wegblijven van de veiling. Van particulieren wordt gezegd dat zij in het algemeen veel meer geld over hebben voor onroerende zaken dan een vastgoedhandelaar. Wil men dat er meer particulieren toetreden tot deze 'markt', dan moet er echter heel wat gebeuren. Zo is het van belang dat de particulier de woning van te voren kan zien en zou het probleem omtrent de (illegale) huurder moeten worden aangepakt.

Verder kan de notaris verschillende acties ondernemen om de vastgoedfraude te beperken. Zo zou hij de identiteitsbewijzen standaard moeten controleren met behulp van het VIS-systeem en moeten controleren op echtheidskenmerken. Ook zou de notaris standaard moeten zoeken op naam in het Kadaster. Indien de notaris dit al in een eerder stadium kan uitvoeren, zou het plegen van vastgoedfraude eerder aan het licht kunnen komen en wellicht daarmee kunnen worden voorkomen, dan wel worden beperkt. Zoals hiervoor al is opgemerkt, gaan partijen in Amsterdam (en in een aantal omringende gemeenten) in de meeste gevallen al standaard naar de notaris voor de opstelling van de koopovereenkomst. Daarnaast werd aangetekend dat ook Amsterdam niet gevrijwaard is van vastgoedfraude en uiteraard helpt deze mogelijkheid niet bij frauderende notarissen. Wel is het onderzoeksteam van mening dat de invoering van het Amsterdamse model een goede bijdrage kan leveren aan de voorkoming van de vastgoedfraude. De (verplichte) recherches en controles die de notaris normaal gesproken uitvoert bij de levering, komen op deze manier in een eerder stadium aan bod. Voordeel hiervan kan zijn dat verschillende zaken eerder boven water kunnen komen. Zo zou eerder boven water moeten komen dat een koper al meerdere woningen op zijn naam heeft staan, kan de notaris in dit eerdere stadium partijen op juridische risico's wijzen en zwakkere partijen beschermen en eventueel behoeden voor misstanden. Daarnaast kan de notaris zorg dragen voor een kopie van de door hem opgestelde koopovereenkomst en deze verzenden naar de hypotheekhouder, zodat er geen sprake zou moeten zijn van verschillende versies. Ook zou hij de WOZ-waarde kunnen vergelijken met de verkoopprijs en, zoals hiervoor al vermeld, de identiteit van alle partijen controleren, waarbij hij ook een controle uitvoert naar de identiteitspapieren. Wanneer hij dit allemaal kan controleren voordat de koopovereenkomst tot stand komt kan vastgoedfraude wellicht eerder worden geconstateerd en kan worden voorkomen dat hypotheekfraude plaatsvindt. Indien de notaris namelijk fraude constateert moet deze dienst weigeren en zal de hypotheekakte niet worden opgesteld en worden gepasseerd.

HOOFDSTUK VIII HET EMPIRISCH ONDERZOEK

8.1 Ter inleiding

In dit hoofdstuk staan de uitvoering en de resultaten van het empirische onderzoek centraal. Ten eerste is informatie verzameld met behulp van het afnemen van face-to-face interviews met vertegenwoordigers van belangenorganisaties. Ten tweede is door middel van enquêtes afgenomen bij makelaars, notarissen, kopers en verkopers nadere informatie verzameld over het functioneren van de wet in de praktijk. De resultaten van de enquêtes zijn indicatief. Ze vormen een illustratie van hetgeen in de literatuur, rechtspraak en parlementaire geschiedenis is aangetroffen en een aanvulling op de informatie die uit de interviews naar voren is gekomen.

De vraagstelling die in dit hoofdstuk ter beantwoording voorligt luidt:

Hoe pakt de Wet koop onroerende zaken uit in de praktijk?

Hierna wordt als eerste de gevolgde methodiek besproken en de opzet en de doelstellingen uiteengezet. Daarna worden de resultaten weergegeven. Opgemerkt kan worden dat verscheidene bevindingen in voorgaande hoofdstukken (waar relevant) reeds aan de orde zijn geweest. De in dit hoofdstuk gepresenteerde weergave van de interviews en de enquêtes is bedoeld om een totaalbeeld weer te geven.

8.2 Aanpak

8.2.1 Interviews

Om nader inzicht te verkrijgen in het functioneren van de wetgeving zijn interviews gehouden met vertegenwoordigers van belangenorganisaties.

Als eerste zijn gezamenlijk geïnterviewd: een vertegenwoordiger van Vereniging Eigen Huis (VEH), een vertegenwoordiger van de Nederlandse Vereniging van Makelaars in onroerende goederen en vastgoeddeskundigen (NVM) en twee vertegenwoordigers van de Landelijke Makelaars Vereniging, die aangaven tevens te spreken namens de Vereniging Bemiddeling Onroerend goed (VBO) en de Consumentenbond.

Vervolgens zijn afzonderlijk geïnterviewd: twee vertegenwoordigers van de Koninklijke Notariële Beeroepsorganisatie (KNB), twee vertegenwoordigers van het Garantie Instituut Woningbouw (GIW), een hoogleraar van de Vrije Universiteit te Amsterdam en van de Universiteit Leiden met specifieke deskundigheid op het gebied.

Tot slot, wederom gezamenlijk, is gesproken met een vertegenwoordiger van de Vereniging van Nederlandse Projectontwikkelings Maatschappijen (NEPROM), de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB), twee vertegenwoordigers van Woningborg, een vertegenwoordiger van Bouwfonds ontwikkeling, van Bouwend Nederland en van Stichting Vakantiekampen (SVK).

8.2.2 Enquêtes

Naast deze face-to-face interviews, is informatie verzameld met behulp van langs elektronische weg uitgezette enquêtes bij verschillende groepen, te weten notarissen, makelaars, kopers en verkopers. Als gevolg van het feit dat het in Amsterdam sinds lange tijd gebruikelijk is dat de notaris de koopakte opstelt (de zogenaamde Amsterdamse praktijk zoals besproken in Hoofdstuk VI), was de verwachting dat de ervaringen met de wet, en de meningen daarover, in Amsterdam anders zouden zijn dan buiten Amsterdam. Bij het opstellen van de enquêtes is dan ook onderscheid gemaakt tussen makelaars en notarissen in en buiten

Amsterdam. Ook aan (ver)kopers is gevraagd of zij kunnen aangeven waar zij hun woning hebben ge- dan wel verkocht. De vragenlijsten van de enquêtes zijn als bijlage bij dit rapport gevoegd.

Er zijn geen aselechte steekproeven getrokken, maar er is gericht gezocht naar respondenten, waardoor we niet kunnen spreken van een representatieve steekproef. Dit was ook niet noodzakelijk voor het doel van dit onderzoeksdeel, namelijk het genereren van meer inzicht in de praktijk en illustraties daarvan. De enquête is gedurende vier weken on-line beschikbaar geweest. Makelaars en notarissen zijn benaderd door middel van brancheorganisaties. Kopers en verkopers zijn benaderd via makelaars en notarissen, oproepen op internet-websites en persoonlijke netwerken van de onderzoekers. Het totale aantal respondenten is 391 en is als volgt verdeeld over de verschillende groepen:

- Makelaars buiten Amsterdam: 21
- Makelaars in Amsterdam: 54
- Notarissen buiten Amsterdam: 92
- Notarissen in Amsterdam: 25
- Koper/verkoper: 199

Opvallend is de relatief hoge respons onder de makelaars in Amsterdam. Ons vermoeden is dat dit is veroorzaakt door het feit dat in Amsterdam een aparte makelaarsvereniging actief is (naast de landelijke organisaties). Deze vereniging heeft haar leden via haar website en daarnaast ook actief opgeroepen deel te nemen aan de enquête, wat naar wij menen de oorzaak is van de hoge respons. Het bereiken van makelaars buiten Amsterdam om daarmee de respons te verhogen bleek lastig, omdat deze niet, zoals in Amsterdam, via een specifieke organisatie benaderd konden worden.

De relatief hoge respons wat betreft kopers/verkopers is mogelijk toe te schrijven aan het feit dat de onderzoekers mensen in hun omgeving, waarvan bekend was dat ze (recent) een huis gekocht of verkocht hadden, persoonlijk hebben gevraagd deel te nemen. Verder is de enquête met een link onder de aandacht gebracht van medewerkers van de Universiteit Utrecht en de Faculteit REBO, door middel van de universitaire en de facultaire website. Er is een oproep geplaatst in het U-blad, gelezen door medewerkers en studenten van de Universiteit Utrecht (oplage 18.100). Dit is een selectieve groep, namelijk veel hoog opgeleiden.

8.2.3 *Opvragen van tarieven*

Per e-mail of telefonisch zijn bij notariskantoren binnen en buiten Amsterdam tarieven opgevraagd. Nu het in Amsterdam gebruikelijk is dat de notaris de koopovereenkomst opstelt, kunnen de tarieven in Amsterdam in vergelijking met de tarieven daarbuiten mogelijk enig inzicht geven in de gevolgen voor de tarieven indien inschakeling van de notaris in de obligatoire fase verplicht zou worden gesteld.

Gevraagd is naar de tarieven met betrekking tot een huis van € 250.000,-, ten tijde van het onderzoek (februari 2009) ongeveer de gemiddelde prijs van een woning. De prijzen die in Amsterdam zijn opgevraagd liepen uiteen van € 550,- als laagste en € 805,- als hoogste prijs. Daarbuiten was € 349,- het laagste en € 750,- het hoogste. Alhoewel daaruit lijkt voort te vloeien dat de notarissen in Amsterdam iets duurder zijn, staat daar tegenover dat veel notarissen in Amsterdam juist goedkoper zijn dan notarissen daarbuiten, terwijl wel meer diensten geleverd worden.

Uit de resultaten zijn geen conclusies te trekken. Als gezegd lopen de door middel van ons onderzoek verkregen prijzen sterk uiteen, maar deze waren ook moeilijk met elkaar te vergelijken, omdat niet altijd duidelijk was wat bij de prijs inbegrepen was. Sommige kantoren bieden full-service voor een vaste prijs, terwijl anderen bepaalde zaken (zoals controles van GBA, VIS, CIR, etc.) apart opvoeren. Bovendien is er door het vrijgeven van de tarieven sprake van een aantal prijsvechters die onder de kostprijs werken. Ook het gebied waar de notaris is gevestigd lijkt van invloed op de tarieven.

8.3 Resultaten eerste gezamenlijke interview: makelaars en consumentenorganisaties

8.3.1 *Algemene opmerkingen*

Gevraagd naar de algemene ervaringen met de wet stelt de vertegenwoordiger van Vereniging Eigen Huis voorop dat het enkele doel van het onderhavige onderzoek de *evaluatie* van de huidige wet is. Het is met andere woorden zijns inziens uitdrukkelijk niet de bedoeling om opnieuw dezelfde discussie te voeren die door de wetgever in 1985 al gevoerd is. De vertegenwoordiger van de NVM sluit zich hierbij aan.

Volgens de vertegenwoordiger van Vereniging Eigen Huis functioneert de huidige wet goed. Met name de 5%-regeling biedt aan consumenten een zeer belangrijke bescherming, die in de praktijk vaak nodig blijkt te zijn. Uit onderzoek is namelijk gebleken dat een nieuwbouwwoning gemiddeld 28 gebreken vertoont. Voorts bieden zijns inziens zowel de bedenktijd van drie dagen als het schriftelijkheidsvereiste grote voordelen. Zo heeft laatstgenoemd vereiste veel onduidelijkheid weggenomen over de vraag op welk moment de koopovereenkomst precies tot stand is gekomen.

8.3.2 *De bedenktijd en het schriftelijkheidsvereiste*

8.3.2.1 Het belang van de bedenktijd

In de ogen van de vertegenwoordiger van de NVM werkt een bedenktijd van drie dagen in de praktijk zeer goed. Hij merkt hierbij op dat in de praktijk is gebleken dat niet alleen personen die een woning in een opwelling kopen (dit zal zich met name voordoen in situaties waarin de huizenmarkt overspannen is) gebruik maken van hun bedenktijd, maar ook kopers die de koopovereenkomst weloverwogen hebben gesloten, maar vervolgens alsnog de deskundigheid van een aannemer willen inschakelen.

Naar de mening van de vertegenwoordiger van de Landelijke Makelaars Vereniging komt de bedenktijd voorts ten gunste van de kwaliteit van koopovereenkomsten; waar partijen vroeger eerst mondelinge afspraken maakten en deze pas na enkele weken schriftelijk vastlegden (waardoor men veel vergat en waardoor veel onduidelijkheden ontstonden), hebben zij nu hun zaken vanaf het begin goed en duidelijk geregeld. Het is nu derhalve voor partijen veel duidelijker wat de consequenties zijn wanneer zij de koopovereenkomst aangaan. Daarnaast zorgt de schriftelijke akte er volgens hem voor dat het gemakkelijker is om eventuele financieringen rond te krijgen. Ten slotte merkt de vertegenwoordiger van de Landelijke Makelaars Vereniging op dat de koper als gevolg van de bedenktijd veel bewuster bezig is met de koopovereenkomst, waardoor hij hier minder snel een beroep op zal doen. Geconcludeerd kan worden dat de bedenktijd er voor zorgt dat partijen al in een vroeg stadium hun zaken goed geregeld hebben.

De vertegenwoordiger van de Vereniging Eigen Huis merkt in dit verband op dat de bedenktijd een duidelijke functie vervult. In de eerste plaats zorgt de bedenktijd voor een afkoelingsperiode in geval van een overspannen woningmarkt. Daarnaast biedt zij de mogelijkheid om partijen sneller naar 'de tekentafel te halen'. Formaliteiten kunnen sneller worden afgehandeld, aangezien men de zekerheid heeft dat eventuele fouten nog in de bedenktijd kunnen worden hersteld. Tot slot geeft de vertegenwoordiger van de Vereniging Eigen Huis aan dat de vrees dat de bedenktijd voor 'gechicaner' zou kunnen zorgen, ongegrond is. Een koper gaat immers volgens hem een koopovereenkomst aan omdat hij graag een bepaalde woning wil verkrijgen. Hij zal dan ook in beginsel geen beroep op zijn bedenktijd willen doen.

Volgens de vertegenwoordiger van de Landelijke Makelaars Vereniging is het niet zo dat kopers formaliteiten uitstellen, nu zij altijd nog drie dagen hebben om zich te bedenken. De koper bevindt zich in een veilige positie om in het proces van de 'koop' te treden. De balans mag zijns inziens doorslaan naar de koper omdat het doel van de wet kopersbescherming is.

8.3.2.2 Is een bedenktijd van drie dagen voldoende om een deskundige in te schakelen?

De vraag of een bedenktijd van drie dagen voldoende is om een deskundige in te schakelen wordt door de vertegenwoordiger van de NVM bevestigend beantwoord. De koop van een woning is immers geen impulsaankoop. De koper zal zich dan ook doorgaans van tevoren goed hebben voorbereid. De vertegen-

woordiger van de Vereniging Eigen Huis voegt hier aan toe dat kopers in de praktijk vaak al een bedenktijd van vier dagen hebben op grond van de bepalingen in de Algemene Termijnen Wet, nu zij de beslissing om een woning te kopen vaak in een weekeinde nemen. De bedenktijd is volgens hem vooral bedoeld om kopers de gelegenheid te geven om hun zaken goed te kunnen regelen. Zo kunnen zij in alle rust voor financiering zorgen, of de woning nogmaals bezichtigen. Een termijn van drie dagen is volgens de geïnterviewden dan ook in beginsel voldoende.

Overigens acht de vertegenwoordiger van Vereniging Eigen Huis de vrees dat de bedenktijd tot gevolg heeft dat kopers op lichtzinnige wijze woningen kopen, om vervolgens de koopovereenkomst te ontbinden wanneer zij binnen de bedenktijd een aantrekkelijker woning vinden, ongegrond. Een dergelijke handelswijze komt in de praktijk nauwelijks voor. Ook gebeurt het niet dat kopers meerdere woningen tegelijkertijd kopen, om hieruit vervolgens het mooiste huis te kiezen. Een dergelijke handelwijze zou voor een gemiddeld persoon onbetaalbaar zijn gezien het risico dat er niet op tijd wordt ontbonden en de koper alsnog moet afnemen.

8.3.2.3 Zou de bedenktijd ook voor de verkoper moeten gelden?

De vertegenwoordiger van de Landelijke Makelaars Vereniging stelt dat het in de praktijk wel eens voorkomt dat niet de koper, maar de verkoper een beroep op de bedenktijd wenst te doen. Volgens de vertegenwoordiger van de Vereniging Eigen Huis is het echter niet nodig om ook de verkoper een bedenktijd te gunnen, aangezien deze zich al langere tijd met de verkoop van de woning heeft beziggehouden. In tegenstelling tot de koper kent hij de woning dan ook goed. Eventueel zou de verkoper zijn woning liever niet aan een specifieke koper willen verkopen, maar dit is geen goede reden om hem ook een bedenktijd toe te kennen. De vertegenwoordiger van de NVM onderschrijft dit. Het doel van deze regeling is zijns inziens immers het beschermen van de zwakkere partij (i.c. de koper). Bovendien heeft de verkoper bijna altijd een sterke(re) positie dan de koper, waardoor hij veelal de mogelijkheid heeft om (contractueel) een bedenktijd voor zichzelf te bedingen.

De onderzoeker merkt in dit verband op dat het voor zou kunnen komen dat de huizenmarkt erg ongunstig is voor de verkoper, waardoor de koper een contract zou kunnen bedingen dat voor de verkoper erg ongunstig is. De vertegenwoordiger van de Vereniging Eigen Huis meent echter dat er ook dan geen reden is om de verkoper een bedenktijd te gunnen. De verkoper heeft immers altijd van tevoren de mogelijkheid gehad om zich goed af te vragen of hij zijn woning überhaupt wel wil verkopen, zodat hij de woningmarkt in de regel reeds onderzocht zal hebben. Ook de vertegenwoordigers van de Landelijke Makelaars Vereniging en de NVM zijn deze mening toegedaan. Overigens is het volgens de geïnterviewden bij nieuwbouwwoningen niet wenselijk dat een verkoper een bedenktijd zou hebben: veelal wacht de koper immers al enkele jaren op zijn nieuwbouwwoning. Het zou zeer onredelijk zijn wanneer in dergelijke gevallen de koop op het laatste moment niet doorgaat, aldus de vertegenwoordiger van Vereniging Eigen Huis.

8.3.2.4 De status van de mondelinge overeenkomst en de pre-contractuele fase

Zowel de vertegenwoordiger van Vereniging Eigen Huis als de vertegenwoordiger van de NVM stellen vast dat zij op dit gebied nauwelijks problemen zijn tegengekomen in de praktijk. De rechtspraak is naar hun mening op dit punt duidelijk en heeft de problemen die zich hieromtrent voordoen al opgelost. Eventuele problemen die op dit gebied spelen zijn wat hen betreft dan ook slechts theoretisch van aard. De vertegenwoordiger van de Vereniging Eigen Huis maakt zich dan ook geen zorgen om de status van de mondelinge overeenkomst. De vertegenwoordiger van de Landelijke Makelaars Vereniging merkt voorts op dat bij de meeste geschillen waarin op het eerste gezicht de mondelinge fase van de overeenkomst voor problemen zorgt, de problemen in werkelijkheid door andere factoren worden veroorzaakt.

8.3.2.5 Dient het schriftelijkheidsvereiste te gelden voor alle onroerende goederen en ook voor professionele partijen?

Alle geïnterviewden in deze sessie zijn van mening dat deze vraag in de praktijk geen rol speelt, en dat een uitbreiding van het schriftelijkheidsvereiste niet nodig is. In de gevallen waarin de koop niet op woningen ziet, zijn immers in de meeste gevallen zowel de koper als de verkoper professionele partijen. Zij zullen volgens de geïnterviewden dan ook geen bescherming behoeven. Bovendien leggen partijen in dergelijke gevallen vaak al veel zaken contractueel vast. Het heeft dan ook weinig zin om de maatschappij te belasten met overbodige formaliteiten. De vertegenwoordiger van de NVM voegt hieraan nog toe dat het weliswaar kan voorkomen dat er twijfel bestaat over de huur van een woning, maar dat in dergelijke gevallen bij de wettelijke regeling voor woningen kan worden aangesloten.

8.3.3 *De Vormerkung*

8.3.3.1 Wat moet worden ingeschreven?

Wat moet naar de mening van de betrokkenen worden ingeschreven; de integrale koopovereenkomst, dus inclusief de koopprijs, slechts het recht op levering, iets daar tussenin? De vertegenwoordiger van de Vereniging Eigen Huis merkt op dat hij niet zeker weet wat er precies dient te worden ingeschreven. Volgens hem zou dit de integrale koopovereenkomst moeten zijn. Ook de vertegenwoordiger van de NVM acht dit juist.

Alle geïnterviewden in dit interview zijn het erover eens dat de regeling van de Vormerkung dient te worden gehandhaafd. Zij biedt een goede bescherming tegen een dubbele verkoop en levert in de praktijk geen problemen op. Ook de in de literatuur genoemde problemen die de Vormerkung voor o.a. beslagleggers zou kunnen veroorzaken, hebben zich niet voorgedaan. Volgens de vertegenwoordiger van de NVM is de discussie over de Vormerkung te theoretisch van aard.

8.3.3.2 Kan de Vormerkung bijdragen aan de ontvlechting van de boven- en de onderwereld, en daarnaast voor meer transparantie zorgen?

De vertegenwoordiger van de NVM merkt in dit verband op dat de inschrijving van de koopovereenkomst onder de huidige wet vrijwillig geschiedt. Daarom heeft de Vormerkung in het kader van de fraudebestrijding geen nut. Volgens de vertegenwoordiger van Vereniging Eigen Huis zorgt de regeling van de Vormerkung niet voor meer transparantie bij vastgoedtransacties. Naar zijn mening is het argument dat de Vormerkung aan de fraudebestrijding zou kunnen bijdragen slechts een kunstgreep van notarissen om hun tussenkomst bij de koopakte verplicht te laten stellen. De anderen zijn het hier mee eens. Een verplichte tussenkomst van de notaris zal naar de mening van de geïnterviewden fraude niet tegengaan, maar slechts voor een verdere uitbreiding van het domeinmonopolie van de notarissen zorgen.

8.3.3.3 De Vormerkung in de bedenktijd

In de bedenktijd wordt van de Vormerkung zeer weinig gebruik gemaakt. Er bestaat volgens de vertegenwoordiger van de Vereniging Eigen Huis dan ook geen goede reden om deze regeling te handhaven. De vertegenwoordiger van de NVM ziet geen reden om bij de Vormerkung in de bedenktijd een andere systematiek te hanteren dan bij de Vormerkung buiten de bedenktijd. Hij zou dan ook willen aanbevelen om ofwel deze regeling af te schaffen, ofwel om deze gelijk te stellen met de Vormerkung buiten de bedenktijd (waardoor overigens wel het gevaar bestaat dat de gehele regeling tot een ‘algemene dode letter’ wordt).

De vertegenwoordiger van de NVM kan zich voorstellen dat mensen in de richting van de notaris worden geduwd, omdat hij de Vormerkung inschrijft. Hoe belangrijker de Vormerkung gevonden wordt, hoe meer men naar de notaris moet gaan. Opmerking verdient volgens de geïnterviewden dat het begrip ‘notariële akte’ niet meer goed de lading dekt, nu de notaris steeds meer van zijn werkzaamheden aan lager geschoolden uitbesteedt.

8.3.4. *De rol van de notaris*

8.3.4.1 Het Amsterdamse model

De vertegenwoordiger van de NVM merkt in dit verband allereerst op dat het ‘Amsterdamse model’ niet hetzelfde is als de ‘Amsterdamse praktijk’. Hij vervolgt dat het Amsterdamse model zijns inziens enkel in Amsterdam erg goed functioneert, aangezien de situatie in Amsterdam wezenlijk verschilt van de rest van Nederland: Amsterdam kent het laagste percentage eigenwoningbezit en de hoogste dichtheid van notarissen. Daarnaast wordt er veel grond in erfpacht uitgegeven en is de juridische situatie vaak ingewikkeld. Men zou dan ook kunnen concluderen dat de Amsterdamse praktijk in wezen niet op een vrijwillige keuze is gebaseerd. Nu de situatie in de rest van het land niet hetzelfde is als in Amsterdam, bestaat er buiten Amsterdam geen behoefte aan dit model. Dit onderschrijven de anderen.

De vertegenwoordiger van de NVM voorziet voorts problemen indien de tussenkomst van de notaris verplicht zou worden gesteld. Notarissen zouden volgens hem namelijk vaak geen tijd hebben om de koopovereenkomst op te stellen waardoor consumenten gedwongen worden om naar andere plaatsen af te reizen. Daarnaast zou de invoering van een verplichte tussenkomst van de notaris de doodsteek kunnen zijn voor de Amsterdamse praktijk, omdat notarissen zich passief zullen gaan opstellen en geen moeite meer zullen doen voor cliënten.

De vertegenwoordiger van Vereniging Eigen Huis benadrukt dat het van groot belang is dat consumenten de keuzevrijheid hebben om zelf een deskundige naar wens in te schakelen. Hij is dan ook geen voorstander van een domeinmonopolie op dit gebied, ongeacht welke beroepsgroep deze monopolie zou krijgen. Ook voorziet hij mededingingsrechtelijke problemen bij de verplichte tussenkomst van de notaris. Bovendien zou de verplichte notariële tussenkomst de bedenktijd buiten werking stellen, en extra kosten voor de consument met zich brengen. Hij merkt verder op dat het opmerkelijk is dat notarissen zich de afgelopen 50 jaren niet hebben ingespannen om hun tussenkomst verplicht te stellen, als zij werkelijk een zo belangrijke functie op dit gebied vervullen. Bovendien heeft het Amsterdamse model zich niet over heel Nederland verspreid.

In de ogen van de vertegenwoordiger van de NVM is een positief punt van het huidige wettelijke systeem dat de bedenktijd niet alleen ziet op juridische aspecten, maar ook op andere zaken. Vanuit de Vereniging Eigen Huis wordt opgemerkt dat de koper in de bedenktijd ook nog de mogelijkheid heeft om zich tot een notaris te wenden.

8.3.4.2 De twee-wegenleer (ofwel bedenktijd, ofwel inschakeling notaris)

De vertegenwoordiger van de Vereniging Eigen Huis is geen voorstander van de twee-wegenleer. Onder de huidige regeling behoudt de koper namelijk de mogelijkheid om een beroep op de bedenktijd te doen ook wanneer hij een notaris inschakelt. Onder de twee-wegenleer verliest de koper deze mogelijkheid echter: hij wordt gedwongen te kiezen tussen een bedenktijd van zeven dagen en het inschakelen van een notaris. Hij zal zich met andere woorden in een slechter positie bevinden dan nu. Een ander nadeel van de twee-wegenleer is dat het gevaar bestaat dat verkopers zijns inziens massaal de bedenktijd zullen proberen te omzeilen door een notaris in te schakelen.

8.3.4.3 Fraudebestrijding

Dat door verplichte inschakeling van de notaris vastgoedfraude zou worden bestreden wordt door de betrokkenen in twijfel getrokken. De vertegenwoordiger van de NVM stelt dat de tussenkomst van de notaris zelfs averechts zou kunnen werken bij het tegengaan van fraude. Een notaris heeft immers een geheimhoudingsplicht; wanneer hij twijfels zou hebben, zou hij in gewetensnood kunnen komen. Ook de Wet MOT zal waarschijnlijk geen goede oplossing bieden, nu de geheimhoudingsplicht van de notaris zeer ver strekt. De vertegenwoordiger van Vereniging Eigen Huis sluit zich hierbij aan. Ook hij zou er niet voor kiezen om de notaris in te zetten om fraude te bestrijden. De markt zal dan voor een zeer groot deel onnodig worden belast. Het is zijns inziens een te zwaar middel.

8.3.5 *De 5%-regeling*

De 5%-regeling functioneert volgens de geïnterviewden goed en is efficiënt, met name omdat er een arbitrageprocedure aan deze regeling is gekoppeld die veelvuldig wordt ingezet. De regeling stimuleert aannemers dan ook om aan hun verplichtingen te voldoen, aldus de vertegenwoordiger van Vereniging Eigen Huis. Ook de vertegenwoordiger van de Landelijke Makelaars Vereniging, die zowel vóór als na de invoering van deze regeling in de praktijk werkzaam is geweest, is van mening dat de regeling een goede bescherming aan de consument biedt, en voorts dat de makelaar op deze wijze een goed verhaal heeft voor de consument. Volgens hem heeft de invoering echter weinig veranderingen teweeg gebracht; in de praktijk zijn zowel vóór als na de invoering van de 5%-regeling weinig problemen opgetreden.

Op de vraag of een percentage van 5% hoog genoeg is om ondernemers te stimuleren om aan hun verplichtingen te voldoen, antwoordt de vertegenwoordiger van Vereniging Eigen Huis dat een percentage van 5% op zich voldoende effectief is om voor aannemers een stimulans te vormen om goede kwaliteit te leveren. De consument heeft hiermee de zekerheid dat hij daadwerkelijk krijgt waar hij recht op heeft. Voorts zal als gevolg van de stijgende prijzen van woningen het bedrag van 5% vanzelf hoger worden. (Voor de uitwerking maakt het weinig verschil of er sprake is van een bankgarantie of een bedrag van 5% in depot). Ook de vertegenwoordiger van de Landelijke Makelaars Vereniging vindt dat de regeling naar behoren functioneert; hij is niet op onduidelijkheden of problemen met betrekking tot deze regeling gestuit.

Waar wel in de praktijk onduidelijkheid over bestaat is de situatie met betrekking tot gemeenschappelijke gedeelten in woningen, nu dit niet in de standaard GIW-contracten geregeld wordt. Wie mag/mogen 5% inhouden indien de gemeenschappelijke gedeelten van een appartementencomplex niet naar behoren zijn opgeleverd? Laatstgenoemde GIW contracten werken overigens in de praktijk goed. Over het genoemde knelpunt wordt nader gesproken met de betrokken instanties.

8.4 Resultaten tweede gezamenlijke interview: bouwers en projectontwikkelaars

8.4.1 *Algemene opmerkingen*

De vertegenwoordigers van bouwers en projectontwikkelaars hebben met name te maken met de 5% regeling. Tijdens het gesprek zijn de werking van deze regeling in de praktijk en de knelpunten die de bouwers tegen zijn gekomen aan de orde geweest.

Aangegeven wordt dat er tot de inwerkingtreding van de wet gebruik werd gemaakt van de eigen regeling, zijnde de opleveringsregeling 1991, waarin was opgenomen dat herstel van het gebrek binnen twee weken plaats moest vinden. Voor de koper was een actieve rol weggelegd als het ging om het zich beroepen op opschortingsrechten.

Onder de huidige wettelijke regeling zijn het veelal de ondernemers voor wiens rekening de proceskosten komen als de arbitrageregeling wordt ingeroepen. Omdat de laatste 5% van de aanneemsom gedurende drie maanden mag blijven staan en ook gebreken die na de oplevering optreden in beginsel de opschorting rechtvaardigen, is het voor de ondernemer niet aantrekkelijk direct de oplevergebreken te herstellen. Er kunnen immers in de drie opvolgende maanden meer gebreken aan het licht komen die moeten worden hersteld, en bovendien valt de laatste 5% toch niet sneller vrij. Dit is volgens de geïnterviewden nadelig voor de koper. Daarnaast ontstaan vaak discussies over gebreken die niet in het opleveringsrapport zijn opgenomen, maar die eenzijdig door de koper worden aangevoerd en gebruikt als argument om betaling op te schorten. De ondernemer zal om arbitragekosten en verdere vertraging te voorkomen geneigd zijn met de koper te onderhandelen en een “deal” te maken.

8.4.2 *Ervaringen van de bouwers*

Uit het gesprek blijkt dat de ondernemers veel problemen met de huidige regeling hebben. De regeling schiet volgens de betrokkenen zijn doel voorbij. Naar het oordeel van Woningborg zou de 5% -regeling

zich moeten beperken tot de gebreken die bij de oplevering worden geconstateerd en zou het geld dan vrij moeten vallen. Later geconstateerde gebreken zouden moeten worden opgelost met de Garantie- en waarborgregeling. Naar de mening van de vertegenwoordigers van Woningborg zou er een tweesporenbeleid gevoerd moeten worden: enerzijds de wettelijke regeling voor woningen die niet vallen onder de Garantie- en waarborgregeling, anderzijds een regeling voor woningen die daar wel onder vallen. Een voorstel hiervoor is al gedaan in het voorjaar van 2007, maar destijds is besloten eerst de evaluatie af te wachten. Zou de evaluatie geen positieve wijziging van de regeling te zien geven, dan zou er een nieuwe standaardregeling moeten komen die in de problematiek voorziet.

In de praktijk blijken de notarissen tegen het einde van de driemaanden termijn de kopers nog eens op hun rechten te wijzen, hetgeen vrijval van het depot belemmert. De indruk bestaat dat veel notarissen niet precies weten wat met het depot te doen, en niet beseffen dat het depot vrij moet vallen tenzij een beroep wordt gedaan op vasthouden.

Om deze problematiek enigszins te ondervangen heeft bij de bankgarantie de GIW een clausule opgenomen waarin precies de rol van de notaris staat vermeld. Het zou ook op de weg van de notaris liggen de kopers erop te wijzen dat inhouden alleen gerechtvaardigd is indien en voor zover het gebrek dit rechtvaardigt. Alhoewel in de praktijk dikwijls door de ondernemer een bankgarantie wordt gesteld is het niet zo dat dit de prikkel tot handelen weghaalt. De bankgarantie legt immers beslag op de liquiditeitsruimte van de onderneming, wat zeker in deze tijd zwaar drukt. Onduidelijk is in de praktijk vaak wie de bankgarantie kan/mag invoeren o.a. in geval van faillissement. Ook geven sommige bouwers eigen “bedrijfs garanties” waarbij bijvoorbeeld de holding garant staat voor nakoming van andere gebreken dan die welke door de 5%-regeling worden gedekt. Dit kan een wassen neus zijn zeker wanneer de holding wordt meegesleept in een faillissement.

Opgemerkt wordt dat het niet ongebruikelijk is om in bouwcontracten een zogenaamde onderhoudsperiode overeen te komen. Die heeft een tweeledig doel. In de eerste plaats is die ervoor bedoeld dat de aannemer daarin zo spoedig mogelijk de bij oplevering geconstateerde tekortkomingen herstelt. En in de tweede plaats is de aannemer eveneens gehouden om in die onderhoudstermijn aan de dag getreden tekortkomingen, binnen die termijn te verhelpen. Aan het einde van de onderhoudsperiode vindt dan opnieuw een opname van het werk plaats, teneinde vast te stellen of alle bij oplevering geconstateerde en nadien opgekomen tekortkomingen, verholpen zijn. Bij het overeenkomen van een dergelijke onderhoudsperiode, wordt ook de betalingsregeling daarop afgestemd, in die zin dat bij oplevering niet de volledige aannemingsom verschuldigd is, maar een bepaald percentage daarvan – bijvoorbeeld 3 of 5% - eerst verschuldigd is aan het einde van de onderhoudsperiode op voorwaarde dat alsdan bij opnemings niet meer van tekortkomingen sprake is.

Het percentage van 5 wordt als prima ervaren. Verhogen van het percentage zal niet leiden tot een sterkere prikkel voor de ondernemer of een grotere bescherming van de koper. Het is ook niet zo dat de bouwers 5% extra op de aanneemsom “plussen” om verlies van het depot/vertraging te verdisconteren. Daarnaast staat de mogelijkheid om zoveel in depot te houden (meestal) niet in verhouding tot de herstelkosten.

Een groot probleem in de praktijk blijkt de positie van de koper van een appartementsrecht. Mag er ook worden ingehouden voor gebreken aan gemeenschappelijke gedeelten en zo ja, hoeveel? En mag iedereen dat? Er bestaat een GIW-uitspraak inhoudende dat een koper geen afbeuk mag doen aan de positie van andere appartementsgerechtigden. Een vraag is ook waar het depot moet worden gestort indien door een particulier wordt gebouwd op eigen grond en er dus geen overdracht van grond plaats vindt. Vele problemen zijn te herleiden tot de uitvoering van de wettelijke regeling en discrepantie tussen de GIW-regeling en de wettelijke regeling. Daarnaast zijn noch veel notarissen noch veel bouwers precies op de hoogte van de wettelijke regeling en de (on-)mogelijkheden ervan. Gesuggereerd wordt in samenwerking met de diverse betrokken organisaties een voorlichtingsbrochure te maken.

Naar aanleiding van het gesprek met de vertegenwoordigers van de bouwers en projectontwikkelaars hebben deze aangegeven nadere informatie te willen geven in het kader van de fraudebestrijding. Intern staat

bij hen fraudebestrijding hoog op de agenda, zie hierover uitgebreid hoofdstuk VII.

8.5 Ervaringen binnen de KNB

Volgens een vertegenwoordiger van de KNB is de vraag wanneer een overeenkomst schriftelijk is aangegaan een onnodige: schriftelijk is schriftelijk. Tevens zou naar mening van de geïnterviewde de bedenktijd ook voor de verkoper moeten gelden. De regeling zou in die zin conjunctuurgevoelig moeten zijn.

Verder heeft de Vormerkung volgens de geïnterviewde geen positieve invloed op fraudebestrijding. Wat betreft de diverse vormen van ‘vastgoedfraude’ worden de volgende punten naar voren gebracht:

- Voor het bestrijden van hypotheekfraude zou het protocol moeten worden aangehouden. Binnen de KNB is een dergelijk protocol beschikbaar en dit is bij het notariaat bekend.
- Ten aanzien van de pensioenfraude waarbij het om hele vastgoedpakketten gaat, geldt dat de institutionele beleggers de prijzen behoren te kennen. Meestal is sprake van de verkoop A-B-C waarbij C bij de fraude betrokken is, of waarbij onderdelen van de pakketten verkocht worden. In het buitenland is er een systeem waarbij slechts gecertificeerde taxateurs mogen waarden voor hypotheekverlening (RICS, waarbij “chartered surveyors” worden ingeschakeld). Nu wordt het al gemakkelijker om de waarde van het registergoed in beeld te krijgen doordat makelaars, notarissen en banken toegang krijgen tot de WOZ-waarde van de panden.
- Ook bestaat de vorm van fraude waarbij de tussenpersoon fraudeert (de verkoper wordt opgelicht). De makelaar schat een prijs en biedt een koper aan. Intussen heeft hij een koper gevonden die méér wil betalen en zet hij een bekende er tussen.
- De “Endstra-fraude”: bij deze vorm van (witwas-)fraude zitten alle betrokkenen in het complot.
- De beleggings-cv’s: er moet door de AFM beter toezicht op deze cv’s worden gehouden. Wanneer de inleg meer dan €50.000,00 bedraagt is de cv niet meer onderworpen aan het toezicht door de AFM, dus deze grens zou moeten worden opgetrokken.

De veelgehoorde suggestie om de koopovereenkomst verplicht door de notaris te laten opstellen zou naar mening van de geïnterviewde invloed kunnen hebben op de hypotheekfraude. Een algemeen voordeel is dat de mensen in een vroeg stadium aan tafel zitten. Daarnaast zijn er naar mening van de geïnterviewde de volgende voordelen:

- het tijdstip van totstandkoming van de overeenkomst staat vast;
- er kan direct Vormerkung plaatsvinden;
- er vindt Belehrung plaats en alle aspecten van de conformiteit kunnen worden doorgesproken.

Opgemerkt wordt wel dat de kosten niet hoger zouden moeten zijn (zie wat er in Amsterdam gebeurt). De geïnterviewde zou het ook prima vinden te komen tot een systeem waarin de keuze wordt gegeven om ofwel de koopovereenkomst aan te gaan bij de notaris, ofwel gebruik te maken van de bedenktijd. Een argument dat ten tijde van de bespreking van het wetsvoorstel werd gebruikt tegen deze keuzemogelijkheid was dat de verkoper altijd voor de notaris zou kiezen.

De geïnterviewde acht de bedenktijd te kort. Op grond van het NVM model moet de ontbinding aangetekend worden verstuurd. Naar haar idee zou de bedenktijd zeven dagen moeten bedragen en bovendien ook voor de verkoper moeten gelden. Mocht in het kader van fraudebestrijding de Vormerkung een constitutief vereiste worden, dan zou naar de mening van de geïnterviewde ook de koopovereenkomst verplicht door de notaris moeten worden opgesteld. Vraag is in dat kader dan wel hoe lang de Vormerkung kan voortduren en of administratief de openbare registers hier wel op zijn ingesteld.

Een tweede vertegenwoordiger van de KNB geeft zijn visie vanuit onder meer zijn expertise met de bestaande digitale mogelijkheden. De geïnterviewde geeft aan dat de huidige procedure duur is. Er zijn veel contactmomenten (cliënt-makelaar, cliënt-notaris, nogmaals cliënt-notaris), en er moeten veel stukken heen en weer. Het proces kan zijns inziens eenvoudiger. Met de huidige digitale mogelijkheden is het aantrekkelijk om te kijken wat er nog meer kan. Zo zijn via het PEC-platform allerlei documenten al geheel afgestemd op het Kadaster. Een idee zou zijn om de koopovereenkomst te sjabloneren (in een zogenaamd “stylesheet”) en om te bouwen naar een leveringsakte.

Ten aanzien van de kosten die nu voor rekening van de koper zijn geldt dat door de notarissen de kosten van onderzoek en royementen duur worden gemaakt. Voorstel van de geïnterviewde zou zijn om de kosten van de koopovereenkomst, de royementen en inschrijving voor rekening van de verkoper te laten zijn. In de digitale transportakte zouden verder volmachten moeten zijn opgenomen. De kosten van de hypothek zijn voor rekening van de koper. Probleem is de Belehrung: waar leg je deze neer?

Verder stelt de geïnterviewde voor dat de waarborgsom gestort zou moeten worden ter gelegenheid van het tekenen van de koopovereenkomst. Ten aanzien van de ontbindende voorwaarden zijn er zijns inziens twee gebruikelijke: de financiering en de bouwkundige staat. Hoofddregel zou kunnen zijn dat de leveringsakte (digitaal) getekend zou moeten worden tenzij een ontbindende voorwaarde wordt ingeroepen. Probleem is wel de staat van oplevering. Opgemerkt wordt nog dat het aardig is te weten dat in Oostenrijk authentieke akten al digitaal worden gearchiveerd, en wel in een gecentraliseerd proces.

8.6 Ervaringen binnen het GIW

Met de vertegenwoordigers van het GIW is met name gesproken over hun ervaring met de werking van de 5% regeling. De vertegenwoordigers van het GIW merken op dat een neveneffect van de invoering van de 5%-regeling is dat er een grote toestroom richting de ambtshalve spoedprocedures is ontstaan. In de standaardvoorwaarden van de GIW is namelijk een passage opgenomen inhoudende dat indien binnen drie maanden na oplevering gebreken worden geconstateerd, er een beroep kan worden gedaan op de spoedprocedure. Globaal is er een stijging van het aantal spoedzaken te zien geweest van zo’n 40%, wat een te groot beslag legt op de beschikbare capaciteit. Besloten is nu de spoedprocedure te handhaven voor zaken waarin wordt geklaagd in de periode gelegen tussen drie tot zes maanden na de oplevering.

Opmerkelijk is volgens de geïnterviewden dat het voornamelijk particulieren zijn die van de procedure gebruik maken, naar schatting 95%. Het is dus niet zo dat ondernemers achter hun laatste 5% aangaan en een procedure initiëren. Een door de ondernemers veel gebruikte figuur is de bankgarantie. De vergoeding die de ondernemers aan de bank moeten betalen is minder dan de gemiste rente over de laatste 5% van de aanneemsom.

De vertegenwoordigers van het GIW hebben twijfels over de effectiviteit van de 5%-regeling. Dit komt onder meer door het eerdergenoemde stellen van een bankgarantie maar ook door het gegeven dat het terughalen van werklieden naar een eenmaal verlaten bouwplaats meer kost dan het in depot gebleven bedrag. Volgens de geïnterviewden wordt het (tijdelijke) verlies van de 5% in de aanneemsom ingecalculerd. Verder wordt nog opmerkt dat er geen ondernemers zijn die in een procedure als eis in reconventie stellen dat zij vrijval van het depot wensen. Omdat vooral de grotere bouwers direct na de oplevering hun mensen naar andere bouwprojecten verplaatsen, is het voor hen te duur om mensen terug te laten komen voor individuele problemen. De klachten worden “opgespaard”.

Wat betreft de hoogte van het percentage wordt opgemerkt dat wanneer het inhoudingspercentage zou worden verhoogd naar bijvoorbeeld 10% dit in de aanneemsom verdisconteerd zal worden. Geconstateerd wordt verder dat voor de ondernemer problemen ontstaan indien er helemaal geen opleverproblemen zijn. Waarom moet de ondernemer dan nog drie maanden op zijn geld wachten? Volgens de geïnterviewden weten veel cliënten niet dat de notaris na drie maanden automatisch overgaat tot het laten vrijvallen van het depot ten gunste van de ondernemer. Wil de cliënt dat het depot wordt vastgehouden dan zal hij dit expliciet moeten vragen.

Inhoudelijke problemen met de regeling zijn er volgens de vertegenwoordigers van het GIW met name als het gaat om de gemeenschappelijke ruimten bij appartementengebouwen. Mag een appartementsgerechtigde ook 5% inhouden als er gebreken zijn geconstateerd aan gemeenschappelijke ruimten? Volgens de arbitragecommissie van het GIW (Vonnis 16135) mag dit inderdaad terwijl de commissie wetgeving van de GIW er oorspronkelijk vanuit ging dat dit niet mocht. Niet vast staat nog of een particulier inhoudingsgerechtigd is voor *ieder* gemeenschappelijk deel van het complex. Het ligt volgens de geïnterviewden op de weg van de wetgever om duidelijkheid te scheppen over de vraag *wie* mag inhouden, *waarvoor* en *hoeveel* (naar rato?). Het risico van het toekennen van inhoudingsrechten voor gemeenschappelijke gedeelten is dat de ondernemer pas op wil leveren als ook alle gemeenschappelijke gedeelten klaar zijn. Op deze wijze worden gebreken aan de gemeenschappelijke gedeelten die ontstaan door verhuisschade (en die thans nog worden hersteld voor de oplevering) voorkomen. Overigens kan iedere individuele eigenaar procederen over gemeenschappelijke gedeelten, mits de belangen van de VvE of de andere eigenaren niet worden geschaad. Probleem is dat wanneer de ondernemer in een dergelijk geval vrijval van die 5% wil, hij dit niet kan oplossen met die ene eigenaar en de VvE (die dikwijls nog niet functioneert) in de procedure zal moeten betrekken.

Wat de consumenten volgens de vertegenwoordigers van de GIW zich nog niet voldoende realiseren is dat wanneer zij onterecht inhouden, dit tot schadeplichtigheid kan leiden. Hier ligt naar hun mening ook een voorlichtende taak voor onder meer de makelaar en de notaris. Particulieren beseffen ook vaak niet dat de 5% aan de ondernemer toekomt en beschouwen het onterecht als een soort boete. Ze denken: 'Het is toch mijn geld?'

De termijn van drie maanden wordt als goed beschouwd door de geïnterviewden. De meeste gebreken worden ook daadwerkelijk binnen deze periode ontdekt. Verborgene gebreken openbaren zich sowieso niet, dus verlengen van de termijn om die reden heeft geen zin.. De ervaring leert overigens dat de ondernemer nooit meteen herstelt, maar dikwijls pas op de laatste dag van de termijn.

Vorst wordt opgemerkt dat voor consumenten ruzie met de aannemer niets oplost; deze moet immers nog herstellen. Een goede verhouding is dus cruciaal. De vertegenwoordigers van het GIW suggereren het verplicht stellen van het verstrekken door de ondernemer van bepaalde garanties dat binnen een bepaalde termijn wordt hersteld. Het proces verbaal van oplevering moet dan een bindende status krijgen.

Als laatste wordt opgemerkt dat het GIW vanuit het notariaat de vraag krijgt aan wie de op het depot gekweekte rente toekomt.

8.7 Mening van de geïnterviewde wetenschappers

Met één van de hoogleraren wordt onder meer gesproken over de wenselijkheid van het al dan niet inschakelen van een notaris bij het totstandkomen van de koopovereenkomst. Volgens de geïnterviewde is deze noodzaak zeker aanwezig. Artikel 7:15 BW sluit aan bij het koopmoment en legt o.a. een grote verantwoordelijkheid op de schouders van de verkoper. Je staat als verkoper in voor de afwezigheid van een groot aantal lasten en beperkingen, en zeker na invoering van de Wet kenbaarheid publiekrechtelijke beperkingen (Wkpb) (waarbij zo'n 70 publiekrechtelijke beperkingen worden toegevoegd) is dat een grote last.

De Amsterdamse praktijk komt volgens de geïnterviewde voort uit het van oudsher bestaande verbod op tweezijdig makelen dat in Amsterdam gold. De complexiteit van de materie was destijds geen argument om de koopovereenkomst bij de notaris neer te leggen.

De geïnterviewde ziet verder een aantal mogelijkheden om vastgoedfraude te bestrijden:

- de koopovereenkomst ter registratie aanbieden (in ieder geval staat dan het moment van totstandkoming vast);

- het verplichten van Vormerkung. Voor doorverkoop-problematiek kan worden gekeken naar het buitenland waar het niet mogelijk is akten te vormerken m.b.t. registergoederen die nog niet je eigendom zijn;
- het extra onder de aandacht brengen van de waarborgsom.

Opgemerkt wordt dat hier een parallel gezien kan worden met de argumenten die zijn gebruikt om de aandelenoverdracht verplicht notarieel plaats te laten vinden: het gaat om het geordende verloop van het rechtsverkeer.

De geïnterviewde komt terug op eerder door hem geopperde ideeën ten aanzien van de inschrijving van de koopovereenkomst. Op grond van artikel 525 Rv. zou het mogelijk moeten zijn de koopovereenkomst in te schrijven gevolgd door een akte kwitantie kooppenningen. Als laatste wordt daar nog aan toegevoegd dat de hypotheek een punt van aandacht is.

Een belangrijke vraag die in het gesprek met de andere hoogleraar aan de orde is geweest is wat de rol van de notaris kan zijn bij het bestrijden van 'vastgoedfraude' en of het de voorkeur zou verdienen om de koopovereenkomst verplicht door de notaris te laten opstellen.

De geïnterviewde merkt allereerst op dat er niet zoiets bestaat als 'de makelaardij'. Er is geen uniform tuchtrecht voor alle makelaars, slechts enkele samenwerkingsverbanden. Bij het notariaat is die eenheid er wel. Bovendien is het notariaat onpartijdig in tegenstelling tot de makelaar die optreedt voor een partij. Als het gaat om de vastgoedfraude is er volgens de geïnterviewde ook niet meer zoiets als een veiligheidsklep bij de banken; omdat deze te maken hebben met een grote omzetsdruk valt daar weinig te verwachten.

De geïnterviewde ziet het nodige in de zogeheten 'klikwetgeving': wanneer het Kadaster een doorverkoop binnen zes maanden signaleert al dan niet gepaard gaande met een grote sprong in de koopprijs, moet dit worden gemeld aan het Bureau Financieel Toezicht (BFT) of het Openbaar Ministerie (OM). De makelaardij zou volgens deze hoogleraar haar rol moeten beperken tot datgene waar ze goed in is: het onderhandelen en adviseren inzake de bouwkundige staat van hetgeen verkocht wordt. De meerwaarde van de notaris zit zijn inziens in diens vermogen te adviseren op allerlei gebied, aankoopverhouding, regelingen eromheen etc. De invoering van de WKPB ziet deze hoogleraar, anders dan de hoogleraar van de Universiteit Leiden, niet als een extra argument.

De geïnterviewde signaleert dat er rechtsonzekerheid bestaat over de invulling van het schriftelijkheidsvereiste. Verder signaleert hij dat er gedurende de bedenktijd tijd is om zaken nader uit te werken. In geval van betrokkenheid van een notaris zou deze naar mening van de geïnterviewde bij slechte Belehrung aansprakelijk zijn. Een argument dat de makelaars hebben gebruikt om verplichte notariële interventie tegen te houden was de gevreesde verhoging van de tarieven. Daarnaast zou de makelaardij beter georganiseerd zijn, maar dit argument is in 2000 bij de liberalisering van de makelaardij om zeep geholpen.

Bij artikel 7:3 BW is uitgegaan van een notarieel koopcontract. Dat werkt volgens de geïnterviewde prima en zou goed in het systeem passen. Gekeken zou kunnen worden naar de praktijk in Duitsland, waar sinds 1973 de koopovereenkomst verplicht bij de notaris wordt getekend.

Het systeem dat de geïnterviewde voor zich ziet, is er een met verplichte Vormerkung, eventueel via een uittreksel van de koopovereenkomst. In zijn optiek is een notariële verklaring voldoende (A heeft object X verkocht aan B.)

8.8 Resultaten enquêtes

8.8.1 Resultaten ten aanzien van het schriftelijkheidsvereiste

8.8.1.1 Wijzigingen en aanvullingen nadat mondelinge overeenstemming is bereikt

Uit de literatuur en de rechtspraak komt naar voren dat in de praktijk de status van mondelinge afspraken een probleem is, met name als er iets tussen komt waardoor één van de partijen niet of niet onder dezelfde voorwaarden wil contracteren nadat reeds mondeling overeenstemming was bereikt. Enkel op basis van jurisprudentie kan niet zonder meer worden aangenomen dat het probleem in de praktijk ook daadwerkelijk een grote rol speelt. Derhalve is aan makelaars en notarissen gevraagd of het in hun praktijk voorkomt dat partijen iets willen wijzigen op het moment dat het contract schriftelijk moet worden vastgelegd.

Notarissen in Amsterdam

De respondenten antwoorden dat dit af en toe het geval is. Bij enigen is dit niet bekend.

Notarissen buiten Amsterdam

Meerdere respondenten geven aan dat dit af en toe voorkomt. Een aantal geeft aan dat dit regelmatig voorkomt en enkelen geven aan dat dit vaak het geval is. De overigen antwoorden dat dit nooit voorkomt of hebben daarover geen informatie.

Makelaars buiten Amsterdam

Meerdere respondenten geven aan dat dit af en toe het geval is. Een enkeling geeft aan dat dit regelmatig voorkomt. Volgens een enkeling komt dit nooit voor.

Makelaars in Amsterdam

Een enkele respondent in deze groep geeft aan dat dit nooit voorkomt. Meerdere respondenten geven aan dat dit af en toe voorkomt. Een aantal respondenten zegt zelfs dat dit regelmatig voorkomt.

8.8.1.2 Uitbreiden van het schriftelijkheidsvereiste?

Ook is gevraagd of men van mening is dat het schriftelijkheidsvereiste voor meer objecten dan enkel woningen zou moeten gelden en of ook zakelijke kopers onder het 'schriftelijkheidsregime' zouden moeten vallen.

Notarissen in Amsterdam

Meerdere respondenten in deze groep vinden dat het schriftelijkheidsvereiste inderdaad voor meer objecten zou moeten gelden. Een enkeling is van mening dat het vereiste in ieder geval ook voor objecten met een gemengde bestemming dient te gelden in verband met de rechtszekerheid. Volgens meerdere respondenten zou het schriftelijkheidsvereiste voor alle koopovereenkomsten met betrekking tot onroerend goed moeten gelden, ongeacht de bestemming van het object, onder andere omdat het belang bij dergelijke overeenkomsten groot is en de materie ingewikkeld. Eén respondent geeft aan dat het proces dan inzichtelijk wordt en fraude (met inbegrip van fiscale fraude) kan worden voorkomen. Voorts is genoemd dat de rechtszekerheid hiermee beter gediend is en er zo een beter evenwicht tussen de verkoper en koper ontstaat.

Anderzijds vinden meerdere respondenten onder de notarissen in Amsterdam het geen probleem dat een particulier die een zakelijk object koopt (bijvoorbeeld om er een woning van te maken) buiten de bescherming van artikel 7:2 BW valt. Een dergelijke koper kan er immers zelf voor kiezen om zich te laten bijstaan door een deskundige. Een enkeling stelt dat het wel een probleem zou kunnen zijn, zeker indien de particulier reeds goedkeuring heeft voor de gewenste bestemmingswijziging; duidelijk is dan immers dat voor woondoeleinden gekocht wordt, maar naar de letter van de wet valt het toch buiten de bescherming.

Op de vraag of het schriftelijkheidsvereiste ook voor andere dan enkel particuliere kopers zou moeten gelden, antwoordt een enkele notaris uit deze groep ontkennend, omdat dit een onnodige belasting zou zijn. Meerdere respondenten zijn van mening dat het vereiste altijd zou moeten gelden, ongeacht de

hoedanigheid van de koper, wederom omdat de kans op eventuele fraude wordt verkleind, er een beter evenwicht tussen de koper en verkoper zou ontstaan, en in verband met de rechtszekerheid.

De respondenten onder de notarissen in Amsterdam geven overigens aan dat een overeenkomst, gesloten door een koper die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, altijd, dan wel in de meeste gevallen schriftelijk wordt aangegaan.

Notarissen buiten Amsterdam

Meerdere respondenten in deze groep zijn voorstander van uitbreiding van het schriftelijkheidsvereiste naar alle objecten, met name omdat dit meer rechtszekerheid biedt en bewijsproblemen voorkomt. Meermalen wordt in dit verband gewezen op het grote belang en de complexiteit rondom verkoop van onroerende zaken. Om dezelfde redenen (met name rechtszekerheid en duidelijkheid) vinden meerderen dat ook voor zakelijke kopers het schriftelijkheidsvereiste zou moeten gelden.

Sommigen vinden het een onnodige belasting, maar enkelen wijzen erop dat het in de praktijk toch wel schriftelijk wordt vastgelegd, ook als dat niet verplicht is. Genoemd is dat zakelijke kopers behoefte hebben aan sneller zakendoen en contractsvrijheid. Er wordt door enkele respondenten op gewezen dat het vreemd is dat de particuliere koper die een zakelijk object koopt geen bescherming geniet, zelfs niet als hij het pand wil gaan bewonen. Ook is opgemerkt dat niet altijd duidelijk is wanneer de regeling van toepassing is. Toch vinden meerderen het geen probleem, dat de particulier die een zakelijk object koopt buiten de bescherming valt, met name omdat dit de eigen keuze van de particulier is en mogelijke risico's daarom voor zijn eigen rekening komen. Meerdere respondenten geven aan dat in geval van zakelijke kopers de overeenkomst in de meeste gevallen schriftelijk wordt vastgelegd. Een aantal geeft aan dat dit altijd schriftelijk gebeurt.

Makelaars buiten Amsterdam

Ook de makelaars buiten Amsterdam die de enquête invulden, vinden het geen probleem dat de particulier die een zakelijk object koopt, buiten de bescherming van artikel 7:2 BW valt. Onder meer de volgende reden wordt gegeven:

‘De wet is gekomen toen het een verkopersmarkt was. Dit is allang achterhaald. Kopers hoeven niet meteen te beslissen met een groot risico dat het pand dan aan een ander verkocht wordt. De opzet van de wet was om kopers tegen impulsieve aankopen te beschermen doordat ze opgejaagd werden door andere kopers maar dit is inmiddels niet meer aan de orde.’

Een aantal respondenten geeft aan dat de koper niet als particulier maar als ontwikkelaar handelt indien deze een zakelijk object koopt, en daarom geen bescherming behoeft. Een vaker genoemd argument is voorts dat een particulier die zich bezig houdt met de aankoop van een onroerende zaak ter zake kundig dient te zijn, en zich anders moet laten bijstaan door een ter zake deskundige, zodat de risico's voldoende duidelijk worden.

Meerdere respondenten in deze groep vinden het dan ook geen goed idee om het schriftelijkheidsvereiste voor meer objecten te laten gelden; een uitbreiding zou een onnodige belasting zijn. Genoemd wordt dat niet-deskundige personen een aankoopmakelaar in de hand kunnen nemen. Ten aanzien van het schriftelijkheidsvereiste wordt bijvoorbeeld het volgende opgemerkt:

‘Voor woningen is het een idioot vereiste: als je mondeling iets overeenkomt zou de schriftelijke bevestiging niet meer dan een bevestiging van de gemaakte afspraken moeten zijn. De vrijblijvendheid tijdens en na de onderhandelingen is te groot.’

De overige respondenten zijn op dit punt van mening dat het schriftelijkheidsvereiste ook voor objecten met een gemengde bestemming zou moeten gelden, omdat woonruimte hier een onderdeel van uitmaakt, respectievelijk dat het vereiste voor alle koopovereenkomsten met betrekking tot onroerend goed dient te gelden (ongeacht de bestemming van het object). Dit omdat dit juridische procedures kan voorkomen en het voor meer zekerheid zorgt.

Verder kan worden signaleerd dat meerdere respondenten vinden dat een uitbreiding naar kopers die

handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf een onnodige belasting zou zijn. Enkele respondenten zijn echter wederom wel van mening dat een uitbreiding juridische procedures kan voorkomen en meer zekerheid biedt. Ook deze groep geeft aan dat een koopovereenkomst gesloten door een koper die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf vrijwel altijd schriftelijk geschiedt.

Makelaars in Amsterdam

Meerdere respondenten geven aan dat het schriftelijkheidsvereiste wat hen betreft ook voor zakelijke objecten zou mogen gelden, met name omwille van de duidelijkheid en het voorkomen van problemen. Om dezelfde reden zijn meerdere respondenten van mening dat ook voor de zakelijke koper een schriftelijkheidsvereiste zou moeten gelden. Een aantal is van mening dat dit een onnodige belasting zou zijn.

Daarentegen geven meerdere respondenten aan het geen probleem te vinden dat de particuliere koper die een zakelijk object koopt buiten de bescherming van artikel 7:2 BW valt, daar de particulier er immers voor kan kiezen om een deskundige in te schakelen.

Respondenten in deze groep geven aan dat overeenkomsten gesloten door zakelijke kopers bijna altijd schriftelijk worden aangegaan.

8.8.2 *Resultaten ten aanzien van de bedenktijd*

8.8.2.1 Komt het voor dat kopers zich op de bedenktijd beroepen?

Een eerste vraag die in dit kader is gesteld, is of het daadwerkelijk voorkomt dat kopers van de mogelijkheid tot ontbinding in de bedenktijd gebruik maken.

Notarissen in Amsterdam

Meerdere respondenten in deze groep geven aan dat van deze mogelijkheid af en toe gebruik wordt gemaakt. Eén van de respondenten geeft aan dit nog nooit meegemaakt te hebben, maar bij een ander is het juist heel vaak voorgekomen.

Notarissen buiten Amsterdam

Ook in deze groep respondenten geven meerdere respondenten aan dat dit af en toe voorkomt. Een deel van de groep zegt dit nooit meegemaakt te hebben. Enkeligen zeggen dat dit regelmatig voorkomt en volgens een respondent zelfs vaak.

Makelaars buiten Amsterdam

In deze groep geven meerderen aan dat dit af en toe voorkomt. Slechts een enkeling geeft aan dat nooit gebruik gemaakt wordt van deze mogelijkheid.

Makelaars in Amsterdam

Niet alle respondenten is het bekend of het voorkomt dat cliënten gebruik maken van de bedenktijd. Men geeft aan dat dit doorgaans via de notaris verloopt. Van hen wie het wel bekend is, geeft een aantal aan dat dit af en toe gebeurt.

8.8.2.2 Doen zich problemen voor als kopers van de bedenktijd gebruik maken?

In aansluiting hierop is gevraagd of zich bij het inroepen van de bedenktijd problemen hebben voorgedaan.

Notarissen in Amsterdam

Meerdere respondenten onder de notarissen in Amsterdam antwoorden hierop ontkennend. Genoemd wordt:

‘Het is zo weinig voorgekomen en in het geval dat het is voorgekomen is er geen enkel probleem aan de zijde van de verkoper (men is uitvoerig door mijn kantoor voorgelicht dat deze mogelijkheid zich altijd kan voordoen, hoe "gezellig" de sfeer ook aan tafel is en hoe "serieus" de koper ook oogt).’

Een enkeling geeft aan dat er wel problemen optreden in een dergelijk geval, maar er is niet nader aangegeven welke problemen dit zijn.

Notarissen buiten Amsterdam

De notarissen buiten Amsterdam worden veelal pas bij het proces betrokken op het moment van levering. De bedenktijd na het sluiten van de koopovereenkomst is dan doorgaans al lang verstreken. Men heeft hiermee dan ook geen ervaring. Toch weten enkelen problemen te noemen. Genoemd zijn bewijsproblemen, onduidelijkheid over het begin en het verstrijken van de termijn en misbruik: men breekt daarmee de onderhandelingen weer open of is toch nog een beter object tegengekomen.

Makelaars buiten Amsterdam

Meerdere respondenten in deze groep hebben op dit gebied geen problemen ondervonden, zo werd opgemerkt:

‘Nee, (er zijn) geen problemen bekend, maar wel boosheid! Kopers gaan makkelijker met onderhandelingen om en zijn minder serieus. Zij bieden eenvoudiger op meerdere panden tegelijk e.d.’

Een paar respondenten merkt voorts op dat er geen problemen zijn opgetreden omdat zij in dergelijke gevallen schriftelijk mededeling aan de notaris hebben gedaan, en de notaris vervolgens schriftelijk mededeling heeft gedaan aan de partijen.

Een respondent die wel problemen heeft ervaren geeft aan dat deze:

‘...vooral op het emotionele vlak liggen. Deze problemen leiden iedere keer weer tot de bevestiging dat de koper inderdaad te onwetend was om een overeenkomst tussen twee volwassen mensen aan te gaan.’

Makelaars in Amsterdam

Meerderden geven aan geen ervaringen te hebben met het invoeren van de bedenktijd dan wel daar geen problemen mee gehad te hebben. Uit de antwoorden viel op te maken dat het vaak voorkomt dat het invoeren van de bedenktijd via de notaris geschiedt. Opgemerkt is bijvoorbeeld:

‘Nee, een koper heeft in de meeste gevallen een goede reden om van de koop af te zien. Dat is voor de verkoper en de makelaar een grote teleurstelling, maar het is mijn inziens net zo belangrijk de verkoop zo spoedig mogelijk op te starten en op zoek te gaan naar een nieuwe koper. En vooral niet veel tijd en moeite te steken in de koper die de bedenktijd inroept.’

Toch wordt een aantal problemen gesignaleerd, met name op het emotionele vlak:

‘Het is altijd een probleem als dat gebeurt, niemand wordt daar blij van.’

‘Verkopers voelen zich in de maling genomen en willen dan graag toelichting.’

‘Niet anders dan dat alle partijen balen als een stekker.’

‘Het is bijzonder lastig/vervelend voor verkoper omdat meestal andere geïnteresseerden in het object zijn afgewezen en/of bezichtigingen zijn afgebeeld. ... Men dupeert hierdoor onnodig verkopers.’

8.8.2.3 Wat vindt men van de duur van de bedenktijd?

In de literatuur is veelvuldig gesignaleerd dat de bedenktijd wel erg kort is. De respondenten is gevraagd wat hun mening is ten aanzien van de duur, met het oog op de achterliggende doelen van de bedenktijd (inschakelen van een deskundige en/of terugkomen op een overhaast genomen beslissing).

Notarissen in Amsterdam

Met betrekking tot de mogelijkheid tot het inschakelen van een deskundige (inclusief afwachten van rapportage en het op grond daarvan nemen van een beslissing) is een aantal respondenten van mening dat de duur van de bedenktijd verlengd dient te worden. Verschillende suggesties worden gedaan. Zo wordt voorgesteld de termijn te verlengen naar 14 dagen, zodat effectief een deskundige kan worden gezocht en deze zijn werk kan doen voor een aanvaardbaar tarief. Ook wordt geopperd dat de termijn vijf of zeven dagen zou moeten zijn, omdat dit een redelijke termijn is om advies te kunnen vragen. Een nadeel hierbij is echter dat de verkoper een langere periode in onzekerheid verkeert.

Anderen zijn daarentegen juist voor afschaffing van de bedenktijd, nu gezien de huidige situatie op de woningmarkt een bedenktijd helemaal geen zin meer heeft. Een andere reden is dat de bedenktijd als onredelijk wordt beschouwd gezien de positie die de koper ten opzichte van de verkoper als gevolg van de bedenktijd heeft. Voor het bereiken van de doelstelling om terug te kunnen komen op een overhaast genomen beslissing vinden enkele respondenten de termijn precies goed. Meerdere notarissen zijn echter van mening dat de termijn niet goed is om hierboven reeds genoemde redenen.

Notarissen buiten Amsterdam

Ook onder de respondenten in deze groep zijn de meningen verdeeld. Een deel vindt de termijn met het oog op het inschakelen van deskundigen precies goed, maar evenzeveel respondenten hebben hierover geen mening. De rest geeft aan dat de termijn niet goed is, maar suggesties voor de lengte worden niet gedaan.

Als het gaat om het terugkomen op een overhaast genomen beslissing, zijn meerdere van mening dat de termijn precies goed is, een aantal vindt de termijn niet goed, maar doet geen suggesties. De rest heeft geen mening.

Makelaars buiten Amsterdam

Met betrekking tot de mogelijkheid tot het inschakelen van een deskundige (inclusief afwachten van rapportage en het op grond daarvan nemen van een beslissing) acht een deel van de respondenten in deze groep de termijn precies goed. Het andere deel meent dat de termijn niet goed is, omdat - kort gezegd - de zaken vooraf door de koper zouden moeten zijn geregeld en/of uitgezocht.

Met betrekking tot het terugkomen op een overhaast genomen beslissing vindt een aantal van de respondenten dat de termijn precies goed is. De rest is van mening dat de bedenktijd in zijn geheel niet goed is, omdat de koper van tevoren moet bedenken wat hij doet (opgemerkt is dat een koper van roerende zaken dit immers ook dient te doen). Verder is genoemd dat een koper gehouden zou moeten worden aan de koopovereenkomst. Voorts is één van de respondenten van mening dat het onmogelijk is over een grote en kostbare aankoop als een huis een overhaaste beslissing te nemen.

Makelaars in Amsterdam

Als het gaat om het inschakelen van een deskundige vinden meerdere respondenten de termijn precies goed. Een deel van de respondenten geeft aan dat de bedenktijd helemaal niet nodig is, omdat alles voordat de akte wordt opgesteld toch al uitgezocht moet worden. Ook is genoemd dat er al veel tijd zit tussen de mondelinge overeenstemming en het opstellen van de akte door de notaris. Bovendien kan het gewenste effect makkelijker bereikt worden met behulp van het opnemen van een ontbindende voorwaarde.

Wat betreft de duur met het oog op overhaast genomen aankoopbeslissingen, geeft een deel van de respondenten aan dat de termijn precies goed is. Het andere deel vindt de bedenktijd in het geheel niet nodig.

Kopers/verkopers

Met betrekking tot de mogelijkheid tot het inschakelen van een deskundige, vindt een aantal van de respondenten in deze groep de termijn precies goed. Evenzeveel respondenten vindt de bedenktijd daarentegen te kort. Periodes variërend van vijf dagen tot één maand worden voorgesteld. Enkel vinden de termijn te lang en verschillenden vinden de termijn voor dit doel overbodig.

Wanneer het gaat om bescherming tegen overhaast genomen beslissingen, vinden sommige van de respondenten in deze groep de duur van de termijn precies goed. Van de overigen respondenten vindt een enkeling de bedenktijd te lang. Meerderen vinden het evenwel te kort. Periodes variërend van vijf dagen tot twee weken worden voorgesteld. Daar staat tegenover dat ongeveer een vergelijkbaar aantal de bedenktijd overbodig vindt (deze laatste groep bestaat niet, zoals misschien voor de hand zou liggen, enkel uit kopers uit Amsterdam).

8.8.2.4 Voor- en nadelen van de bedenktijd in het algemeen

Om nader inzicht te krijgen in de meningen in de praktijk over de bedenktijd in het algemeen is de respondenten gevraagd of zij voor- en nadelen kunnen noemen.

Notarissen in Amsterdam

De voordelen die genoemd worden door de respondenten in deze groep zijn dat de koper de mogelijkheid en tijd wordt geboden om goed over zijn aankoop na te denken en dat de koper de mogelijkheid heeft om onder een overhaaste ("er zijn nog meer gegadigden") beslissing uit te komen. Gesignaleerd kan worden dat meerdere van de respondenten geen voordelen weten te noemen. Opgemerkt wordt:

‘De redenen waarom de bedenktijd destijds is ingevoerd spelen wat mij betreft geen rol meer.’

Als nadeel wordt meermaals genoemd dat er onzekerheid voor de verkoper bestaat. Ook is genoemd dat de bedenktijd een onredelijke bevoordeling van de particuliere koper tegenover de particuliere verkoper met zich brengt. Voorts wordt als nadeel genoemd dat de koper in een kopersmarkt de bedenktijd kan misbruiken door verschillende koopakten ongeveer tegelijkertijd te ondertekenen en aldus voor zichzelf iets meer tijd kan creëren ten koste van de verkopers, die weer op zoek moeten naar een nieuwe koper. In dit soort gevallen lijkt een door de koper te betalen redelijke vergoeding gerechtvaardigd. Mensen zouden volgens één van de respondenten eerst zeker van hun zaak moeten zijn voor ze notarissen en makelaars op kosten jagen (makelaars en notarissen steken tijd in een transactie die uiteindelijk niet rond komt).

Ook wordt in dit kader opgemerkt dat de bedenktijd vragen kan oproepen, bijvoorbeeld de vraag of bij kleine wijzigingen in de koop (bijvoorbeeld een door de notaris ontdekte erfdiensbaarheid die door de koper wordt geaccepteerd) een nieuwe bedenktijd gaat lopen. Voorts is één van de respondenten van mening dat een levering zonder voorafgaande koopakte (dus koop in de akte van levering) mogelijk zou moeten zijn, omdat de notaris de waarborg is; hij moet de koper duidelijk maken welke rechten hij prijsgeeft.

Notarissen buiten Amsterdam

Als voordelen worden genoemd met name bescherming van de koper in een oververhitte markt. Vaak genoemd is verder de extra mogelijkheid voor de koper om onder de koop uit te kunnen naast ontbindende voorwaarden. Ook bescherming tegen impulsiviteit wordt veel genoemd. Een enkeling noemt bescherming tegen malafide praktijken als voordeel.

Sommigen weten geen voordelen te noemen of zijn in het geheel tegen de bedenktijd. Een enkeling vindt de bedenktijd zelfs ‘je reinste apenkool’; kopers zouden zich van te voren goed dienen te informeren of kunnen ontbindende voorwaarden opnemen. Meerdere respondenten weten nadelen te noemen, veelgenoemd is dat de termijn te kort is, ook veelvuldig genoemd is de onzekerheid voor de verkoper, maar ook de mogelijkheid tot misbruik en de kosten die er mee gemoeid zijn komen vaak naar voren.

Makelaars buiten Amsterdam

Meerdere respondenten in deze groep, zien geen voordelen van de bedenktijd. Zo wordt gemeld:

‘Ik ben van mening dat iemand die besluit een woning te kopen, zich goed moet voorbereiden en daar niet op terug moet komen.’

Een genoemd voordeel is dat een consument niet altijd is opgewassen tegen de druk van de markt:

‘Met name starters gaan wel eens onbezonnen te werk en die hebben dan een extra stukje bescherming. De rest van de kopers weet meestal wel waar ze aan beginnen.’

Aan nadelen noemen respondenten in deze groep:

‘Het zorgt voor onrust bij verkopers en kan onduidelijkheid met zich meebrengen omdat er geen vormver-eiste is.’

Een meermalen genoemd nadeel door makelaars buiten Amsterdam is voorts:

‘Bij een rustige markt kan deze bedenktijd misbruikt worden, bijvoorbeeld ontbinden vanwege het feit dat kopers een leuker huis hebben gevonden of uit elkaar gaan.’

Makelaars in Amsterdam

Meerdere respondenten in deze groep geven aan dat de bedenktijd een voordeel is voor de koper in een gespannen (verkopers)markt. Andere respondenten zien evenwel geen voordelen en een aantal wijst op de mogelijkheid tot misbruik, een enkeling duidt de regeling zelfs aan als ‘een gedrocht’.

Een veel genoemd nadeel is de onzekerheid die het meebrengt en het grote nadeel voor de verkoper, zoals de verspilde tijd en moeite. Verder wordt de mogelijkheid tot misbruik meerdere keren genoemd. Ook de vormvrije wijze waarop de bedenktijd kan worden ingeroepen is genoemd als nadeel.

8.8.2.5 Moet de reikwijdte van de bedenktijd worden uitgebreid?

De bedenktijd geldt enkel voor particuliere kopers van woningen. De respondenten is gevraagd of zij vinden dat de reikwijdte van de bescherming uitgebreid zou moeten worden naar zakelijke objecten en zakelijke kopers. Voorts is gevraagd of zij vinden dat het ook voor de verkoper zou moeten gelden.

Notarissen in Amsterdam

Meerdere respondenten vinden dat het niet voor alle objecten zou moeten gelden, aangezien dit een onnodige belasting zou zijn. Een enkeling is zelfs voorstander van het geheel afschaffen van de bedenktijd. Genoemd is echter ook dat de bedenktijd juist zou moeten gelden voor alle koopovereenkomsten met betrekking tot onroerend goed, ongeacht de bestemming van het object, omdat dit redelijker en evenwichtiger zou zijn.

In aansluiting hierop vinden alle respondenten dat de bedenktijd niet voor zakelijke kopers moet gelden omdat dit een onnodige belasting (namelijk extra regeldruk en meer onzekerheid) zou zijn. Meerdere respondenten zijn van mening dat de bedenktijd ook niet voor de verkoper zou moeten gelden. Een enkeling vindt dat de bedenktijd ook voor de verkoper zou moeten gelden, maar enkel als deze een particulier is.

Notarissen buiten Amsterdam

Meerdere respondenten zijn van mening dat de bedenktijd niet zou moeten gelden voor zakelijke objecten, omdat dit een onnodige belasting zou zijn. Genoemd worden bijvoorbeeld de vertraging die dit zou opleveren voor het economisch verkeer, bovendien zouden de partijen ontbindende voorwaarden kunnen opnemen als zij daar behoefte aan hebben. Degenen die wel voor uitbreiding zijn noemen met name de rechtszekerheid als reden, meermalen wordt er op gewezen dat de redenen voor de bedenktijd ook gelden voor andere objecten.

Meerdere respondenten in deze groep vinden dat zakelijke kopers geen bedenktijd zouden moeten hebben. Respondenten geven bijvoorbeeld als reden algeheel tegen de regeling van de bedenktijd te zijn. Enkelingen vinden dat ook de zakelijk koper bescherming nodig heeft.

Ook de respondenten onder de notarissen buiten Amsterdam zijn van mening dat de bedenktijd niet voor verkopers zou moeten gelden. Slechts een enkeling vindt dat de particuliere verkoper ook een bedenktijd zou moeten hebben.

Makelaars buiten Amsterdam

Een enkele respondent in deze groep meent dat de bedenktijd zou moeten gelden voor alle koopovereenkomsten met betrekking tot onroerend goed, ongeacht de bestemming van het object. Meerderen vinden daarentegen dat dit niet zo zou moeten zijn, aangezien dit een onnodige belasting zou zijn. Volgens een enkeling dient de bedenktijd zelfs geheel afgeschaft te worden.

Meerdere respondenten menen dat het een onnodige belasting zou zijn als ook zakelijk kopers een beroep zouden kunnen doen op de bedenktijd. Ook zijn meerdere respondenten van mening dat de bedenktijd niet zou moeten gelden voor de verkoper. Anderen geven aan voorstander te zijn van een bedenktijd voor de verkoper, maar enkel als het een particulier is. Een enkeling is voorstander van een bedenktijd voor de verkoper, ongeacht zijn hoedanigheid.

Makelaars in Amsterdam

In aansluiting op de genoemde nadelen zijn meerdere respondenten van mening dat de reikwijdte van de bedenktijd niet uitgebreid dient te worden. Enkelen geven aan dat de bedenktijd zelfs helemaal moet worden afgeschaft. Een enkeling geeft aan dat de bedenktijd voor meer kopers zou moeten gelden, omdat dit eerlijker zou zijn. Een deel van de respondenten geeft aan dat ze vinden dat het niet voor verkopers zou moeten gelden. Het andere deel vindt dat dit wel voor de particuliere verkoper zou moeten gelden.

Kopers/verkopers

Meerdere respondenten in deze groep zijn van mening dat de bedenktijd niet voor verkopers zou moeten gelden.

8.8.2.6 Moet de regeling van de bedenktijd aangepast worden?

Als laatste is in het kader van de bedenktijd aan de respondenten gevraagd of zij reden of noodzaak zien om de regeling aan te passen, bijvoorbeeld door middel van aanvulling of vervanging met of door een alternatieve beschermingsmaatregel.

Notarissen in Amsterdam

Meerdere respondenten in deze groep zijn van mening dat de regeling zou moeten worden vervangen door verplichte notariële tussenkomst bij het opstellen van de koopovereenkomst. Een bijna even zo groot aantal van hen vindt dat de regeling zou moeten worden aangevuld met verplichte notariële tussenkomst bij het opstellen van de koopovereenkomst.

Notarissen buiten Amsterdam

Meerdere respondenten in deze groep zijn van mening dat de regeling vervangen zou moeten worden door verplichte notariële tussenkomst bij het opstellen van de koopovereenkomst. Een aantal vindt dat de regeling voldoet. Een vergelijkbaar aantal is voor het volledig afschaffen van de regeling.

Makelaars buiten Amsterdam

Een aantal ziet hier geen reden toe, nu de regeling aan de behoeften voldoet. Anderen vinden echter dat de regeling wel zou moeten worden veranderd, bijvoorbeeld door verplichte notariële tussenkomst bij het opstellen van de koopovereenkomst voor te schrijven. Meerdere respondenten zijn evenwel voor het geheel afschaffen van de bedenktijd.

Makelaars in Amsterdam

Ook enkele respondenten in deze groep geven (wederom) aan dat de bedenktijd beter afgeschaft kan worden. Meerdere respondenten zijn van mening dat de regeling vervangen zou moeten worden door verplichte notariële tussenkomst, ongeveer evenveel respondenten is daarentegen van mening dat de regeling voldoet aan de behoefte en ziet geen reden tot aanpassing.

8.8.3 *Resultaten ten aanzien van de Vormerkung (inschrijven van de koopovereenkomst)*

8.8.3.1 Zijn kopers op de hoogte van het bestaan van de Vormerkung?

Wil de bescherming die de Vormerkung biedt effect hebben, dan is het van belang dat kopers daarvan op de hoogte zijn. Voor de hand ligt dat de betrokken deskundigen (notarissen en makelaars) hun cliënten hier van op de hoogte brengen. Aan hen is de vraag gesteld of zij dit ook doen. Vrijwel alle respondenten in alle groepen deskundigen geven aan dat zij hun cliënten altijd op de hoogte brengen van het bestaan en de gevolgen van de Vormerkung. Desondanks is een deel van de respondenten in de groep *kopers/verkopers* niet op de hoogte van de mogelijkheid.

8.8.3.2 Wordt door kopers van de mogelijkheid tot inschrijven gebruik gemaakt?

Om een indicatie te krijgen of in de praktijk van deze mogelijkheid gebruik wordt gemaakt is aan notarissen gevraagd hoe vaak het in hun praktijk voorkomt dat kopers de koopovereenkomst laten inschrijven. Ook aan kopers is gevraagd of zij (indien relevant, dat wil zeggen na 2003 gekocht) van de regeling gebruik hebben gemaakt, en waarom (of waarom niet).

Notarissen in Amsterdam

Uit de reacties kan worden opgemaakt dat daadwerkelijk van de regeling gebruik wordt gemaakt. Antwoorden variëren van ‘af en toe’ en ‘regelmatig’ tot ‘vaak’.

Notarissen buiten Amsterdam

Meerdere respondenten geven aan dat dit af en toe voorkomt. Een aantal geeft aan dat dit regelmatig voorkomt en enkelen zeggen dat dit vaak voorkomt.

Kopers/verkopers

Enige respondenten onder de kopers geven aan dat ze daadwerkelijk van de mogelijkheid tot inschrijven gebruik hebben gemaakt, voornamelijk omdat er lange tijd tussen de koop en de levering zat, of omdat de hoedanigheid van de verkoper daar aanleiding toe gaf (verkoper was bijvoorbeeld een belegger, een zelfstandige ondernemer, of liet zich niet bijstaan door een deskundige hetgeen wantrouwen wekte).

Een groter deel van de respondenten geeft aan geen gebruik te hebben gemaakt van de mogelijkheid tot inschrijven, met name omdat men er geen behoefte aan had, maar ook het kostenaspect is veelgenoemd als een reden om het niet te doen. Opgemerkt kan nog worden dat meerderen aangaven helemaal niet bij de mogelijkheid stil te hebben gestaan.

8.8.3.3 Wordt een beroep gedaan op de bescherming van de Vormerkung?

Nadat de koopovereenkomst is ingeschreven heeft het recht op levering van de koper gedurende zes maanden een beschermde status. Aan notarissen is gevraagd of de kopers die hun koop lieten inschrijven ook een beroep op die bescherming hebben gedaan.

Notarissen in Amsterdam

Een deel van de respondenten geeft aan dat dit nooit gebeurt. Een ander deel meldt dat dit af en toe voorkomt. De overigen geven aan hier geen gegevens over te hebben.

Notarissen buiten Amsterdam

Meerdereren geven aan dat het nooit voorkomt dat er een beroep wordt gedaan op de bescherming van de Vormerkung. De rest geeft aan dat dit af en toe voor komt.

8.8.4 *Resultaten ten aanzien van inschakeling van een deskundige en de Amsterdamse praktijk*

8.8.4.1 Geeft het problemen als de koopovereenkomst niet door de notaris wordt opgesteld?

De gedachte bij de inschakeling van de notaris bij het opstellen van de koopovereenkomst is dat deze gezien zijn juridische expertise hiertoe het beste in staat is. Aan notarissen is gevraagd welke problemen zij ervaren indien de overeenkomst niet door hen is opgesteld. Uit de resultaten van de enquête die aan de (ver)kopers is voorgelegd blijkt dat wanneer de overeenkomst niet door de notaris wordt opgesteld, dit meestal door de makelaar van de verkoper wordt gedaan.

Notarissen in Amsterdam

In Amsterdam is het gebruikelijk dat de koopovereenkomst door de notaris wordt opgesteld. Toch komt het ook in Amsterdam wel eens voor dat de koopovereenkomst niet door de notaris is opgesteld. Genoemd is de situatie dat er geen makelaar bij de transactie is betrokken, en de overeenkomst door partijen zelf wordt opgesteld.

Een probleem dat door een notaris werd gesignaleerd:

‘Heel soms worden bij zgn. "buitencontracten" belangrijke zaken over het hoofd gezien (zoals overlijden, echtscheiding, of een koper die echtgenoot in buitenland heeft), waardoor na ondertekening nog belangrijke zaken geregeld moeten worden en soms kan dit alleen met voor partijen aanzienlijke problemen (bijvoorbeeld overleg met de ex bij echtscheiding of overleg met kinderen bij overlijden).’

Voorts wordt (in andere gevallen) genoemd dat veelal onvolledige of zelfs onjuiste informatie in de koopovereenkomst wordt opgenomen, en dat bovendien belangrijke punten geheel niet worden gemeld. Ten slotte noemde één der respondenten het probleem dat bij een NVM-koopakte geen ontvangstformulier of een niet ingevuld ontvangstformulier is bijgesloten. Er bestaat dan onduidelijkheid over het moment waarop de koper de getekende koopakte heeft ontvangen.

Notarissen buiten Amsterdam

Ook al is het buiten Amsterdam niet gebruikelijk dat de notaris de koopakte opstelt, toch komt dit voor. Meerdere respondenten geven aan dat zij af en toe een koopovereenkomst opstellen, een deel van de respondenten doet dit zelfs regelmatig.

Wat betreft de problemen die worden gesignaleerd komt wederom in de eerste plaats naar voren dat onduidelijke, onjuiste en onvolledige aktes worden opgesteld. Met name als er iets afwijkends aan de hand is, gaat het mis. Verder zijn technische zaken niet altijd op orde, zoals onderzoek naar beschikingsbevoegdheid, erfdienstbaarheden, kwalitatieve verplichtingen, nalatenschappen, specifieke problematiek bij echtscheidingen en de formulering van ontbindende voorwaarden.

8.8.4.2 Schakelt de makelaar zelf een juridische deskundige in?

Indien geen notaris bij de totstandkoming van de koopovereenkomst is betrokken, zal in veel gevallen de makelaar van dienst (kunnen) zijn bij het opstellen van de koopakte. Aan makelaars buiten Amsterdam is gevraagd of zij in voorkomende gevallen zelf de overeenkomst opstellen of dat zij daar een juridische deskundige voor inschakelen. Aan makelaars in Amsterdam is die vraag niet gesteld, nu het daar gebruik is dat de notaris de akte opstelt.

Makelaars buiten Amsterdam

Meerdere respondenten in deze groep antwoorden dat zij geen juridische hulp inschakelen, met name omdat zij van mening zijn dat ze voldoende kennis in huis hebben. Een aantal geeft aan een beroep te doen op deskundigen op dit gebied.

Wanneer de notaris verplicht moet worden ingeschakeld voor het opstellen van de koopovereenkomst, dan kan dat consequenties hebben voor de makelaars. Makelaars is gevraagd of zij denken dat er in dat geval minder van hun expertise gebruik zal worden gemaakt. De respondenten geven aan dat dit niet

noodzakelijkerwijs het geval hoeft te zijn, aangezien het opstellen van de koopovereenkomst niet het enige is wat de makelaar doet. Genoemd is dat de expertise van de makelaar garant kan staan voor de controle van degene die de overeenkomst opstelt. En omdat:

‘... de argeloze consument geen idee heeft wat er allemaal komt kijken bij de koop van een huis.’
 In dit verband wordt opgemerkt dat juist een makelaar goed op de hoogte is van de (staat van) een pand en dit ook goed in de koopovereenkomst kan aangeven, en dat de overeenkomst dan sneller klaar is dan wanneer derden deze opstellen.

Toch vreest een deel van de respondenten dat in genoemd geval minder op hun expertise een beroep zal worden gedaan, maar dat ze nog wel steeds gegevens zullen moeten verstrekken aan de notaris ten behoeve van het opstellen van de akte.

8.8.4.3 De kosten van notariële interventie

In Amsterdam is het gebruikelijk dat de notaris de koopakte opstelt en dat partijen deze vervolgens ten kantore van de notaris ondertekenen. Een veel gehoord argument om dit model niet als verplicht in te voeren is het kostenaspect, de notaris is immers niet goedkoop. Aan notarissen is gevraagd of zij het tarief voor de overdracht van een woning zouden verhogen indien wettelijk verplicht wordt dat de notaris de koopakte opstelt.

Notarissen in Amsterdam

Meerdere antwoorden ontkennend. Hierbij kan worden opgemerkt dat de notarissen in Amsterdam nu al voorzien in een koopakte, dus dat er voor deze groep niet veel verandert als dit wettelijk verplicht wordt.

Notarissen buiten Amsterdam

Meerdere respondenten in deze groep geven aan het tarief wel te zullen verhogen, aangezien er meer tijd en werk bij komt kijken. Een enkeling noemt een bedrag (bedragen van €150 tot €250 worden genoemd). Ook geven enkelen aan dat het tarief voor de leveringsakte dan weer iets omlaag kan.

8.8.4.4 Voor- en nadelen van de Amsterdamse praktijk

Om een indruk te krijgen naar de mening in het algemeen met betrekking tot de betrokkenheid van de notaris bij het opstellen van de koopakte, is de respondenten gevraagd of zij voor- en nadelen kunnen noemen.

Notarissen in Amsterdam

Alle respondenten in deze groep zijn van mening dat de Amsterdamse praktijk voordelen heeft. Bijvoorbeeld:

‘[Er zijn] alleen maar [voordelen]; een onpartijdige persoon (de notaris) maakt het belangrijkste document op (de basis van de eigendomsoverdracht); degene die overeenkomst opmaakt heeft meer oog voor mogelijke problemen (door zijn juridische achtergrond) en partijen zitten bij elkaar aan tafel, zodat eventuele bijzonderheden meteen besproken kunnen worden.’

Meermalen is als voordeel genoemd dat de notaris in een eerder stadium bij de zaak betrokken is. Dit zou een waarborg zijn voor de rechtszekerheid (beter en evenwichtigere informatie voor koper en verkoper), vroegtijdige researches en melding van lasten en beperkingen. Opgemerkt is voorts dat dit het moment is dat ertoe doet, dat wil zeggen het moment dat de rechten en plichten worden vastgelegd (in plaats van de levering, waar alles al vast ligt).

In deze groep noemt ook één van de respondenten als nadeel dat het veel meer werk betekent bij het voorbereiden van de koopovereenkomst, namelijk werk dat anders door de makelaar gedaan zou worden.

Notarissen buiten Amsterdam

Ook de respondenten in deze groep weten vrijwel allemaal voordelen te noemen, met name bij het signaleren en voorkomen van (juridische) problemen. Gesignaleerd wordt dat de levering dan nog een bijzaak is, omdat ten tijde van de koop alle pijnpunten besproken en gesignaleerd zijn.

‘De inbreng van de notaris komt op een moment dat partijen er iets aan hebben en niet als mosterd na de maaltijd.’

Enkelens weten geen voordelen te noemen. Meerdere respondenten weten nadelen te noemen. Genoemd zijn met name de werkdruk en de daarmee gemoeide kosten en organisatorische problemen. Daarnaast wordt er op gewezen dat dit de makelaardij berooft van een functie (en inkomen).

Makelaars buiten Amsterdam

Makelaars buiten Amsterdam hebben in beginsel niet te maken met de notaris bij het totstandkomen van de koopakte, niet alle respondenten kunnen voordelen noemen. Toch worden ook door deze groep voordelen genoemd, bijvoorbeeld:

‘Het scheelt een hoop werk.’

‘In sommige gevallen maakt het doornemen van een koopovereenkomst met partijen door een notaris meer indruk dan dat de makelaar dit doet.’

‘De akte wordt behandeld door een onpartijdige derde (de notaris). Dit biedt zekerheid voor de partijen dat zaken niet "gekleurd" worden opgenomen en goed worden uitgelegd. Tevens hoeft de akte niet rondgestuurd te worden en kunnen partijen ter plekke nog over details overleggen. Dit overleg wordt een stuk moeilijker als de partijen gescheiden van elkaar tekenen. Ook de bedenktijd gaat sneller in. Kortom; meer zekerheid voor alle partijen.’

Meermalen is als voordeel genoemd dat de notaris een onpartijdige derde is, terwijl de makelaar dat niet is. Ook het gemak voor de makelaar werd meermaals genoemd, vooral omdat het gaat om ingewikkelde materie.

De respondenten wisten ook één of meerdere nadelen te noemen:

‘Het vergt extra communicatie omdat de notaris niet bij de onderhandelingen aanwezig was. De notaris is niet op de hoogte van de bijzonderheden van het pand.’

‘Het opmaken en tekenen duurt te lang, terwijl de makelaar het dezelfde dag nog kan afhebben en de kopers dezelfde dag (of de dag daarop) kan laten tekenen. Dit lukt bij de notaris niet.’

‘Er zijn meer mensen die bij elkaar moeten worden gebracht, waardoor het langer duurt voordat de akte is getekend, en gezien het schriftelijkheidsvereiste en de drie dagen bedenktijd is het essentieel dat de akte zo snel mogelijk opgemaakt wordt nadat hier mondeling overeenstemming over bereikt is.’

Meermalen is opgemerkt dat het kostenverhogend kan werken en dat het meer tijd kost.

Makelaars in Amsterdam

Meerdere respondenten in deze groep weten één of meerdere voordelen te noemen. Genoemde voordelen zijn dat het minder problemen geeft bij de bedenktijd, omdat duidelijk is wanneer deze gaat lopen, maar ook dat er door tussenkomst van de notaris minder gebruik van wordt gemaakt.

Een opmerkelijk voordeel dat meermalen wordt genoemd, is dat partijen elkaar daar ontmoeten, met name omdat dit het vervolgproces vergemakkelijkt.

Meest genoemd is de onpartijdigheid, de kennis en kunde van de notaris, waardoor alles correct, efficiënt en duidelijk verloopt.

Daarnaast is genoemd dat het formele karakter van de bijeenkomst bij de notaris maakt dat partijen serieus met de zaak omgaan en beter nadenken over de verklaring die ze afleggen. Verder voorkomt het onnodig rondzenden van de akte voor het ondertekenen en is er voor de partijen de mogelijkheid tot vragen stellen. Ook het voordeel dat partijen goed worden voorgelicht wordt meermalen genoemd.

Na de lange lijst met voordelen die door deze respondenten zijn opgesomd, wisten de respondenten nauwelijks nadelen te noemen. Een enkeling noemt de extra kosten, verder is de reistijd als nadeel genoemd.

8.8.4.5 Zou het Amsterdamse model verplicht moeten worden?

In aansluiting op de vraag of men voor- en nadelen wisten te noemen, is aan makelaars en notarissen gevraagd of ze een voorstander zouden zijn van het verplicht invoeren van het Amsterdamse model.

Notarissen in Amsterdam

Alle respondenten antwoorden bevestigend. Zij noemden hiervoor als reden bijvoorbeeld:

‘Dit aangezien het voor een particulier een niet alledaagse handeling is om een woning aan te kopen.’

‘De notaris wordt altijd aangesproken als het mis gaat, maar wordt er vaak te laat bij betrokken.’

De respondenten zijn van mening dat het Amsterdamse systeem naar tevredenheid functioneert.

Notarissen buiten Amsterdam

In aansluiting op de genoemde voordelen zijn meerderen voor het verplicht invoeren van het Amsterdamse model. Toch zijn er ook enkele tegengelingen, meermalen genoemd wordt bijvoorbeeld dat de makelaars hun werk goed doen. Enkelen geven aan niet voldoende zicht op de materie te hebben om een standpunt in te kunnen nemen. Een aantal ziet ondanks de voordelen geen reden tot verplichting. Sommigen geven aan dat ze niet op het extra werk zitten te wachten. Verder is genoemd dat er geen behoefte is gebleken vanuit de praktijk om het model verplicht te stellen.

Makelaars buiten Amsterdam

Meerdere respondenten in deze groep zijn (met verwijzing naar de genoemde nadelen) geen voorstander van een verplichte invoering voor geheel Nederland. Als redenen hiervoor is onder meer genoemd dat er nu geen problemen zijn in de praktijk en de schriftelijkheidseis snelheid vereist.

Wel vinden enkele respondenten dat makelaars de juiste kennis dienen te hebben om een goede koopovereenkomst op te kunnen stellen, maar dat een goede makelaar voldoende expertise heeft. Zo werd in dit verband opgemerkt:

‘(...) ons kantoor heeft voldoende kennis (2 juristen!!!) voor het opstellen van een koopakte. Daarnaast is het voor een verkopende makelaar belangrijk ook hierin dienstverlenend te zijn voor zijn verkoper EN de verkopende makelaar heeft weer een goed contactmoment met de koper voor eventueel uitbreiden van zijn netwerk/werkzaamheden.’

Een aantal is daarentegen voorstander van invoering. Bijvoorbeeld omdat er een groot aantal regels en wetten van belang is, en het om die reden verstandig is om een specialist te betrekken bij de opstelling van het koopcontract. Voorts is genoemd dat de aanwezigheid van een notaris in veel gevallen fraude zou kunnen voorkomen.

Makelaars in Amsterdam

In aansluiting op de uitgebreide opsomming van voordelen vinden respondenten dat het Amsterdamse model verplicht zou moeten zijn. Slechts een enkeling vindt dat de keuze bij de partijen zou moeten liggen.

8.8.4.6 Inschakelen van deskundigen door kopers

Een belangrijke doelstelling van de bedenktijd is dat kopers voldoende mogelijkheid moeten hebben om een deskundige in te schakelen. Aan kopers is gevraagd of zij inderdaad deskundigen hebben geraadpleegd bij hun aankoop en welke deskundigen dat waren.

Meerdere respondenten geven aan ten minste één deskundige ingeschakeld te hebben bij de transactie. Het meest genoemd is de makelaar, voornamelijk voor de waardebepaling van de woning en het voeren van onderhandelingen. Ook de bouwkundige en de financiële adviseur komen vaak in beeld. De notaris wordt een enkele keer genoemd. De rest van de respondenten heeft geen deskundige ingeschakeld, vooral omdat men er geen noodzaak toe zag. Men vindt bijvoorbeeld dat men zelf voldoende kennis heeft of gaat te rade bij vrienden, familie en kennissen. Ook het kostenaspect wordt regelmatig genoemd als reden om geen deskundige in te schakelen.

8.8.5 Resultaten ten aanzien van de 5% regeling

Aan notarissen is gevraagd of het veel voorkomt dat gebruik wordt gemaakt van de 5% regeling als opgenomen in artikel 7:768 BW, alsook wat zij vonden van de 'slottermijn'. Makelaars hebben met deze regeling niet te maken; aan hen zijn over deze regeling geen vragen gesteld.

Notarissen in Amsterdam

Van de respondenten in deze groep geeft een deel aan dat nooit van de 5% regeling gebruik wordt gemaakt. Het andere deel zegt dat dit af en toe het geval is. Bij een enkeling is hierover geen informatie bekend. Een aantal respondenten meldt dat het regelmatig voorkomt dat vervangende zekerheid wordt gesteld in die gevallen waar geen gebruik wordt gemaakt van de regeling. Over de hoogte van de slottermijn hadden vrijwel alle respondenten geen mening. Een enkeling was van mening dat het percentage te laag is.

Notarissen buiten Amsterdam

In deze groep geven meerdere respondenten aan dat van de 5% regeling regelmatig tot vaak gebruik wordt gemaakt. Een aantal geeft aan dat het af en toe voorkomt dat men van de regeling gebruik maakt. De overigen zeggen dat er nooit gebruik van wordt gemaakt, of zijn hier niet mee bekend. In gevallen waar geen gebruik wordt gemaakt van de regeling geven meerderen aan dat (in gelijke mate) variërend van 'af en toe' tot 'vaak' vervangende zekerheid wordt gesteld. Meerdere respondenten acht de slottermijn precies goed, van de overige respondenten heeft een deel geen mening. Eén respondent vindt de termijn te hoog, de rest vindt de termijn te laag.

Kopers/verkopers

Voor het grootste deel van de respondenten was deze vraag niet relevant. Van de respondenten voor wie het wel relevant was (kopers van nieuwbouw na 2003), geven meerderen aan van de mogelijkheid om 5% van de aanneemsom in depot te houden gebruik te hebben gemaakt. De overigen zagen hiertoe geen reden of waren niet met de mogelijkheid bekend.

8.8.6 Terminologie: 'tot bewoning bestemd'

In de literatuur is signaleerd dat onduidelijkheid bestaat over de vraag wanneer een object 'tot bewoning is bestemd' indien een object een gemengde bestemming heeft (bijvoorbeeld zowel kantoor als woonruimte in één pand). Aan notarissen en makelaars is gevraagd hoe zij hiermee omgaan. De respons laat zien dat dit zeer wisselend is.

Notarissen in Amsterdam

De respondenten passen het begrip 'een tot bewoning bestemde onroerende zaak' verschillend toe. Sommigen vinden dat een onroerende zaak alleen onder dit begrip valt indien meer dan de helft van de vierkante meters voor bewoning is bestemd. Anderen vinden dat dit enkel het geval is als het object overwegend (70% of meer van de vierkante meters) voor bewoning is bestemd. Ten slotte vindt een aantal van de respon-

denten dat een onroerende zaak nooit onder dit begrip valt indien een deel van de onroerende zaak een zakelijke bestemming heeft (ook al is het een minderheid). Elk van deze drie opties is ongeveer evenveel genoemd.

Notarissen buiten Amsterdam

Meerdere respondenten geven aan dat een object een woning is als een deel van het object (ook al is het een minderheid) een woonbestemming heeft. Een deel geeft aan een object nooit als 'een tot bewoning bestemde onroerende zaak' te beschouwen indien een deel van het object een zakelijk bestemming heeft. Een vergelijkbaar deel beschouwt het object enkel als 'een tot bewoning bestemde onroerende zaak' indien een ruime meerderheid van het aantal vierkante meters voor bewoning is bestemd.

Makelaars buiten Amsterdam

Ook de toepassing van dit begrip bij makelaars laat een divers beeld zien, maar hier merken meerdere respondenten een object aan als een 'tot bewoning bestemde onroerende zaak' indien een deel van de onroerende zaak een woonbestemming heeft (ook al is het een minderheid). Een aantal respondenten past het begrip slechts toe als het object overwegend (70% of meer van de vierkante meters) voor bewoning is bestemd. Een enkeling geeft aan het object enkel aan te merken als 'een tot bewoning bestemde onroerende zaak' indien de helft of meer van de vierkante meters voor bewoning zijn bestemd. Ten slotte merkt een enkele makelaar een object nooit als 'een tot bewoning bestemde onroerende zaak' aan indien een deel van de onroerende zaak een zakelijke bestemming heeft (ook al is het slechts een minderheid van de vierkante meters).

Makelaars in Amsterdam

Enkele respondenten in deze groep geven aan dat zodra een deel van het object een zakelijke bestemming heeft, het buiten het begrip 'een tot bewoning bestemde onroerende zaak' valt. Een groep geeft aan dat het object binnen het begrip valt zodra een deel (ook al is het een minderheid) tot bewoning is bestemd. Evenveel respondenten geven daarentegen aan dat het object enkel binnen het begrip valt als een object overwegend voor bewoning is bestemd.

8.8.7 Algemene bevindingen ten aanzien van het (ver)kopen van woningen

Alle groepen is gevraagd wat zij ervaren als het belangrijkste knelpunt bij de koop/verkoop van een woning.

Notarissen in Amsterdam

Meerdere respondenten noemen een gebrek aan juridische kennis bij de partijen als belangrijkste knelpunt bij de verkoop van onroerend goed. Een enkeling noemt daarnaast een gebrek aan informatie met betrekking tot het object en de kredietcrisis. Geen van de respondenten vindt de tijdsdruk waaronder door de koper besloten moet worden een knelpunt.

Notarissen buiten Amsterdam

Ook deze groep noemt het gebrek aan juridische kennis als belangrijkste knelpunt. Als tweede knelpunt wordt gesignaleerd gebrek aan kennis over het object. In deze groep wordt wel (zij het slechts een enkele keer) tijdsdruk genoemd als een knelpunt. Een enkeling noemt ook hier de kredietcrisis.

Makelaars buiten Amsterdam

Meerdere respondenten zijn van mening dat het belangrijkste knelpunt het gebrek aan juridische kennis bij de partijen is. Genoemd zijn verder: een gebrek aan vertrouwen bij koper, gekoppeld aan een zeer beperkt verstrekkingbeleid van hypotheeklen bij de banken, een gebrek aan kennis in het algemeen, een te hoge vraagprijs en twijfel over allerlei zaken bij de koper. Een aantal stelt dat er geen knelpunten zijn.

Makelaars in Amsterdam

Ook in deze groep noemen de meeste respondenten een gebrek aan juridische kennis als belangrijkste knelpunt. Veel genoemd is verder gebrek aan kennis over het object. Verder is een aantal malen gewezen

op gebrek aan kennis is het algemeen. Maar er zijn ook respondenten die signaleren dat er juist geen knelpunten zijn.

Kopers/verkopers

Meerdere respondenten geven aan geen problemen te hebben ondervonden bij de aan- dan wel verkoop van hun woning. De problemen die genoemd worden zijn: problemen met de deskundigen, dat wil zeggen een slecht functionerende notaris of makelaar. Maar ook problemen met de financier of bank worden genoemd. Ook juridische problemen en problemen als gevolg van tijdsdruk zijn genoemd.

Gevraagd naar welke regeling hun belangen het beste waarborgt, geeft een deel van de respondenten aan tevreden te zijn met de huidige regeling. Van de rest is een deel van mening dat verplichte inschakeling van de notaris het beste zou zijn. Maar een deel is daarentegen weer van mening dat hun belangen het beste worden gewaarborgd als er een verplichte inschakeling van de notaris zou zijn, zelfs gecombineerd met een bedenktijd. Verder wordt een langere termijn voor de bedenktijd meermalen genoemd.

8.8.8 Resultaten ten aanzien van vastgoedfraude

Aan makelaars en notarissen is gevraagd of zij voor deze beroepsgroepen een rol zien bij de bestrijding van vastgoedfraude. Respondenten zagen op een of andere wijze een rol weggelegd voor makelaars en/of notarissen. Verschillende suggesties worden gedaan. Voor een nadere beschouwing hiervan kan worden verwezen naar Hoofdstuk VII ten aanzien van de fraude.

8.9 Samenvattende conclusies

8.9.1 Algemeen

Teneinde te onderzoeken hoe de Wet koop onroerende zaken uitpakt in de praktijk, zijn mede op basis van het desk- en literatuuronderzoek interviews gehouden met vertegenwoordigers van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, de Vereniging Eigen Huis, de Consumentenbond, de Nederlandse Vereniging van Makelaars in onroerende goederen en vastgoeddeskundigen, de Vereniging Bemiddeling Onroerend goed, de Landelijke Makelaarsvereniging en het Garantie Instituut Woningbouw. Tevens zijn interviews gehouden met vertegenwoordigers van Bouwend Nederland, Woningborg, Bouwfonds Ontwikkeling, Nederlandse Vereniging van Banken, Stichting Vakantiekampen en de Vereniging van Nederlandse Projectontwikkelings Maatschappijen Het doel van deze interviews was het nagaan welke ervaringen de betrokken organisaties hebben opgedaan met de Wet koop onroerende zaken, welke problemen zij al dan niet met de toepassing ervan hebben ondervonden en welke suggesties voor wijziging zij eventueel mochten hebben. Tot slot zijn twee hoogleraren met specifieke deskundigheid op het gebied geïnterviewd. Naast deze face-to-face interviews zijn on-line enquêtes uitgezet onder verkopers, makelaars en notarissen om nadere informatie te verzamelen over het functioneren van de wet in de praktijk.

8.9.2 Resultaten interviews

8.9.2.1 Ervaringen van makelaars en consumentenorganisaties

Samenvattend kan men zeggen dat de vertegenwoordigers van makelaars en consumentenorganisaties van mening zijn dat de huidige wet goed functioneert. De vertegenwoordigers van de organisaties zijn van mening dat het schriftelijkheidsvereiste voor veel verbeteringen heeft gezorgd, onder andere op het gebied van zekerheid. De problemen aangaande de status van de mondelinge overeenkomsten zijn huns inziens theoretisch van aard. Hetzelfde geldt voor de Vormerkung, in de praktijk hebben zich volgens de geïnterviewden geen problemen voorgedaan en de regel biedt een goede bescherming. Ook over de 5% regeling is men tevreden. De bedenktijd van drie dagen werkt volgens deze geïnterviewden naar behoren. Er zijn geen punten aangedragen die voor verbetering vatbaar zijn, en in de praktijk doen zich bij de huidige wettelijke regeling geen noemenswaardige problemen voor. Het verdient volgens de geïnterviewden dan ook zeker geen aanbeveling om naar de oude situatie terug te keren. Er bestaat volgens de geïnterviewden geen noodzaak om het schriftelijkheidsvereiste ook te laten gelden voor professionele handelaren. Voorts zal

een verplichte notariële koopovereenkomst volgens de geïnterviewden waarschijnlijk geen meerwaarde hebben.

8.9.2.2 Ervaringen van bouwers

Wat opvalt, is dat er een groot verschil bestaat in ervaring met de Wet koop onroerende zaken, en wel voor zover het enerzijds de makelaars- en consumentenorganisaties betreft, en anderzijds het GIW en de vertegenwoordigers van bouwers en projectontwikkelaars. De makelaars- en consumentenorganisaties hebben met name te maken met de artikelen 7:2 en 7:3 BW. Het GIW alsook de vertegenwoordigers van bouwers en projectontwikkelaars hebben met name te maken met de toepasselijkheid van de zogeheten ‘5%-regel’ van artikel 7:768 BW. Deze regeling blijkt in de praktijk wel voor veel problemen te zorgen, met name vanwege de onduidelijkheid die er in de praktijk blijkt te heersen over toepassingsbereik en zeggenschap over het in depot gehouden bedrag. Zie hierover uitgebreid hoofdstuk V.

De algemene conclusie van de geïnterviewden is dat de regeling weliswaar formeel de positie van de koper heeft versterkt (in ieder geval van hen die voorheen geen beroep op de GIW-regeling konden doen) maar praktisch gezien niet. De koper zal langer moeten wachten op herstel. Ook voor de bouwers heeft de regeling geen helderheid gebracht. Problemen zitten met name in het onderscheid tussen de woningen die wel, en die welke niet onder de GIW-regeling vallen, de onduidelijkheid over vrijval van het depot, de onduidelijkheid over gebreken aan (gemeenschappelijke delen van) appartementen en de bankgarantie-regeling.

8.9.2.3 Ervaringen van de KNB

Vertegenwoordigers van de KNB hebben zich uitgelaten over de werking van de wet en geconcludeerd dat deze op punten te wensen overlaat. De bedenktijd wordt te kort geacht. Er wordt meerwaarde gezien in de betrokkenheid van de notaris. Voorts zijn enkele suggesties in het kader van fraude gedaan. Ook is naar voren gebracht dat gezien de hoeveelheid contactmomenten die er thans zijn en de hoeveelheid stukken die tussen de partijen uitgewisseld moeten worden, het de moeite waard is de mogelijkheden van digitale uitwisseling en archivering van documenten nader te onderzoeken en te benutten.

8.9.2.4 De mening van de geïnterviewde wetenschappers

De twee geïnterviewde hoogleraren met specifieke deskundigheid op het gebied zien beide voordelen in de betrokkenheid van de notaris bij de totstandkoming van de koopovereenkomst. Beide doen tevens enkele suggesties voor verbetering van de regeling.

8.9.3 Resultaten enquêtes

Vooropgesteld kan worden dat met betrekking tot de meeste items van de enquête zeer uiteenlopende meningen zijn gegeven. Verder lijkt er, behoudens op het punt van de verplichte inschakeling van de notaris, geen verschil te zijn tussen de meningen van de respondenten in Amsterdam en daarbuiten.

Ten aanzien van het schriftelijkheidsvereiste wordt geconstateerd dat dit veel zekerheid biedt en dat het voor de duidelijkheid uitgebreid zou kunnen worden naar alle overeenkomsten met betrekking tot onroerende zaken. Anderzijds wordt uitbreiding ook als een overbodige maatregel gezien omdat met name zakelijke partijen de bescherming niet nodig hebben en het een te grote last meebrengt voor de praktijk.

Het blijkt dat in de praktijk daadwerkelijk af en toe van de bedenktijd gebruik wordt gemaakt. De problemen die worden gesignaleerd liggen op het emotionele vlak, dat wil zeggen, het wordt door alle partijen als erg vervelend ervaren als de zaak alsnog wordt afgeblazen. Opvallend is dat de respondenten onder makelaars en notarissen zowel binnen als buiten Amsterdam vooral nadelen weten te noemen van de bedenktijd. De meningen over de duur van de bedenktijd lopen zeer uiteen.

Ook van de Vormerkung blijkt in de praktijk daadwerkelijk gebruik te worden gemaakt, dat wil zeggen van de mogelijkheid tot inschrijving. Een aantal respondenten onder de notarissen geven aan dat de daarbij behorende bescherming nog nooit daadwerkelijk is ingeroepen, maar de rest geeft aan hier geen gegevens over te hebben.

Wat betreft de Amsterdamse praktijk valt op dat vooral de respondenten onder de notarissen in en buiten Amsterdam en de makelaars in Amsterdam een meerwaarde zien in de betrokkenheid van de notaris in de obligatoire fase en voor verplichte inschakeling zijn. De respondenten onder de makelaars buiten Amsterdam zijn daarentegen weer sterk verdeeld, maar lijken vooral geen voorstander van de verplichte inschakeling van de notaris te zijn.

Voorst blijkt dat ook van de 5% regeling daadwerkelijk gebruik wordt gemaakt. Het komt ook voor dat in plaats van de regeling vervangende zekerheid wordt gesteld. De meningen met betrekking tot de hoogte van het percentage lopen uiteen.

Met het begrip 'een tot bewoning bestemde onroerende zaak' wordt zeer uiteenlopend omgesprongen. Alle mogelijke invullingen worden toegepast door de respondenten. Dat wil zeggen dat sommigen een object dat slechts voor een klein deel voor bewoning wordt gebruikt als 'tot bewoning bestemd' beschouwen, terwijl anderen dit juist pas doen als minimaal de helft of zelfs een meerderheid van het aantal vierkante meters voor bewoning is bestemd.

In het algemeen kan worden opgemerkt dat gebrek aan juridische kennis als een belangrijk knelpunt bij de (ver)koop van woningen wordt gezien.

Als laatste zijn door verschillende respondenten suggesties gedaan voor de bestrijding van vastgoedfraude, waarover uitgebreid hoofdstuk VII.

HOOFDSTUK IX SLOTBESCHOUWING

9.1 Inleiding

9.1.1 *Vraagstelling*

In dit rapport staat de evaluatie van de op 1 september 2003 in werking getreden Wet koop onroerende zaken centraal. De aanleiding voor het onderzoek was de toezegging van de Minister van Justitie aan de Tweede Kamer dat de wet vijf jaar na de inwerkingtreding zou worden geëvalueerd. De kernvraag van het onderzoek luidt:

In hoeverre voldoet de werking van de Wet koop onroerende zaken in de praktijk aan de doelstelling van de wet, in bijzonder gelet op de in de literatuur, rechtspraak en praktijk gesignaleerde knelpunten en welke aanpassingen zijn wenselijk?

De evaluatie heeft plaatsgevonden aan de hand van de volgende te onderscheiden deelvragen:

1. Is er reden tot uitbreiding van het vormvereiste van een schriftelijke koopovereenkomst, door deze ook verplicht te stellen als de koop betrekking heeft op zakelijk onroerend goed en de koper de aankoop doet in uitoefening van een beroep of bedrijf?
2. Is de bescherming die de wetgever de consumentkoper van een woning heeft gegeven met de in artikel 7:2 BW bedoelde bedenktijd van drie dagen en de in artikel 7:3 BW bedoelde mogelijkheid van inschrijving van de koopovereenkomst in de openbare registers, afdoende gebleken?
3. Heeft de 5%-regeling van artikel 7:768 BW de daarmee beoogde versterking van de positie van de consumentkoper van een nieuwbouwwoning bewerkstelligd?
4. Is er reden of noodzaak deze bedenktijd te vervangen of de bescherming uit te breiden door verplichte notariële tussenkomst in de obligatoire fase van de koopovereenkomst?

Op het moment van uitvoering van het onderzoek stond de vastgoedfraude in de (politieke) belangstelling. In aanvulling op de kernvraag is gekeken in hoeverre binnen dit onderzoek aanknopingspunten konden worden gevonden voor de bestrijding van vastgoedfraude. In verband hiermee is met name gekeken naar de rol van de notaris en andere betrokken spelers, zoals makelaars.

9.1.2 *Aanpak*

Om de voorliggende vragen te beantwoorden is de parlementaire geschiedenis, de doctrine en de jurisprudentie met betrekking tot de Wet koop onroerende zaken onderzocht. Empirische informatie is verkregen door middel van interviews met vertegenwoordigers van belangenorganisaties, waarin de verschillende betrokken marktpartijen vertegenwoordigd zijn. Ook zijn data verzameld met behulp van elektronische enquêtes uitgezet bij kopers, verkopers, notarissen en makelaars.

9.1.3 *Resultaten*

Uit het onderzoek is gebleken dat op verschillende punten problemen zijn gerezen die nadere aandacht behoeven. Op enkele punten zijn suggesties voor verbeteringen gedaan.

Het uitgangspunt van Wet koop onroerende zaken vormde de wens om de consument bij de aankoop van een woning beter te beschermen. Daarmee is de kernvraag die ten grondslag ligt aan de wet, hoe deze bescherming het best kan worden gerealiseerd. Destijds is uiteindelijk gekozen voor een bedenktijd van drie dagen, waarin de consument de gelegenheid zou hebben om deskundigen in te schakelen. Uit zowel literatuur als interviews en afgenomen enquêtes komt evenwel naar voren dat dit doel met de bedenktijd niet wordt bereikt. Waar beoogd wordt de consument te beschermen tegen ongeïnformeerde beslissingen waarvan de gevolgen niet goed worden overzien, biedt verplichte inschakeling van de notaris in de obligatoire fase een betere bescherming. Dit blijkt vooral uit literatuuronderzoek. Wel biedt de bedenktijd

enige bescherming tegen impulsiviteit van kopers. Daar staat echter tegenover dat de bedenktijd voor verkopers veel onzekerheid en onrust met zich meebrengt. Bovendien wordt de bescherming tegen impulsiviteit al gerealiseerd door het invoering van het wettelijk vormvereiste.

9.1.4 *Beantwoording deelvragen*

1. Er is reden tot uitbreiding van het vormvereiste. Ten eerste zou het van toepassing moeten zijn zodra er een particulier bij een overeenkomst betrokken is (ongeacht of dit de verkoper of de koper is en ongeacht de aard van het object). Ten tweede is er ook reden om het vormvereiste uit te breiden naar alle overeenkomsten, dus inclusief zakelijk onroerend goed en zakelijke kopers. Dit voorkomt afbakeningsproblemen, voorkomt een ongelijke positie tussen particuliere en zakelijke kopers, dient de rechtszekerheid van de betrokken partijen alsook de rechtszekerheid in het algemeen.

2. Met het oog op de doelstelling om de particuliere koper de gelegenheid te geven om na het sluiten van de koop een deskundige in te schakelen is de bescherming van de bedenktijd niet afdoende. Wel kan de bedenktijd enige bescherming bieden tegen impulsiviteit, maar aan de bescherming die het vormvereiste op dit punt biedt, voegt de bedenktijd weinig toe.

De Vormmerking versterkt in beginsel het recht van de koper op daadwerkelijke nakoming, maar de regeling kent een groot aantal onduidelijkheden en enkele neveneffecten, zoals een (te) vergaande doorbreking van de *partitas creditorum*.

3. De 5% regeling biedt een goede basis voor de bescherming van de particuliere opdrachtgever, maar kent een groot aantal onduidelijkheden in de uitvoering.

4. Er is reden de bedenktijd te vervangen door verplichte notariële tussenkomst in de obligatoire fase.

5. Aanknopingspunten voor het bestrijden van vastgoedfraude kunnen worden gevonden bij de verschillende actoren die bij de koop van een woning betrokken zijn: onder andere makelaars, taxateurs, hypotheekverstrekkers en notarissen. De actoren dienen te worden voorzien van de instrumenten die hen in staat stellen hun verantwoordelijkheid op dit gebied te nemen. Verder kan de veilingprocedure worden herzien.

Hieronder volgen de belangrijkste bevindingen, uiteengezet per onderzocht onderdeel. Achtereenvolgens worden behandeld: het schriftelijkheidsvereiste (paragraaf 9.2), de bedenktijd (paragraaf 9.3), de Vormmerkung (paragraaf 9.4), de 5%-regeling (paragraaf 9.5), de positie van de notaris (paragraaf 9.6) en vastgoedfraude (paragraaf 9.7). Tot slot volgt een overzicht van conclusies en aanbevelingen (paragraaf 9.8).

9.2 **Het vormvoorschrift**

9.2.1 *Algemene bevindingen*

Uit interviews en enquêtes is naar voren gekomen dat de invoering van het vormvoorschrift van artikel 7:2 BW door de betrokken partijen, te weten kopers en verkopers, makelaars en notarissen als positief wordt ervaren. Ook in de doctrine is de eis van schriftelijkheid met instemming ontvangen.

Bij complexe overeenkomsten, zoals de koop van een woning, is het lastig te overzien wat de verplichtingen zijn die worden aangegaan. Indien partijen op onjuiste gronden, slecht geïnformeerd of op basis van verkeerde veronderstellingen een koop aangaan, betekent dit dat na het sluiten van de overeenkomsten problemen kunnen ontstaan. De overeenkomst staat mogelijk bloot aan vernietiging op grond van dwaling of zal niet op correcte wijze uitgevoerd worden en daardoor geheel of deels ontbonden kunnen worden. Vastleggen in een schriftelijk stuk draagt daarom op verschillende manieren bij aan het minimaliseren van de risico's. Duidelijkheid met betrekking tot de inhoud van de overeenkomst, schept meer duidelijkheid

over de vraag of al dan niet sprake was van dwaling of, in een latere fase, van non-conformiteit. Het vereiste draagt er verder aan bij dat de partijen op juiste wijze hun wil vormen omtrent alle aspecten van de koop. Met betrekking tot wilsvorming past hier een nuancering. Indien de koper (of de verkoper) zonder nader kennis te nemen van de akte, al dan niet onder druk van de andere partij, de akte tekent, is van een juiste of volledige wilsvorming geen sprake.

Voorts schept het vereiste (bij een strikte benadering) duidelijkheid over het moment van totstandkoming van de overeenkomst. Doorgaans gaat aan het sluiten van de overeenkomst een onderhandelingsfase vooraf. In die fase kan het onduidelijk zijn of en op welk moment men volledige overeenstemming heeft bereikt. Het rechtsverkeer in het algemeen heeft baat bij duidelijkheid omtrent de juridische status met betrekking tot onroerende zaken, welke duidelijkheid wordt gediend met het stellen van een schriftelijkheidsvereiste aan de koop.

Praktisch gezien heeft het schriftelijkheidsvereiste tot gevolg dat zowel koper als verkoper in de fase voordat de overeenkomst op schrift is gesteld, meer tijd hebben om zich op de transactie te beraden. De schriftelijke vorm heeft ook tot gevolg dat partijen beter inzicht krijgen in de aspecten die bij de koop van belang zijn, met name door het gebruik van modelcontracten waarin de relevante bedingen zijn opgenomen. Daar staat tegenover dat partijen zich aan gemaakte mondelinge afspraken kunnen onttrekken zolang deze niet op schrift staan.

De vraag of de invoering van het vormvereiste zoals neergelegd in artikel 7:2 BW doeltreffend is gebleken dient bevestigend te worden beantwoord. Dit neemt evenwel niet weg dat zich verschillende problemen hebben voorgedaan bij de toepassing en de sanctionering van het vormvoorschrift. De volgende onduidelijkheden zijn gerezen: wat is de status van mondelinge afspraken als de akte niet tot stand komt? Wat is de consequentie van wijzigingen of aanvullingen nadat de akte tot stand is gekomen? Hoe kan de kwaliteit van de akte worden gewaarborgd? Moet elektronisch contracteren tot de mogelijkheden behoren? Hoe moet de reikwijdte, gezien de onduidelijke terminologie, worden afgebakend? Hoe moet worden omgegaan met inconsistenties in de terminologie?

9.2.2 De status van mondelinge afspraken

Ten aanzien van de status van mondelinge afspraken heeft thans de nietigheid de meeste steun, welke kan worden gevonden in de parlementaire geschiedenis, de literatuur en de meest recente en hogere rechtspraak. De strikte benadering, dat wil zeggen geen gebondenheid aan mondelinge afspraken en geen mogelijkheid om op basis daarvan medewerking af te dwingen aan het opstellen van de akte, dient met name de rechtszekerheid. Nadeel van deze benadering is dat partijen zich kunnen onttrekken aan mondelinge afspraken.

Volgens de niet-strikte benadering zou het mogelijk kunnen zijn dat ondanks de nietigheid toch sprake is van gebondenheid aan de mondelinge afspraken, doordat men de verkoper kan dwingen tot meewerken aan het opstellen van de akte. Nadeel hiervan is dat de onduidelijkheid over het moment van de totstandkoming van de wilsovereenstemming en de inhoud daarvan blijven bestaan. De grondslag zou de leer van de precontractuele redelijkheid en billijkheid kunnen zijn. Deze leer leent zich evenwel niet voor het aannemen van gebondenheid in deze context.

Indien het wenselijk wordt geacht dat men de verkoper moet kunnen houden aan de mondeling gemaakte afspraken, is het geboden om in de wet op te nemen dat als sanctie op het niet voldoen aan het vormvereiste de koper de mogelijkheid heeft de (mondelinge) overeenkomst te vernietigen. Het onderzoeksteam beveelt dit overigens niet aan. Het team verkiest de strikte benadering.

Indien de mondelinge afspraken niet tot gebondenheid leiden, kan het leerstuk van de precontractuele redelijkheid en billijkheid worden toegepast in situaties waar in de fase vóórdát de akte (en daarmee de koopovereenkomst) tot stand is gekomen, in strijd met de eisen van de redelijkheid en billijkheid wordt gehandeld. Met toepassing van de norm zoals neergelegd in de jurisprudentie, kan dan schadevergoeding

of, indien nog zinvol, een verplichting tot dooronderhandelen worden gevorderd. Indien het bestaan van mondelinge overeenstemming kan worden aangetoond is dit een factor bij de beoordeling of een dergelijke vordering zal moeten worden toegekend. Voor een vordering die verplicht tot meewerken aan het opstellen van de akte, lijkt op basis van dit leerstuk geen ruimte, mede (of vooral) gezien de strenge en terughoudende norm die binnen dit leerstuk gehanteerd wordt. Iets anders geldt wellicht onder zeer uitzonderlijke omstandigheden als opzettelijke misleiding of misbruik van omstandigheden, maar ook in die gevallen kan een oplossing worden gevonden in het toekennen van schadevergoeding.

9.2.3 *Wijzigingen, aanvullingen en de kwaliteit van de akte*

Het bij wet stellen van minimumvereisten aan de inhoud van de akte kan bijdragen aan de oplossing van de gesignaleerde problemen met betrekking tot de status van bijkomende afspraken en wijzigingen nadat de akte tot stand is gekomen en draagt bij aan het waarborgen van de kwaliteit van de akte. Bij wijzigingen en aanvullingen kan het onduidelijk zijn wat de status is van de oorspronkelijke akte. Daarnaast rijst de vraag of alle wijzigingen en aanvullingen ook weer schriftelijk moeten worden vastgelegd en of dan een nieuwe bedenktijd zou moeten gaan lopen. Wijzigingen en aanvullingen die betrekking hebben op de minimumvereisten, hebben betrekking op de kern van de overeenkomst en daarmee gevolgen voor de geldigheid van de oorspronkelijke akte. Dergelijke wijzigingen dienen om die reden schriftelijk te worden vastgelegd en vervangen dan de oorspronkelijke afspraken.

9.2.4 *Elektronisch contracteren*

De mogelijkheid van het sluiten van een koopovereenkomst met betrekking tot een woning via elektronische weg hoeft op zich niet te worden uitgesloten. De bezwaren tegen de elektronische verkoop van woningen hebben namelijk niet zozeer betrekking op de invulling van het in het artikel 7:2 BW neergelegd vormvoorschrift via elektronische weg; ze hebben daarentegen betrekking op het gebrek aan extra waarborgen naast de thans door de Wet koop onroerende zaken geboden waarborgen van schriftelijkheid, bedenktijd en mogelijkheid tot inschrijving.

Ten opzichte van de huidige regeling en het daarin opgenomen beschermingsniveau misstaat elektronisch contracteren niet. Het doet immers, indien goed en met de nodige wettelijke waarborgen ingekleed, geen afbreuk aan de huidige bescherming.

9.2.5 *Afbakening van de reikwijdte en inconsistente terminologie*

Het strekt tot de aanbeveling om de in deze evaluatie gesignaleerde onduidelijkheden en inconsistenties met betrekking tot de terminologie en de reikwijdte te verhelpen door aanpassing van de tekst van artikel 7:2 BW. Met name zal er door de wetgever voor gekozen kunnen worden om woonboten en woonwagens expliciet binnen de reikwijdte van de bepaling te laten vallen en voor de afgrenzing van de bescherming niet aan te knopen bij zowel de hoedanigheid van de koper als de status van het object. Door het vormvereiste te laten gelden zodra er een particulier bij de transactie is betrokken (ongeacht of dit de koper of de verkoper is), wordt een meer evenwichtige regeling bereikt. De bescherming die wordt geboden met het vormvereiste in combinatie met een strikte benadering, is evenwichtiger omdat het de zwakke partij beschermd, ongeacht of dit de koper of de verkoper is. De wet is hiermee minder conjunctuurgevoelig.

Ook is er aanleiding om het vereiste uit te breiden naar alle overeenkomsten met betrekking tot onroerend goed (dat wil zeggen ook met betrekking tot zakelijk objecten en gesloten door zakelijke kopers). Daarmee worden de gesignaleerde afgrenzingsproblemen ondervangen. Het voorkomt dat de consument in verhouding tot de zakelijk koper in een slechtere positie verkeert ten aanzien van het moment van totstandkomen van de overeenkomst, waarmee ook de (ongewenste) ongerijmdheid als gevolg van artikel 3:298 BW wordt opgelost. Ook in het zakelijke verkeer bestaat behoefte aan duidelijkheid omtrent het moment van totstandkomen van de overeenkomst en de inhoud daarvan. Verder geldt dat het in het maatschappelijk belang is dat zekerheid bestaat omtrent de status van onroerende zaken.

9.3 De bedenktijd

9.3.1 Algemene bevindingen

De vragen naar wenselijkheid, reikwijdte en invulling van de bedenktijd hangen nauw samen met de reikwijdte en invulling van het vormvoorschrift, zoals besproken in hoofdstuk II, alsook met de vraag naar de wenselijkheid van verplichte inschakeling van de notaris, zoals in hoofdstuk VI aan de orde komt.

9.3.2 Ervaringen in de praktijk

Op de vraag welke problemen zich bij de toepassing van de bedenktijd hebben voorgedaan kan worden geantwoord dat er niet veel problemen naar voren zijn gekomen. Uit interviews en enquêtes komt niet naar voren dat sprake zou zijn van misbruik of lichtzinnige beslissingen door kopers. Rechtspraak over de bedenktijd is zeer summier en ziet voornamelijk op de ter hand stelling. Uit enquêtes komt naar voren dat de problemen die zich voordoen vooral op het emotionele vlak liggen. Indien kopers van hun ontbindingsbevoegdheid gebruikmaken leidt dit tot boosheid, frustratie en teleurstelling. Genoemd is dat het leidt tot een onnodig duperen van de verkoper en een verspilling van tijd en moeite.

Het beeld dat uit het empirisch onderzoek naar voren komt is dat er geen grote problemen zijn, maar veel positieve geluiden zijn er evenmin. Gevraagd naar voor- en nadelen weet men vooral nadelen te noemen. Bovendien zijn de voordelen die in interviews naar voren komen te relateren aan het vormvereiste en niet aan de bedenktijd (dat wil zeggen: duidelijkheid over het moment van totstandkomen van de overeenkomst, verbetering van de kwaliteit van de akte, duidelijkheid over de consequenties van de koop en groter bewustzijn bij de koper waardoor de bedenktijd niet gebruikt hoeft te worden).

Kijkend naar de doelstellingen van de bedenktijd kan geconcludeerd worden dat de bedenktijd weinig doelmatig is. De voornaamste reden van de minister voor het invoeren van de bedenktijd was het kunnen inschakelen van een deskundige (zie *Kamerstukken II*, 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 4). Zowel in de literatuur als door respondenten van de enquêtes is opgemerkt dat de bedenktijd te kort is om daadwerkelijk binnen de bedenktijd een deskundige in te kunnen schakelen en een (liefst schriftelijke) ontbindingsverklaring naar de verkoper te sturen. Uit enquêtes blijkt evenwel ook dat de respondenten van mening zijn dat de lengte van de bedenktijd op zich afdoende is als men zich vóór het sluiten van de koop goed laat voorlichten. Gesignaleerd is verder dat het vormvereiste al de nodige ruimte biedt voor voorlichting, zodat de lengte van de bedenktijd op zich voldoende is, maar ook gemist kan worden.

Verlenging van de bedenktijd is niet aan te bevelen, vanwege de ongerechtvaardigde langere onzekerheid die dit voor de verkoper meebrengt. De verhouding tussen koper en verkoper levert in die situatie te veel ongelijkheid tussen partijen op. Bovendien blijkt uit reacties van respondenten op de enquêtes dat kopers een deskundige inschakelen vóórdat ze tot koop overgaan, of dat dit (volgens makelaars en notarissen) in ieder geval wel het verstandigste is. De gewenste bescherming is verder te bereiken door gebruik te maken van een ontbindende voorwaarde in de koopovereenkomst met betrekking tot de uitkomst van een deskundigenonderzoek.

De bedenktijd vervult wel een functie bij het tegengaan van een overhaaste koopbeslissing. Dit was de tweede reden van de minister om de bedenktijd in te voeren. Met het oog op het terugkomen op een overhaast genomen beslissing kunnen, blijkens de interviews en de enquêtes, drie dagen wel als afdoende worden beschouwd. Het gevaar van een overhaaste koopbeslissing wordt echter ook voor een groot deel al weggenomen door het vormvoorschrift. Vanwege het feit dat de koper moet wachten totdat er een schriftelijke koopovereenkomst is opgesteld, blijkt de koper in de praktijk in de meeste gevallen enkele dagen bedenktijd te hebben voor het daadwerkelijk tot stand komen van de koopovereenkomst. Zo bezien biedt een deugdelijk opgestelde standaard koopakte met minimuminhoud waarop de koper zich voor de ondertekening kan bezinnen een zekere waarborg, waaraan de bedenktijd weinig toe kan voegen. Besproken is in dit verband dat kwaliteitseisen met betrekking tot de koopakte kunnen worden gesteld. Dit dient een meerledige functie, het heeft een waarschuwend effect, het voorkomt het wegcontracteren van essentiële bepalingen en er wordt een zo evenwichtig mogelijke verhouding tussen koper en verkoper

bereikt. Ook hierbij past een nuancering: in gevallen waar de koper een standaardakte onder zijn neus gedrukt krijgt met het verzoek direct te tekenen kan de bedenktijd nog wel een aanvullende bescherming bieden.

Tot slot is de bedenktijd een zeer conjunctuurgevoelige en eenzijdige maatregel. Het biedt een eenzijdige bescherming doordat enkel de koper beschermd is. Het doet geen recht aan de (zeer wel mogelijke) situatie waar de verkoper zich in een zwakke positie bevindt. Indien sprake is van een sterke verkopersmarkt, rechtvaardigt de zwakke positie van de koper deze bescherming. In een kopersmarkt komt die rechtvaardiging echter te vervallen, terwijl de onrust voor en de onzekerheid van de verkoper wel blijven bestaan.

9.3.3 *Aanbevelingen*

De invoering van de bedenktijd heeft niet geleid tot een volledige verwezenlijking van de doelstellingen die aan de bedenktijd ten grondslag lagen. Aangezien deze doelstellingen wel met andere middelen behaald kunnen worden, zou overwogen kunnen worden om de bedenktijd te schrappen.

Indien de bedenktijd in stand wordt gehouden beveelt het onderzoeksteam aan om de uitzonderingen in 7:2 lid 5 BW, waaronder de uitzondering voor de openbare veiling, in stand te houden. Toepassen van de bedenktijd bij een openbare veiling brengt aanzienlijke praktische problemen met zich, terwijl het niet tot het beoogde doel leidt. Er zou volgens het onderzoeksteam zelfs een extra uitzondering moeten worden gemaakt voor de onderhandse verkoop als bedoeld in artikel 3:268 BW. Deze onderhandse verkoop ligt dicht tegen een openbare veiling aan, waardoor de redenen om de bedenktijd niet van toepassing te verklaren op een openbare veiling ook van toepassing zijn op een onderhandse verkoop.

Het onderzoeksteam acht het verder niet wenselijk om ten aanzien van hetzelfde object en dezelfde koper meerdere malen een bedenktijd te laten gelden, bijvoorbeeld als gevolg van aanvullingen of wijzigingen van de akte. Afstand van de bedenktijd zou mogelijk moeten zijn indien de levering binnen de bedenktijd plaatsvindt. De benodigde bescherming wordt in dat geval geboden door de betrokkenheid van de notaris bij de levering. Deze punten zouden in de wettekst geëxpliciteerd kunnen worden. Het is de verantwoordelijkheid van de verkoper (of diens makelaar) om de koper op de bedenktijd te wijzen en zorg te dragen voor de ter hand stelling van de akte om het ingaan van de bedenktijd te markeren.

9.4 **Artikel 7:3 BW, de Vormerkung**

9.4.1 *Algemene bevindingen*

De regeling van de Vormerkung is technisch van aard en geeft aanleiding tot veel vragen. De vragen zijn met name in de literatuur opgeworpen en zijn van juridisch technische aard. Hoewel de regeling van artikel 7:3 BW vrij geruisloos in de wet is opgenomen en het overgrote deel van de overwegingen is uitgegaan naar de bedenktijd en de daarvoor noodzakelijke schriftelijkheid, heeft de regeling inzake de Vormerkung grote gevolgen. Zo vindt doorbreking van de *paritas creditorum* plaats, bestaat onduidelijkheid over de mate van bescherming bij executoriale verkoop door een beslaglegger en is de reikwijdte van de woorden 'kan niet tegen de koper worden ingeroepen' discutabel, omdat niet altijd duidelijk is wat niet tegen de koper kan worden ingeroepen en door wie.

9.4.2 *Ervaringen in de praktijk*

Vanuit de praktijk zijn niet veel problemen gemeld. Uit de enquêtes komt wel naar voren dat daadwerkelijk van de mogelijkheid tot inschrijving gebruik wordt gemaakt, maar niet blijkt of de door de regeling geboden bescherming ook veel is ingeroepen. Voorts blijkt uit de enquêtes dat het bestaan van de regeling niet algemeen bekend is onder kopers en verkopers. Mogelijk is het beperkte praktische gebruik een reden dat niet veel problemen vanuit de praktijk zijn gemeld. Wel blijkt uit de interviews dat er in de praktijk

onzekerheid bestaat over de vraag wat moet worden ingeschreven (de integrale koopovereenkomst of enkel het recht op levering).

9.4.3 *Vraagpunten*

De vragen die in verband met de Vormerkung zijn gerezen, zijn:

- Wat moet worden ingeschreven?
- Kan inschrijving uitgesteld worden tot na de uitwerking van ontbindende voorwaarden?
- Is inschrijving mogelijk indien het recht op levering uit een andere grondslag dan een koopovereenkomst voortvloeit?
- Kan de koop van een nog te formeren appartementsrecht worden ingeschreven?
- Kan de koop via een executieveiling worden ingeschreven?
- Welke feiten en rechtshandelingen kunnen niet tegen de koper worden ingeroepen en door wie?
- Hoe verhoudt de bescherming zich met een overbruggingshypotheek?
- Beschermt de inschrijving tegen latere splitsing en vervreemding van een appartementsrecht?
- Is cessie van ingeschreven rechten van levering mogelijk?
- Wat als bij een dubbele verkoop de tweede levering wordt ingeschreven terwijl het oudere recht op levering zou moeten voorgaan?
- Biedt de inschrijving bescherming tegen beslag op (toekomstige) huurpenningen?
- Wie moet leveren in geval van surseance van betaling of faillissement van de verkoper?
- Moet de curator meewerken aan de levering indien de koopsom de hypothecaire schuld niet dekt?
- Wat als door aangespannen procedures de zes maanden termijn dreigt te verlopen?
- Geldt de afkoelingsperiode van art. 63a Fw ook voor de koper die de koop heeft laten inschrijven?
- Wat is nog de rol van de notaris, nu op het moment van inschrijving door de notaris de koop al tot stand is gekomen?

De belangrijkste vraagpunten liggen op het terrein van beslag; zoals blijkt uit beschikbare jurisprudentie is hier in de praktijk ook daadwerkelijk over geprocedeerd:

- Is de ongelijkheid die ontstaat tussen beslagleggers vóór en na de inschrijving gerechtvaardigd?
- Zou conversie van het beslag in een beslag op de koopsom mogelijk moeten zijn?
- Kan beslag worden gelegd op de koopprijs onder de koper?

9.4.4 *Aanbevelingen*

Naar het oordeel van het onderzoeksteam dient bij het oplossen van genoemde onduidelijkheden steeds de ratio van de bepaling in het oog te worden gehouden, te weten waarborging van het recht op daadwerkelijke nakoming van de koper. Hoewel de wetgever heeft onderkend dat dit een bepaalde mate van doorbreking van de paritas creditorum tot gevolg kan hebben, kan dit naar het oordeel van het onderzoeksteam niet zo ver gaan dat bijvoorbeeld verschil ontstaat tussen beslagleggers, of dat de verkoper voordeel ondervindt van de Vormerkung.

De terminologie van artikel 7:3 BW alsmede de situaties waartegen de koper wordt beschermd, hebben veel gemeen met de Faillissementswet, reden dat het Voorontwerp Insolventiewet uitdrukkelijk aandacht zal moeten besteden aan de levering in combinatie met de Vormerkung.

Daarnaast is van belang dat de Vormerkung een groot aantal andere doelen kan dienen dan slechts het beschermen van het recht van de koper op daadwerkelijke nakoming. In dit kader kan worden gedacht aan markttransparantie, fraudebestrijding en een snellere uitbetaling van gelden na levering. Het verdient aanbeveling dat de wetgever ook deze elementen in ogenschouw neemt.

Samenvattend kan worden geconcludeerd dat de regeling van de Vormerkung in die zin haar doel heeft bereikt dat het recht van de koper op daadwerkelijke nakoming is versterkt, maar dat de regeling een aan-

tal ongewenste neveneffecten heeft, zoals een (te) vergaande doorbreking van de *paritas creditorum*, en mogelijk vormen van bevoordeling die niet met de regeling beoogd zijn. Om de regeling ten volle haar werking te verlenen zal per geconstateerde onduidelijkheid of 'bijwerking' gekeken moeten worden in hoeverre de wet aanpassing verdient dan wel of een bepaalde handelwijze gevolgd moet worden.

9.5 De 5% regeling

9.5.1 *Algemene bevindingen*

Artikel 7:768 BW is, samen met de overige bepalingen in Afdeling 2 van Titel 7.12 BW, ingevoerd ter bescherming van de consument die een koop-/aannemingsovereenkomst met betrekking tot een woning aangaat. De bedoeling van artikel 7:768 BW is om de positie van de particuliere opdrachtgever te versterken.

De bescherming van deze bepaling uit zich onder meer in het feit dat de opdrachtgever een pressiemiddel heeft jegens de aannemer voor de nakoming van tekortkomingen. Het is het onderzoeksteam uit interviews met bouwondernemers evenwel niet gebleken dat dit pressiemiddel heeft geleid tot een sneller herstel van gebleken bouwkundige en technische gebreken. Wel is duidelijk geworden dat de aannemers meer dan eens de onderhoudstermijn van drie maanden afwachten, alvorens tot herstel over te gaan. Een tweede beschermingselement is de mogelijkheid dat de gelden, die in depot worden gehouden, aan de opdrachtgever toekomen op het moment dat nakoming blijvend onmogelijk is.

9.5.2 *Gerezen problemen*

Met name uit het grote aantal arbitrage zaken dat met betrekking tot deze regeling is gevoerd, maar ook uit de interviews is gebleken dat bij de uitvoering van de depotregeling veel problemen spelen. De volgende problemen zijn gerezen:

- onduidelijkheid over wat er onder de tekortkoming in de nakoming mag worden verstaan;
- onduidelijkheid over de procedure bij uitbetaling en de rol van de notaris daarin;
- onduidelijkheid en inefficiëntie waar voor verschillende tekortkomingen verschillende arbitrageprocedures of rechtszaken moeten worden gestart;
- meer dan incidenteel komt het voor dat de opdrachtgever een buitenproportioneel bedrag in depot houdt bij gebleken gebreken;
- de werking van de regeling bij gebreken aan, gemeenschappelijke gedeelten van, een appartementencomplex;
- onduidelijkheid over de vraag voor wie de notaris de gelden in depot houdt (onder andere van belang voor renteopbrengsten en in geval van faillissement);

Deze opsomming van uitvoeringsproblemen laat zien dat de 5% regeling nog lang niet optimaal functioneert. Dat heeft tot gevolg dat het doel van het artikel, de versterking van de positie van de particuliere opdrachtgever, nog niet volledig is bereikt. Door alle uitvoeringsvraagstukken zal de opdrachtgever vaak in onzekerheid verkeren, hetgeen zijn positie niet ten goede komt.

Wel kan worden gesteld dat de effectiviteit van de 5% regeling niet wordt ondermijnd door de mogelijkheid van het stellen van een bankgarantie. Ook de bankgarantie levert beperkingen voor de aannemer op, waardoor het idee van het pressiemiddel aanwezig blijft. Bovendien heeft de opdrachtgever iets om op terug te vallen indien nakoming door de aannemer blijvend onmogelijk is.

De slottermijn van 5% van de aanneemsom lijkt voldoende hoog om de aannemer tot herstel te dwingen. Een hogere slottermijn zal bovendien hoogstwaarschijnlijk leiden tot een hogere aanneemsom. De slottermijn van 5% heeft echter niet tot gevolg dat de aannemer sneller overgaat tot herstel. Dit heeft voornamelijk te maken met het feit dat er gedurende de onderhoudstermijn van drie maanden meerdere te-

kortkomingen aan het licht kunnen komen. Uit de interviews is gebleken dat aannemers meer dan eens wachten totdat de onderhoudstermijn is geëindigd, voordat ze tot herstel overgaan.

9.5.3 *Aanbeveling*

De 5% regeling biedt een goede basis voor de bescherming van de particuliere opdrachtgever. In de uitvoering van de regeling zitten echter nog een aantal onvolkomenheden. Op grond van het bovenstaande adviseert het onderzoeksteam de uitwerking van de 5% regeling nogmaals grondig te bekijken en te optimaliseren.

9.6 **De positie van de notaris**

9.6.1 *Algemene bevindingen*

Bij de vraag of er reden of noodzaak is verplicht de notaris in te schakelen in de obligatoire fase van de koopovereenkomst, spelen twee belangrijke factoren een rol. Enerzijds de onpartijdigheid en specifieke deskundigheid op het gebied van de koop, anderzijds het feit dat de notaris gezien zijn passeermonopolie ten aanzien van de leveringsakte sowieso in beeld komt en een groot deel van het door hem te verrichten onderzoek eerder in het proces plaats vindt. Bij het eerste aspect, de specifieke deskundigheid moet er onderscheid worden gemaakt tussen het bemiddelen en beoordelen van de feitelijke staat van de woning enerzijds en de juridische aspecten van de koop anderzijds.

9.6.2 *Ervaringen in de praktijk*

De praktijk in Amsterdam wordt, zo blijkt uit de enquêtes, zowel door makelaars als notarissen als positief ervaren, terwijl ook de politiek zich meermaals positief over de Amsterdamse praktijk heeft uitgelaten. De betrokkenheid van de notaris bij het totstandkomen van de overeenkomst voorkomt volgens respondenten dat belangrijke zaken over het hoofd worden gezien en dat onvolledige of onjuiste informatie in de koopovereenkomst wordt opgenomen. Genoemd zijn verder de onpartijdige positie van de notaris en de inbreng van zijn expertise in een fase dat dit zinvol is (dat wil zeggen op het moment dat de verbintenissen worden aangegaan). Wel betekent de betrokkenheid van de notaris dat het hele proces van totstandkoming van de koop langer duurt, het vergt extra communicatie en meer partijen die bij elkaar gebracht moeten worden.

De twee-wegenleer, die in de totstandkomingsgeschiedenis op weinig bijval kon rekenen, lijkt niet de aangewezen weg. De vrijheid die gelegen zou liggen in het optioneel houden van 'het Amsterdamse systeem' is zeer betrekkelijk. Zoals het onderzoek heeft uitgewezen worden particulieren buiten Amsterdam niet attent gemaakt op de mogelijkheid de koopovereenkomst door een notaris te laten opstellen, sterker nog, de notaris wordt nauwelijks positief onder de aandacht gebracht. Uit de enquêtes blijkt dat makelaars buiten Amsterdam niet snel een beroep doen op de hulp van juridische deskundigen. Vorenstaande valt overigens te verklaren uit de branchebeschermende opstelling van alle betrokkenen. Voorts blijkt uit gesprekken met (ver)kopers in Amsterdam dat de indruk bestaat dat de betrokkenheid van de notaris in de obligatoire fase in Amsterdam verplicht is.

9.6.3 *Bevindingen ten aanzien van de tarieven*

Op basis van de enquêtes en offerteaanvragen komt geen eenduidig beeld naar voren ten aanzien van de verwachting of de kosten voor kopers zullen stijgen in geval van invoering van verplichte notariële tussenkomst in de obligatoire fase. Binnen Amsterdam heeft zich een dusdanige praktijk ontwikkeld dat stijging niet aan de orde zal zijn. Buiten Amsterdam is dat niet het geval. Gezien de tariefdaling die zich sinds het vrijgeven van de tarieven in 1999 in de vastgoedpraktijk heeft voorgedaan lijkt het onwaarschijnlijk dat het toekennen van extra werkzaamheden zonder tariefverhoging plaats kan vinden. Gezien de tariefdalingen in de afgelopen jaren en de extra waarborgen voor de koper die met notariële interventie zijn gemoeid, is het de vraag of tariefverhoging per definitie als problematisch aan te merken valt.

9.6.4 *Aanbevelingen*

Naar het oordeel van het onderzoeksteam is notariële interventie bij het opstellen van de koopovereenkomst wenselijk (maar niet noodzakelijk) en wel om de volgende redenen:

- de specifieke juridische expertise aan de zijde van de notaris, met name waar het betreft koopovereenkomsten waar particuliere kopers bij betrokken zijn;
- de wettelijke onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de notaris;
- betrokkenheid in de obligatoire fase betekent dat zaken die bij de recherche naar voren komen nog in de koopovereenkomst kunnen worden meegenomen.

Evenals in Amsterdam het geval is zal de rol van de makelaar kunnen bestaan in het bij elkaar brengen van partijen en het onderzoek doen naar de feitelijke en bouwkundige toestand van het pand.

De onpartijdigheid van de notaris is een belangrijk gegeven. De notaris zal in voorkomende gevallen beide partijen bij de overeenkomst inlichten over (on)gewenste consequenties van de verplichtingen die zij aangaan met het sluiten van de koopovereenkomst, ook als de notaris gekozen door één partij is gekozen.

Dat de notaris degene is die de leveringsakte op zal stellen en passeren, maakt zijn betrokkenheid bij de totstandkoming van de koopovereenkomst des te logischer. Veel gegevens die de notaris nodig heeft voor het opstellen van de leveringsakte krijgt hij nu al in de obligatoire fase. Daarbij komt dat hij door zijn juridische kennis partijen kan adviseren bij de redactie van de te maken afspraken hetgeen ‘reparatiewerk’ in de leveringsakte voorkomt.

9.7 **Vastgoedfraude**

9.7.1 *Algemene bevindingen*

Uit de beschouwing van de verschillende verschijningsvormen van vastgoedfraude en de initiatieven die reeds zijn ontwikkeld in reactie daarop, komt naar voren dat de verschillende spelers in de vastgoedketen hun verantwoordelijkheid steeds meer nemen, maar ook dat soms instrumenten ontbreken. Zo mist ten aanzien van de makelaars en taxateurs bijvoorbeeld een instrument om daadwerkelijk op te treden nu de beëdiging is opgeheven. Het is van belang goed in kaart te brengen wie welke verantwoordelijkheid heeft en wie wat moet controleren.

9.7.2 *Aanbevelingen*

Volgens het onderzoeksteam zou het tot de aanbeveling strekken om de beëdiging weer terug te laten keren, gekoppeld aan een onafhankelijk tuchtrecht. Makelaars en taxateurs die worden veroordeeld tot ontzetting, zouden daarmee - in tegenstelling tot de huidige praktijk - vervolgens niet meer als taxateur of makelaar kunnen optreden. Daarnaast strekt het tot de aanbeveling om ook de taxateur onder de Wwft te laten vallen.

Hypotheekhouders zouden meer controles kunnen uitvoeren, zoals het controleren van de werkgeversverklaringen of het doen van onderzoek in openbare registers. Het zou bijvoorbeeld mogelijk gemaakt kunnen worden om gegevens te vergelijken met gegevens van de Belastingdienst, de GBA, NHG, UWV en gegevens ten aanzien van de WOZ-waarde. Fraude zou dan mogelijkerwijs in een eerder stadium geconstateerd kunnen worden en een hypotheekaanvraag zou door de hypotheekhouder geweigerd kunnen worden. Indien men wil dat de hypotheekhouders meer verantwoordelijkheid nemen, dan strekt het tot de aanbeveling om te onderzoeken of het mogelijk is dat de hypotheekhouders toegang krijgen tot deze gegevens.

Het is in dit kader van belang om de veilingprocedures aan te pakken. Op een veiling levert de onroerende zaak veel minder geld op. Een oorzaak hiervoor is gelegen in het feit dat de veiling geen particuliere kopers trekt, terwijl van particulieren juist wordt gezegd dat zij in het algemeen veel meer voor een pand

over hebben dan een vastgoedhandelaar. Wil men dat er meer particulieren toetreden tot deze ‘markt’, dan moet er echter heel wat gebeuren. Zo is het van belang dat de particulier de woning van te voren kan zien en zou het probleem van de (illegale) verhuur moeten worden aangepakt.

9.7.3 De rol van de notaris bij vastgoedfraude

De notaris kan verschillende acties ondernemen om vastgoedfraude te beperken. Zo zou hij de identiteitsbewijzen standaard moeten controleren met behulp van het VIS-systeem en moeten controleren op echtheidskennmerken. Ook zou de notaris in het Kadaster standaard moeten zoeken op naam. Indien de notaris dit al in een eerder stadium (ten tijde van het totstandkomen van de koopakte) kan uitvoeren, zou het plegen van vastgoedfraude eerder aan het licht kunnen komen. Indien de notaris fraude constateert moet hij dienst weigeren.

9.8 Overzicht van conclusies en aanbevelingen

9.8.1 Ten aanzien van het schriftelijkheidsvereiste

Ten aanzien van de status van mondelinge afspraken dient bij de toepassing en uitleg van de bepaling de strikte benadering te worden gehanteerd (geen gebondenheid zonder akte).

Voor aanvullingen en wijzigingen dient het schriftelijkheidsvereiste te gelden (maar geen nieuwe bedenktijd). Dit zou op zijn minst moeten gelden voor aanvullingen en wijzigingen die de essentialia betreffen. Dit kan in de wettekst van artikel 7:2 BW geëxpliciteerd worden.

Om de kwaliteit van de akte te waarborgen en duidelijkheid te verschaffen over de vraag wat (minimaal) onderdeel uitmaakt (van de essentialia) van een koopovereenkomst dienen door de wetgever inhoudelijke eisen aan de inhoud van de akte gesteld te worden.

Het schriftelijkheidsvereiste dient door de wetgever uitgebreid te worden naar alle koopovereenkomsten met betrekking tot onroerende zaken.

Indien het schriftelijkheidsvereiste niet wordt uitgebreid naar alle koopovereenkomsten met betrekking tot onroerende zaken, dient door de wetgever geëxpliciteerd te worden wanneer sprake is van de koop van een woning door een particulier, ter voorkoming van afgrenzingsproblemen.

Zodra een deel van het object voor bewoning is bestemd, zou het binnen de bescherming van artikel 7:2 BW dienen te vallen.

De wettekst dient zodanig te worden aangepast dat woonboten en woonwagens zonder meer binnen de bescherming van artikel 7:2 BW vallen.

De terminologie van artikel 7:2 lid 1 en lid 2 BW dient consistent te worden gemaakt door aanpassing van de wettekst. Het woord ‘schriftelijk’ in lid 1 kan hiertoe worden vervangen door ‘in de vorm van een tussen partijen opgemaakte akte’.

De wetgever dient te expliciteren welk betrouwbaarheidsniveau is vereist bij het ondertekenen van elektronische koopakten, door aan te geven welke vorm(en) van elektronische handtekening als voldoende betrouwbaar worden gezien.

Bij elektronisch contracteren met betrekking tot een woning kan de wetgever er voor kiezen om de bedenktijd in die gevallen te handhaven of uit te breiden, om te voorzien in bescherming tegen de (extra) risico’s van elektronisch contracteren.

9.8.2 Ten aanzien van de bedenktijd

De bedenktijd heeft niet geleid tot een volledige verwezenlijking van de doelstellingen. De bedenktijd is te kort om een deskundige in te kunnen schakelen en de bescherming tegen overhaaste beslissingen is met het stellen van het schriftelijkheidsvereiste al gerealiseerd.

De bedenktijd dient niet te worden verlengd, maar te worden vervangen of aangevuld met een alternatief beschermingsmechanisme (verplichte inschakeling van de notaris in de obligatoire fase).

In de koopakte dient standaard de terhandstelling en de gevolgen voor het ingaan van de bedenktijd te worden opgenomen.

In de koopakte dient standaard de bedenktijd, de duur en de wijze waarop van de bedenktijd gebruik kan worden gemaakt te worden opgenomen.

Er dient geen nieuwe bedenktijd te gaan lopen nadat de oorspronkelijke akte is aangevuld of gewijzigd (maar voor de aanvullingen en wijzigen moet wel het schriftelijkheidsvereiste gelden).

Afstand van de bedenktijd nadat de koopovereenkomst tot stand is gekomen, is onder de huidige wet mogelijk. Dit zal met name plaatsvinden indien de levering binnen de bedenktijd plaatsvindt. Bescherming gaat hiermee niet verloren, omdat deze wordt geboden door de notaris die bij de levering betrokken is.

De uitzondering ten aanzien van veilingen dient te worden uitgebreid naar onderhandse executoriale verkopen.

Bij een openbare verkoop bij inschrijving dient de bedenktijd wel te (blijven) gelden (indien de bedenktijd in stand wordt gehouden).

9.8.3 Ten aanzien van de Vormerkung

In geval van Vormerkung dient de integrale koopovereenkomst te worden ingeschreven.

Het beding dat inschrijving van de koopovereenkomst eerst plaats kan vinden nadat aan een bepaalde voorwaarde is voldaan, is vernietigbaar.

Mogelijk is ook de inschrijving van de overeenkomst tot vestiging van beperkte genotsrechten (met uitzondering van beperkte zekerheidsrechten).

Inschrijving van een te vormen appartementsrecht behoort niet tot de mogelijkheden. De inschrijving van een koop van een onverdeeld aandeel in een registergoed met een in de overeenkomst opgenomen recht op toedeling van een bepaald appartementsrecht daarentegen wel.

Artikel 7:3 lid 3 sub g BW dient zodanig te worden aangepast dat de koper op een executieveiling ook bescherming wordt geboden als niet de verkoper maar de geëxecuteerde failliet gaat of surseance van betaling wordt verleend.

De overbruggingshypotheek kan niet aan de koper die de koop voor de vestiging van deze hypotheek heeft laten inschrijven, worden tegengeworpen. Om de financier toch zekerheid te bieden kan hem een pandrecht worden verleend op (het restant van) de koopsom of door aanvulling van artikel 3:262 BW (rangwisseling) zodat de posterieure overbruggingshypotheek een andere rang inneemt in verhouding tot de ingeschreven koop.

De bescherming van artikel 7:3 BW wordt ook geboden in het geval het desbetreffende object na inschrijving in appartementsrechten wordt gesplitst.

Indien de koper zijn ingeschreven recht op levering cedeert dient de cessionaris aanspraak te kunnen maken op de bescherming van artikel 7:3 BW. De wet dient daartoe te worden aangepast.

De (Faillissements)wet dient zodanig te worden aangepast dat de inschrijving geen verdere ongewenste nevengevolgen heeft voor de rangorde en voorrangpositie van de overige schuldeisers van de verkoper.

De wet dient zodanig te worden aangescherpt dat de inschrijving ook bescherming biedt tegen andere vormen van ‘ontvruchting’ van de woning, zoals beslag op toekomstige huurtermijnen.

Onder de huidige wet kan de onder bewindgestelde of gefailleerde niet meer zelf leveren, terwijl dit wel het meest recht zou doen aan de strekking van artikel 7:3 lid 3 sub c en g BW. Hieraan dient in het kader van de herziening van de Insolventiewet aandacht te worden besteed.

Waar het recht op levering is ingeschreven, dient een levering die geschiedt op de dag waarop een faillissement wordt uitgesproken als geldig te worden aangemerkt, ongeacht het moment dat de leveringsakte wordt verleden. De wet dient aldus te worden aangepast.

De werking van de Vormerkung mag niet zo ver gaan dat een verdergaande inbreuk op de paritas creditorum wordt gemaakt dan gerechtvaardigd is om het doel (waarborgen van de positie van de koper) te bereiken.

Aanpassen van de wettekst (op verschillende plekken) zodat de bescherming van de Vormerkung ook na de duur van zes maanden voortduurt voor de koper die binnen de zes maanden termijn een vordering tot levering heeft ingesteld.

De rechter-commissaris zal zijn toestemming moeten geven (en niet mogen weigeren) indien tijdens de afkoelingsperiode bedoeld in art. 63a Fw moet worden geleverd door de curator.

9.8.4 Ten aanzien van de 5% regeling

Het begrip ‘tekortkoming’ dient in de praktijk (door onder meer rechters en arbiters) ruim uitgelegd te worden, zodat de bevoegdheid tot inhouding niet beperkt wordt tot bouwkundige tekortkomingen en gebreken.

De KNB dient haar leden te informeren wanneer en op welke wijze de notaris de gelden die in depot staan in de macht van de aannemer dient te brengen:

De in depot gehouden gelden dienen in de macht van de aannemer te worden gebracht op het moment dat de opdrachtgever daar toestemming voor heeft gegeven, of indien bij een uitspraak die partijen bindt uitdrukkelijk is beslist dat het in depot houden niet langer gerechtvaardigd is, of indien de aannemer vervangende zekerheid heeft gesteld.

De KNB dient haar leden te informeren over de rol van de notaris nadat er depotgelden op zijn derden-geldenrekening zijn gestort.

Nader onderzocht moet worden of er mogelijkheden zijn om aan een rechter of arbiter de bevoegdheid toe te kennen om een uitspraak te doen over de gelden in depot in een geschil over gebreken na de oplevering wanneer niet uitdrukkelijk om een uitspraak daaromtrent is gevraagd.

In koop-/aannemingsovereenkomsten dient standaard te worden opgenomen dat, indien de opdrachtgever na de onderhoudstermijn besluit om van zijn opschortingsrecht van artikel 6:262 BW gebruik te maken, hij specificeert welk bedrag hij voor welke tekortkoming in depot houdt.

De opdrachtgever moet op de hoogte worden gebracht van het feit dat eventueel in depot gehouden bedrag in verhouding moet zijn met de tekortkoming. De zorgplicht van de notaris strekt zover dat deze de

opdrachtgever hier op dient te wijzen, alsmede op de mogelijke plicht tot schadevergoeding indien een disproportioneel hoog bedrag in depot wordt gehouden. De zorgplicht strekt niet zover dat hij moet beslissen over de hoogte van de in depot te houden gelden.

Bij discussie over de daadwerkelijke kosten van herstel van een bouwkundige tekortkoming of gebrek kunnen meerdere offertes worden aangevraagd via een van te voren vastgelegde procedure. Dit kan worden vastgelegd in algemene voorwaarden bij standaard koop- en aannemingsovereenkomsten.

De aannemer heeft de mogelijkheid om schadevergoeding te vorderen wegens onterecht in depot houden van gelden, maar dit is nog geen algemeen gebruik.

Het is wenselijk dat er gelden in depot gehouden kunnen worden voor een gebrek aan gemeenschappelijke gedeeltes van een appartementencomplex. Uitwerking hiervan kent een aantal haken en ogen (zoals het ingaan van de onderhoudstermijn, het door iedere eigenaar in te houden bedrag en vaststelling van de schade) die aandacht behoeven. Uitbreiding van de wet op dit punt is wenselijk.

De notaris die de gelden in depot houdt, houdt deze voor de opdrachtgever en de aannemer gezamenlijk. Beide partijen hebben een voorwaardelijke vordering.

Partijen dienen afspraken te maken omtrent het depotbedrag en de rente die over het bedrag vergoed wordt.

Bij faillissement van de aannemer heeft de curator een voorwaardelijke vordering in de faillissementsboedel. Hij zal pas over de gelden kunnen beschikken wanneer aan de opschortende voorwaarde is voldaan.

Het stellen van een bankgarantie als vervangende zekerheid ondermijnt de effectiviteit van de 5%-regeling niet.

9.8.5 Ten aanzien van de positie van de notaris

Invoering van de twee-wegenleer is ongewenst.

Verplichte inschakeling van de notaris bij de totstandkoming van de koopovereenkomst, zeker als hier particulieren bij betrokken zijn, is wenselijk, maar niet noodzakelijk.

9.8.6 Ten aanzien van vastgoedfraude

In kaart moet worden gebracht wie welke verantwoordelijkheid heeft ten aanzien van vastgoedfraude.

Vastgoedfraude kan alleen worden bestreden indien alle schakels hun verantwoordelijkheid nemen.

Een systeem van beëdiging van makelaars en taxateurs, gekoppeld aan een onafhankelijk tuchtrecht, dient te worden (her)ingesteld.

Nader onderzocht moet worden of het mogelijk is om hypotheekhouders inzicht te geven in verschillende gegevens zoals gegevens van de Belastingdienst, het GBA en het NHG.

Nader onderzocht moet worden hoe de veilingverkoop toegankelijker gemaakt kan worden voor particulieren.

Door de (verplichte) recherches en controles die de notaris uitvoert kan (verplichte) inschakeling van de notaris bij het totstandkomen van de koopakte bijdragen aan bestrijding van vastgoedfraude.

SAMENVATTING

1 Inleiding

1.1 *Vraagstelling*

In dit rapport staat de evaluatie van de op 1 september 2003 in werking getreden Wet koop onroerende zaken centraal. De aanleiding voor het onderzoek was de toezegging van de Minister van Justitie aan de Tweede Kamer dat de wet vijf jaar na de inwerkingtreding zou worden geëvalueerd. De kernvraag van het onderzoek luidt:

In hoeverre voldoet de werking van de Wet koop onroerende zaken in de praktijk aan de doelstelling van de wet, in bijzonder gelet op de in de literatuur, rechtspraak en praktijk gesignaleerde knelpunten en welke aanpassingen zijn wenselijk?

De evaluatie heeft plaatsgevonden aan de hand van de volgende te onderscheiden deelvragen:

1. Is er reden tot uitbreiding van het vormvereiste van een schriftelijke koopovereenkomst, door deze ook verplicht te stellen als de koop betrekking heeft op zakelijk onroerend goed en de koper de aankoop doet in uitoefening van een beroep of bedrijf?
2. Is de bescherming die de wetgever de consumentkoper van een woning heeft gegeven met de in artikel 7:2 BW bedoelde bedenktijd van drie dagen en de in artikel 7:3 BW bedoelde mogelijkheid van inschrijving van de koopovereenkomst in de openbare registers, afdoende gebleken?
3. Heeft de 5%-regeling van artikel 7:768 BW de daarmee beoogde versterking van de positie van de consumentkoper van een nieuwbouwwoning bewerkstelligd?
4. Is er reden of noodzaak deze bedenktijd te vervangen of de bescherming uit te breiden door verplichte notariële tussenkomst in de obligatoire fase van de koopovereenkomst?

Op het moment van uitvoering van het onderzoek stond de vastgoedfraude in de (politieke) belangstelling. In aanvulling op de kernvraag is gekeken in hoeverre binnen dit onderzoek aanknopingspunten konden worden gevonden voor de bestrijding van vastgoedfraude. In verband hiermee is met name gekeken naar de rol van de notaris en andere betrokken spelers, zoals makelaars.

1.2 *Aanpak*

Om de voorliggende vragen te beantwoorden is de parlementaire geschiedenis, de doctrine en de jurisprudentie met betrekking tot de Wet koop onroerende zaken onderzocht. Empirische informatie is verkregen door middel van interviews met vertegenwoordigers van belangenorganisaties, waarin de verschillende betrokken marktpartijen vertegenwoordigd zijn. Ook zijn data verzameld met behulp van elektronische enquêtes uitgezet bij kopers, verkopers, notarissen en makelaars.

1.3 *Resultaten*

Uit het onderzoek is gebleken dat op verschillende punten problemen zijn gerezen die nadere aandacht behoeven. Op enkele punten zijn suggesties voor verbeteringen gedaan.

Het uitgangspunt van Wet koop onroerende zaken vormde de wens om de consument bij de aankoop van een woning beter te beschermen. Daarmee is de kernvraag die ten grondslag ligt aan de wet, hoe deze bescherming het best kan worden gerealiseerd. Destijds is uiteindelijk gekozen voor een bedenktijd van drie dagen, waarin de consument de gelegenheid zou hebben om deskundigen in te schakelen. Uit zowel literatuur als interviews en afgenomen enquêtes komt evenwel naar voren dat dit doel met de bedenktijd niet wordt bereikt. Waar beoogd wordt de consument te beschermen tegen ongeïnformeerde beslissingen waarvan de gevolgen niet goed worden overzien, biedt verplichte inschakeling van de notaris in de obligatoire fase een betere bescherming. Dit blijkt vooral uit literatuuronderzoek. Wel biedt de bedenktijd

enige bescherming tegen impulsiviteit van kopers. Daar staat echter tegenover dat de bedenktijd voor verkopers veel onzekerheid en onrust met zich brengt. Bovendien wordt de bescherming tegen impulsiviteit al gerealiseerd door de invoering van het wettelijk vormvereiste.

1.4 *Beantwoording deelvragen*

1. Er is reden tot uitbreiding van het vormvereiste. Ten eerste zou het van toepassing moeten zijn zodra er een particulier bij een overeenkomst betrokken is (ongeacht of dit de verkoper of de koper is en ongeacht de aard van het object). Maar er is ook reden om het uit te breiden naar alle overeenkomsten, dus inclusief zakelijk onroerend goed en zakelijke kopers. Dit voorkomt afbakingsproblemen, voorkomt een ongelijke positie tussen particuliere en zakelijke kopers, dient de rechtszekerheid van de betrokken partijen alsook de rechtszekerheid in het algemeen.

2. Met het oog op de doelstelling om de particuliere koper de gelegenheid te geven om na het sluiten van de koop een deskundige in te schakelen is de bescherming van de bedenktijd niet afdoende. Wel kan de bedenktijd enige bescherming bieden tegen impulsiviteit, maar aan de bescherming die het vormvereiste op dit punt biedt, voegt de bedenktijd weinig toe.

De Vormmerking versterkt in beginsel het recht van de koper op daadwerkelijke nakoming, maar de regeling kent een groot aantal onduidelijkheden en enkele neveneffecten, zoals een (te) vergaande doorbreking van de *partitas creditorum*.

3. De 5% regeling biedt een goede basis voor de bescherming van de particuliere opdrachtgever, maar kent een groot aantal onduidelijkheden in de uitvoering.

4. Er is reden om de bedenktijd te vervangen door verplichte notariële tussenkomst in de obligatoire fase.

5. Aanknopingspunten voor het bestrijden van vastgoedfraude kunnen worden gevonden bij de verschillende actoren die bij de koop van een woning betrokken zijn: o.a. makelaars, taxateurs, hypotheekverstrekkers en notarissen. De actoren dienen te worden voorzien van de instrumenten die hen in staat stellen hun verantwoordelijkheid op dit gebied te nemen. Verder kan de veilingprocedure worden herzien.

Hieronder volgen de belangrijkste bevindingen, uiteengezet per onderzocht onderdeel: het vormvoorschrift, de bedenktijd, de Vormmerkung, de 5%-regeling, de positie van de notaris, en vastgoedfraude.

2 **Het vormvoorschrift**

2.1 *Algemene bevindingen*

Uit interviews en enquêtes is naar voren gekomen dat de invoering van het vormvoorschrift van artikel 7:2 BW door alle betrokken partijen als positief wordt ervaren. Ook in de doctrine is de eis van schriftelijkheid met instemming ontvangen.

De koop van een woning is een complexe en ingrijpende overeenkomst, waarbij het lastig is om de verplichtingen die worden aangegaan te overzien. Vastleggen in een schriftelijk stuk betekent duidelijkheid met betrekking tot de inhoud en (bij een strikte benadering) het moment van totstandkomen van de overeenkomst. Niet alleen kopers en verkopers, maar ook het rechtsverkeer in het algemeen hebben baat bij duidelijkheid omtrent de juridische status met betrekking tot onroerende zaken, welke duidelijkheid wordt gediend met het stellen van een schriftelijkheidsvereiste aan de koop.

Praktisch gezien heeft het schriftelijkheidsvereiste tot gevolg dat zowel koper als verkoper in de fase voordat de overeenkomst op schrift is gesteld, meer tijd hebben om zich op de transactie te beraden. De

schriftelijke vorm heeft ook tot gevolg dat partijen beter inzicht krijgen in de aspecten die bij de koop van belang zijn, met name door het gebruik van modelcontracten waarin de relevante bedingen zijn opgenomen. Daar staat tegenover dat partijen zich aan gemaakte mondelinge afspraken kunnen onttrekken zolang deze niet op schrift staan.

Het vormvereiste is derhalve doeltreffend gebleken. Wel zijn verschillende vraagpunten gerezen bij de toepassing en sanctionering van het vereiste, namelijk:

- Wat is de status van mondelinge afspraken als de akte niet tot stand komt?
- Wat is de consequentie van wijzigingen of aanvullingen nadat de akte tot stand is gekomen?
- Hoe kan de kwaliteit van de akte worden gewaarborgd?
- Moet elektronisch contracteren tot de mogelijkheden behoren?
- Hoe moet de reikwijdte, gezien de onduidelijke terminologie van artikel 7:2 BW, worden afgebakend?
- Hoe moet worden omgegaan met inconsistenties in de terminologie van artikel 7:2 BW?

2.2 *De status van mondelinge afspraken*

Ten aanzien van de status van mondelinge afspraken heeft thans de nietigheid de meeste steun, welke kan worden gevonden in de parlementaire geschiedenis, de literatuur en de meest recente en hogere rechtspraak. De strikte benadering, dat wil zeggen geen gebondenheid aan mondelinge afspraken en geen mogelijkheid om op basis daarvan medewerking af te dwingen aan het opstellen van de akte, dient met name de rechtszekerheid. Nadeel van deze benadering is dat partijen zich kunnen onttrekken aan mondelinge afspraken.

Volgens de niet-strikte benadering zou het mogelijk kunnen zijn dat ondanks de nietigheid toch sprake is van gebondenheid aan de mondelinge afspraken, doordat men de verkoper kan dwingen tot meewerken aan het opstellen van de akte. Nadeel hiervan is dat de onduidelijkheid over het moment van de totstandkoming van de wilsovereenstemming, en de inhoud daarvan, blijven bestaan. De grondslag zou de leer van de precontractuele redelijkheid en billijkheid kunnen zijn. Deze leer leent zich evenwel niet voor het aannemen van gebondenheid in deze context.

Indien het wenselijk wordt geacht dat men de verkoper moet kunnen houden aan de mondeling gemaakte afspraken, is het geboden om in de wet op te nemen dat als sanctie op het niet voldoen aan het vormvereiste de koper de mogelijkheid heeft de (mondelinge) overeenkomst te vernietigen. Dit is evenwel niet de benadering die door het onderzoeksteam wordt voorgestaan.

Indien de mondelinge afspraken niet tot gebondenheid leiden, kan het leerstuk van de precontractuele redelijkheid en billijkheid worden toegepast in situaties waar in de fase vóórdat de akte (en daarmee de koopovereenkomst) tot stand is gekomen, in strijd met de eisen van de redelijkheid en billijkheid wordt gehandeld. Met toepassing van de norm zoals neergelegd in de jurisprudentie, kan dan schadevergoeding of, indien nog zinvol, een verplichting tot dooronderhandelen worden gevorderd. Indien het bestaan van mondelinge overeenstemming kan worden aangetoond is dit een factor bij de beoordeling of een dergelijke vordering zal moeten worden toegekend. Voor een vordering die verplicht tot meewerken aan het opstellen van de akte, lijkt op basis van dit leerstuk geen ruimte, mede (of vooral) gezien de strenge en terughoudende norm die binnen dit leerstuk gehanteerd wordt. Iets anders geldt wellicht onder zeer uitzonderlijke omstandigheden als opzettelijke misleiding of misbruik van omstandigheden, maar ook in die gevallen kan een oplossing worden gevonden in het toekennen van schadevergoeding.

2.3 *Wijzigingen, aanvullingen en de kwaliteit van de akte*

Het bij wet stellen van minimumvereisten aan de inhoud van de akte kan bijdragen aan de oplossing van de gesignaleerde problemen met betrekking tot de status van bijkomende afspraken en wijzigingen nadat de akte tot stand is gekomen en draagt bij aan het waarborgen van de kwaliteit van de akte. Bij wijzigingen

en aanvullingen kan het onduidelijk zijn wat de status is van de oorspronkelijke akte. Daarnaast rijst de vraag of alle wijzigingen en aanvullingen ook weer schriftelijk moeten worden vastgelegd en of dan een nieuwe bedenktijd zou moeten gaan lopen. Wijzigingen en aanvullingen die betrekking hebben op de minimumvereisten, hebben betrekking op de kern van de overeenkomst en daarmee gevolgen voor de geldigheid van de oorspronkelijke akte. Dergelijke wijzigingen dienen om die reden schriftelijk te worden vastgelegd en vervangen dan de oorspronkelijke afspraken. Het onderzoeksteam acht het niet wenselijk om ten aanzien van hetzelfde object en dezelfde koper meerdere malen een bedenktijd te laten gelden.

2.4 *Elektronisch contracteren*

De mogelijkheid van het sluiten van een koopovereenkomst met betrekking tot een woning via elektronische weg hoeft op zich niet te worden uitgesloten. De bezwaren tegen de elektronische verkoop van woningen hebben namelijk niet zozeer betrekking op de invulling van het in het artikel 7:2 BW neergelegd vormvoorschrift via elektronische weg; ze hebben daarentegen betrekking op het gebrek aan extra waarborgen naast de thans door de Wet koop onroerende zaken geboden waarborgen van schriftelijkheid, bedenktijd en mogelijkheid tot inschrijving.

Ten opzichte van de huidige regeling en het daarin opgenomen beschermingsniveau misstaat elektronisch contracteren niet. Het doet immers, indien goed en met de nodige wettelijke waarborgen ingekleed, geen afbreuk aan de huidige bescherming.

2.5 *Afbakening van de reikwijdte en inconsistente terminologie*

Het strekt tot de aanbeveling om de in deze evaluatie gesignaleerde onduidelijkheden en inconsistenties met betrekking tot de terminologie en de reikwijdte te verhelpen door aanpassing van de tekst van artikel 7:2 BW. Met name zal er door de wetgever voor gekozen kunnen worden om woonboten en woonwagens expliciet binnen de reikwijdte van de bepaling te laten vallen. Verder kan er voor gekozen worden om voor de afgrenzing van de bescherming niet aan te knopen bij zowel de hoedanigheid van de koper als de status van het object. Door het vormvereiste te laten gelden zodra er een particulier bij de transactie is betrokken (ongeacht of dit de koper of de verkoper is), wordt een meer evenwichtige regeling bereikt. De bescherming die wordt geboden met het vormvereiste in combinatie met een strikte benadering, is evenwichtiger omdat het de zwakke partij beschermt, ongeacht of dit de koper of de verkoper is. De wet is hiermee minder conjunctuurgevoelig.

Ook is er aanleiding om het vereiste uit te breiden naar alle overeenkomsten met betrekking tot onroerend goed (dat wil zeggen ook met betrekking tot zakelijk objecten en gesloten door zakelijke kopers). Daarmee worden de gesignaleerde afgrenzingsproblemen ondervangen. Bovendien voorkomt het dat de consument in verhouding tot de zakelijk koper in een slechtere positie verkeert ten aanzien van het moment van totstandkomen van de overeenkomst, waarmee ook de (ongewenste) ongerijmdheid als gevolg van artikel 3:298 BW wordt opgelost. Ook in het zakelijke verkeer bestaat behoefte aan duidelijkheid omtrent het moment van totstandkomen van de overeenkomst en de inhoud daarvan. Verder geldt dat het in het maatschappelijk belang is dat zekerheid bestaat omtrent de status van onroerende zaken.

3 **De bedenktijd**

3.1 *Algemene bevindingen*

Kijkend naar de doelstellingen van de bedenktijd kan geconcludeerd worden dat de bedenktijd weinig doelmatig is. De voornaamste reden van de minister voor het invoeren van de bedenktijd was het kunnen inschakelen van een deskundige (zie *Kamerstukken II*, 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 4). Zowel in de literatuur als door respondenten van de enquêtes is opgemerkt dat de bedenktijd te kort is om daadwerkelijk binnen de bedenktijd een deskundige in te kunnen schakelen, de rapportage af te wachten en een (liefst schriftelijke) ontbindingsverklaring naar de verkoper te sturen. Uit enquêtes blijkt evenwel ook dat respondenten van mening zijn dat de lengte van de bedenktijd afdoende is als men zich vóór het sluiten

van de koop goed laat voorlichten. Gesignaleerd is verder dat het vormvereiste hiervoor al de nodige ruimte biedt, zodat de lengte van de bedenktijd op zich voldoende is, maar ook gemist kan worden.

De bedenktijd vervult wel een functie bij het tegengaan van een overhaaste koopbeslissing. Het gevaar van een overhaaste koopbeslissing wordt echter ook voor een groot deel al weggenomen door het vormvoorschrift. Vanwege het feit dat de koper moet wachten totdat er een schriftelijke koopovereenkomst is opgesteld, blijkt de koper in de praktijk in de meeste gevallen enkele dagen bedenktijd te hebben voor het daadwerkelijk tot stand komen van de koopovereenkomst. Zo bezien biedt een deugdelijk opgestelde standaard koopakte met minimuminhoud waarop de koper zich voor de ondertekening kan bezinnen een zekere waarborg, waaraan de bedenktijd weinig toe kan voegen. Dit dient een meerledige functie, het heeft een waarschuwend effect, het voorkomt het wegcontracteren van essentiële bepalingen en er wordt een zo evenwichtig mogelijke verhouding tussen koper en verkoper bereikt. Ook hierbij past een nuancering: in gevallen waar de koper een standaardakte onder zijn neus gedrukt krijgt met het verzoek direct te tekenen kan de bedenktijd nog wel een aanvullende bescherming bieden.

De bedenktijd is een zeer conjunctuurgevoelige en eenzijdige maatregel. Het biedt een eenzijdige bescherming doordat enkel de koper beschermd is. Het doet geen recht aan de (zeer wel mogelijke) situatie waar de verkoper zich in een zwakke positie bevindt. Indien sprake is van een sterke verkopersmarkt, rechtvaardigt de zwakke positie van de koper deze bescherming. In een kopersmarkt komt die rechtvaardiging echter te vervallen, terwijl de onrust voor en de onzekerheid van de verkoper wel blijven bestaan.

3.2 Ervaringen in de praktijk

Op de vraag welke problemen zich bij de toepassing van de bedenktijd hebben voorgedaan kan worden geantwoord dat er niet veel problemen naar voren zijn gekomen. Uit interviews en enquêtes komt niet naar voren dat sprake zou zijn van misbruik of lichtzinnige beslissingen door kopers. Rechtspraak over de bedenktijd is zeer summier en ziet voornamelijk op de ter hand stelling. Uit enquêtes komt naar voren dat de problemen die zich voordoen vooral op het emotionele vlak liggen. Het beeld dat uit het empirisch onderzoek naar voren komt is dat er geen grote problemen zijn, maar veel positieve geluiden zijn er evenmin. Bovendien zijn de voordelen die in interviews naar voren komen te relateren aan het vormvereiste en niet aan de bedenktijd (dat wil zeggen: duidelijkheid over het moment van totstandkomen van de overeenkomst, verbetering van de kwaliteit van de akte, duidelijkheid over de consequenties van de koop en groter bewustzijn bij de koper waardoor de bedenktijd niet gebruikt hoeft te worden).

3.3 Aanbevelingen

De invoering van de bedenktijd heeft niet geleid tot een volledige verwezenlijking van de doelstellingen die aan de bedenktijd ten grondslag lagen. Aangezien deze doelstellingen wel met andere middelen behaald kunnen worden, zou overwogen kunnen worden om de bedenktijd te schrappen.

Indien de bedenktijd in stand wordt gehouden beveelt het onderzoeksteam aan om de uitzonderingen in 7:2 lid 5 BW, waaronder de uitzondering voor de openbare veiling, in stand te houden. Toepassen van de bedenktijd bij een openbare veiling brengt aanzienlijke praktische problemen met zich, terwijl het niet tot het beoogde doel leidt. Er zou volgens het onderzoeksteam zelfs een extra uitzondering moeten worden gemaakt voor de onderhandse verkoop als bedoeld in artikel 3:268 BW. Deze onderhandse verkoop ligt dicht tegen een openbare veiling aan, waardoor de redenen om de bedenktijd niet van toepassing te verklaren op een openbare veiling ook van toepassing zijn op een onderhandse verkoop.

Verlenging van de bedenktijd is niet aan te bevelen, vanwege de ongerechtvaardigde langere onzekerheid die dit voor de verkoper meebrengt. De gewenste bescherming is verder te bereiken door gebruik te maken van een ontbindende voorwaarde in de koopovereenkomst met betrekking tot de uitkomst van een deskundigenonderzoek.

Het onderzoeksteam acht het niet wenselijk om ten aanzien van hetzelfde object en dezelfde koper meerdere malen een bedenktijd te laten gelden, bijvoorbeeld als gevolg van aanvullingen of wijzigingen van de akte. Afstand van de bedenktijd zou mogelijk moeten zijn indien de levering binnen de bedenktijd plaatsvindt, de benodigde bescherming wordt in dat geval geboden door de betrokkenheid van de notaris bij de levering. Deze punten zouden in de wettekst geëxpliciteerd kunnen worden.

Het is de verantwoordelijkheid van de verkoper (of diens makelaar) om de koper op de bedenktijd te wijzen en zorg te dragen voor de ter hand stelling van de akte om het ingaan van de bedenktijd te markeren.

4 Artikel 7:3 BW, de Vormerkung

4.1 *Algemene bevindingen*

De regeling van de Vormerkung is technisch van aard en geeft aanleiding tot veel vragen. De vragen zijn met name in de literatuur opgeworpen en zijn van juridisch technische aard. De regeling inzake de Vormerkung heeft grote gevolgen, met name doorbreking van de paritas creditorum.

4.2 *Ervaringen in de praktijk*

Vanuit de praktijk zijn niet veel problemen gemeld. Uit de enquêtes komt wel naar voren dat daadwerkelijk van de mogelijkheid tot inschrijving gebruik wordt gemaakt, maar niet blijkt of de door de regeling geboden bescherming ook veel is ingeroepen. Voorts blijkt uit de enquêtes dat het bestaan van de regeling niet algemeen bekend is onder kopers en verkopers.

4.3 *Vraagpunten*

De vragen die in verband met de Vormerkung zijn gerezen zijn:

- Wat moet worden ingeschreven?
- Kan inschrijving uitgesteld worden tot na de uitwerking van ontbindende voorwaarden?
- Is inschrijving mogelijk indien het recht op levering uit een andere grondslag dan een koopovereenkomst voortvloeit?
- Kan de koop van een nog te formeren appartementsrecht worden ingeschreven?
- Kan de koop via een executieveiling worden ingeschreven?
- Welke feiten en rechtshandelingen kunnen niet tegen de koper worden ingeroepen en door wie?
- Hoe verhoudt de bescherming zich met een overbruggingshypotheek?
- Beschermt de inschrijving tegen latere splitsing en vervreemding van een appartementsrecht?
- Is cessie van ingeschreven rechten van levering mogelijk?
- Wat als bij een dubbele verkoop de tweede levering wordt ingeschreven terwijl het oudere recht op levering zou moeten voorgaan?
- Biedt de inschrijving bescherming tegen beslag op (toekomstige) huurpenningen?
- Wie moet leveren in geval van surseance van betaling of faillissement van de verkoper?
- Moet de curator meewerken aan de levering indien de koopsom de hypothecaire schuld niet dekt?
- Wat als door aangespannen procedures de zes maanden termijn dreigt te verlopen?
- Geldt de afkoelingsperiode van art. 63a Fw ook voor de koper die de koop heeft laten inschrijven?
- Wat is nog de rol van de notaris, nu op het moment van inschrijving door de notaris de koop al tot stand is gekomen?

De belangrijkste vraagpunten liggen op het terrein van beslag; zoals blijkt uit beschikbare jurisprudentie is hier in de praktijk ook daadwerkelijk over geprocedureerd:

- Is de ongelijkheid die ontstaat tussen beslagleggers vóór en na de inschrijving gerechtvaardigd?
- Zou conversie van het beslag in een beslag op de koopsom mogelijk moeten zijn?

- Kan beslag worden gelegd op de koopprijs onder de koper?

4.4 *Aanbevelingen*

Naar het oordeel van het onderzoeksteam dient bij het oplossen van genoemde onduidelijkheden steeds de ratio van de bepaling in het oog te worden gehouden, te weten waarborging van het recht op daadwerkelijke nakoming van de koper. Hoewel de wetgever heeft onderkend dat dit een bepaalde mate van doorbreking van de *paritas creditorum* tot gevolg kan hebben, kan dit naar het oordeel van het onderzoeksteam niet zo ver gaan dat bijvoorbeeld verschil ontstaat tussen beslagleggers die vóór dan wel na de Vormerkung beslag hebben gelegd, of dat de verkoper voordeel ondervindt van de Vormerkung.

De terminologie van artikel 7:3 BW alsmede de situaties waartegen de koper wordt beschermd, hebben veel gemeen met de Faillissementswet, reden dat het Voorontwerp Insolventiewet uitdrukkelijk aandacht zal moeten besteden aan de levering in combinatie met de Vormerkung.

Daarnaast is van belang dat Vormerkung een groot aantal andere doelen kan dienen dan slechts het beschermen van het recht van de koper op daadwerkelijk nakoming. In dit kader kan worden gedacht aan markttransparantie, fraudebestrijding en een snellere uitbetaling van gelden na levering. Het verdient aanbeveling dat de wetgever ook deze elementen in ogenschouw neemt.

De regeling van de Vormerkung heeft in die zin haar doel bereikt dat het recht van de koper op daadwerkelijke nakoming is versterkt. De regeling kent evenwel een aantal ongewenste neveneffecten, zoals een (te) vergaande doorbreking van de *paritas creditorum*, en mogelijk vormen van bevoordeling die niet met de regeling beoogd zijn. Om de regeling ten volle haar werking te verlenen zal per geconstateerde onduidelijkheid of 'bijwerking' gekeken moeten worden in hoeverre de wet aanpassing verdient dan wel of een bepaalde handelwijze gevolgd moet worden.

5 **De 5% regeling**

5.1 *Algemene bevindingen*

De bedoeling van artikel 7:768 BW is om de positie van de particuliere opdrachtgever te versterken. De opdrachtgever heeft als gevolg van deze regeling een pressiemiddel jegens de aannemer voor de nakoming van tekortkomingen. Het is het onderzoeksteam uit interviews met bouwondernemers evenwel niet gebleken dat dit pressiemiddel heeft geleid tot een sneller herstel van gebleken bouwkundige en technische gebreken. Wel is duidelijk geworden dat de aannemers meer dan eens de onderhoudstermijn van drie maanden afwachten, alvorens tot herstel over te gaan. Een tweede beschermingselement is de mogelijkheid dat de gelden, die in depot worden gehouden, aan de opdrachtgever toekomen op het moment dat nakoming blijvend onmogelijk is.

Uit de interviews en uit een groot aantal arbitrage zaken met betrekking tot deze regeling blijkt dat de regeling een aantal uitvoeringsproblemen kent. Dat heeft tot gevolg dat het doel van het artikel, de versterking van de positie van de particuliere opdrachtgever, nog niet volledig is bereikt. Door alle uitvoeringsvraagstukken zal de opdrachtgever vaak in onzekerheid verkeren, wat zijn positie niet ten goede komt.

De effectiviteit van de 5% regeling wordt niet ondermijnd door de mogelijkheid van het stellen van een bankgarantie. Ook de bankgarantie levert beperkingen voor de aannemer op, waardoor het idee van het pressiemiddel aanwezig blijft. Bovendien heeft de opdrachtgever iets om op terug te vallen indien nakoming door de aannemer blijvend onmogelijk is.

De slottermijn van 5% van de aanneemsom lijkt voldoende hoog om de aannemer tot herstel te dwingen. Een hogere slottermijn zal bovendien hoogstwaarschijnlijk leiden tot een hogere aanneemsom. De slottermijn van 5% heeft echter niet tot gevolg dat de aannemer sneller overgaat tot herstel. Dit heeft voor-

namelijk te maken met het feit dat er gedurende de onderhoudstermijn van drie maanden meerdere tekortkomingen aan het licht kunnen komen.

5.2 *Gerezen problemen*

Uit het grote aantal arbitrage zaken en de interviews blijkt dat de volgende problemen zijn gerezen:

- onduidelijkheid over wat er onder de tekortkoming in de nakoming mag worden verstaan;
- onduidelijkheid over de procedure bij uitbetaling en de rol van de notaris daarin;
- onduidelijkheid en inefficiëntie waar voor verschillende tekortkomingen verschillende arbitrageprocedures of rechtszaken moeten worden gestart;
- meer dan incidenteel komt het voor dat de opdrachtgever een buitenproportioneel bedrag in depot houdt bij gebleken gebreken;
- de werking van de regeling bij gebreken aan gemeenschappelijke gedeelten van een appartementencomplex;
- onduidelijkheid over de vraag voor wie de notaris de gelden in depot houdt (onder andere van belang voor de renteopbrengsten en gevallen van faillissement);

5.3 *Aanbeveling*

De 5% regeling biedt een goede basis voor de bescherming van de particuliere opdrachtgever. In de uitvoering van de regeling zitten echter nog een aantal onvolkomenheden. Op grond van het bovenstaande adviseert het onderzoeksteam de uitwerking van de 5% regeling nogmaals grondig te bekijken en te optimaliseren.

6 **De positie van de notaris**

6.1 *Algemene bevindingen*

Bij de vraag of er reden of noodzaak is verplicht de notaris in te schakelen in de obligatoire fase van de koopovereenkomst, spelen enkele factoren een rol. Ten eerste de wettelijke onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de notaris. Ten tweede de specifieke juridische deskundigheid die de notaris op het gebied van de koop bezit. Evenals in Amsterdam het geval is zal de rol van de makelaar kunnen blijven bestaan in het bij elkaar brengen van partijen en het onderzoek doen naar de feitelijke en bouwkundige toestand van het pand. Als laatste het feit dat de notaris bij het passeren van de leveringsakte sowieso in beeld komt. Betrokkenheid in de obligatoire fase betekent dat het onderzoek dat de notaris nu bij de levering doet eerder plaats zal vinden. Zaken die bij de recherche naar voren komen kunnen dan nog in de koopovereenkomst worden meegenomen. De notaris kan de partijen adviseren over de redactie van de afspraken en ‘reparatiewerk’ in de leveringsakte kan worden voorkomen. Op grond van deze factoren is volgens het onderzoeksteam notariële interventie wenselijk, maar niet noodzakelijk.

6.2 *Ervaringen in de praktijk*

De praktijk in Amsterdam wordt, zo blijkt uit de enquêtes, zowel door makelaars als notarissen als positief ervaren, terwijl ook de politiek zich meermaals positief over de Amsterdamse praktijk heeft uitgelaten. De betrokkenheid van de notaris bij het totstandkomen van de overeenkomst voorkomt volgens respondenten dat belangrijke zaken over het hoofd worden gezien en dat onvolledige of onjuiste informatie in de koopovereenkomst wordt opgenomen. Genoemd zijn verder de onpartijdige positie van de notaris en de inbreng van zijn expertise in een fase dat dit zinvol is (dat wil zeggen op het moment dat de verbintenissen worden aangegaan). Wel betekent de betrokkenheid van de notaris dat het hele proces van totstandkoming van de koop langer duurt, het vergt extra communicatie en meer partijen die bij elkaar gebracht moeten worden.

De twee-wegenleer, die in de totstandkomingsgeschiedenis op weinig bijval kon rekenen, lijkt niet de aangewezen weg.

6.3 *Bevindingen ten aanzien van de tarieven*

Op basis van de enquêtes en offerteaanvragen komt geen eenduidig beeld naar voren ten aanzien van de verwachting of de tarieven zullen stijgen. Binnen Amsterdam heeft zich een dusdanige praktijk ontwikkeld dat stijging niet aan de orde zal zijn. Buiten Amsterdam is dat niet het geval. Gezien de tariefdaling die zich sinds het vrijgeven van de tarieven in 1999 in de vastgoedpraktijk heeft voorgedaan lijkt het onwaarschijnlijk dat het toekennen van extra werkzaamheden zonder tariefverhoging plaats kan vinden. Gezien de tariefdalingen in de afgelopen jaren en de extra waarborgen voor de koper die met notariële interventie zijn gemoeid, is het de vraag of tariefverhoging per definitie als problematisch aan te merken valt.

7 **Vastgoedfraude**

7.1 *Algemene bevindingen*

Uit de beschouwing van de verschillende verschijningsvormen van vastgoedfraude en de initiatieven die reeds zijn ontwikkeld in reactie daarop, komt naar voren dat de verschillende spelers in de vastgoedketen hun verantwoordelijkheid steeds meer nemen, maar ook dat soms instrumenten ontbreken. Zo mist ten aanzien van de makelaars en taxateurs bijvoorbeeld een instrument om daadwerkelijk op te treden nu de beëdiging is opgeheven. Het is van belang goed in kaart te brengen wie welke verantwoordelijkheid heeft en wie wat moet controleren.

7.2 *Aanbevelingen*

Volgens het onderzoeksteam zou het tot de aanbeveling strekken om de beëdiging weer terug te laten keren, gekoppeld aan een onafhankelijk tuchtrecht. Makelaars en taxateurs die worden veroordeeld tot ontzetting, zouden daarmee - in tegenstelling tot de huidige praktijk - vervolgens niet meer als taxateur of makelaar kunnen optreden. Daarnaast strekt het tot de aanbeveling om ook de taxateur onder de Wwft te laten vallen.

Hypotheekhouders zouden meer controles kunnen uitvoeren, zoals het controleren van de werkgeversverklaringen of het doen van onderzoek in openbare registers. Het zou bijvoorbeeld mogelijk gemaakt kunnen worden om gegevens te vergelijken met gegevens van de Belastingdienst, de GBA, NHG, UWV en gegevens ten aanzien van de WOZ-waarde. Fraude zou dan mogelijk in een eerder stadium geconstateerd kunnen worden en een hypotheekaanvraag zou door de hypotheekhouder geweigerd kunnen worden. Indien men wil dat de hypotheekhouders meer verantwoordelijkheid nemen, dan strekt het tot de aanbeveling om te onderzoeken of het mogelijk is dat de hypotheekhouders toegang krijgen tot deze gegevens.

Het is in dit kader van belang om de veilingprocedures aan te pakken. Op een veiling levert de onroerende zaak veel minder geld op. Een oorzaak hiervoor is gelegen in het feit dat de veiling geen particuliere kopers trekt, terwijl van particulieren juist wordt gezegd dat zij in het algemeen veel meer voor een pand over hebben dan een vastgoedhandelaar. Wil men dat er meer particulieren toetreden tot deze 'markt', dan moet er echter heel wat gebeuren. Zo is het van belang dat de particulier de woning van te voren kan zien en zou het probleem van de (illegale) verhuur moeten worden aangepakt.

7.3 *De rol van de notaris bij vastgoedfraude*

De notaris kan verschillende acties ondernemen om vastgoedfraude te beperken. Zo zou hij de identiteitsbewijzen standaard moeten controleren met behulp van het VIS-systeem en moeten controleren op echtheidskenmerken. Ook zou de notaris in het Kadaster standaard moeten zoeken op naam. Indien de notaris dit al in een eerder stadium (ten tijde van het totstandkomen van de koopakte) kan uitvoeren, zou het plegen van vastgoedfraude eerder aan het licht kunnen komen. Indien de notaris fraude constateert moet hij dienst weigeren.

SUMMARY

1 Introduction

1.1 Research question

This report addresses the evaluation of the Sale of Immovable Property Act, which came into force on 1 September 2003. The reason for conducting the evaluation was the promise by the Minister of Justice to the Members of Parliament that the Act would be evaluated 5 years after its entry into force. The key question of this research is the following:

To what extent does the Sale of Immovable Property Act in practice satisfy the goals of the Act, considering the difficulties that have been observed in the literature, case law and practice and what adjustments are advisable?

The evaluation has been conducted on the basis of the following sub-questions:

1. Is there any reason to extend the requirement of written form to sales regarding commercial property and buyers that operate for professional purposes?
2. Has the protection offered to the non-professional buyer of a house by article 7:2 of the Civil Code by means of a three-day cooling-off period and the possibility to register the sales agreement in the public registers proved sufficient?
3. Has the 5% rule of article 7:768 of the Civil Code achieved the intended enforcement of the position of the non-professional buyer of newly-built houses?
4. Is there any reason or necessity to replace or extend the cooling-off period with obligatory intervention by a notary when the parties enter into the sales agreement?

At the time that the research was conducted, fraud in real estate was a point of (political) concern. In addition to the key question, it was investigated in how far this research contains points of departure for the prevention of fraud in real estate. In relation to this, in particular the role of the notary was taken into consideration as well as other actors, such as estate agents.

1.2 Research plan

In order to answer the above questions, the parliamentary history, the doctrine and the case law regarding the Sale of Immovable Property Act were studied. Empirical data was gathered by means of interviews with representatives of interest groups representing various actors on the market. Additional data was gathered by means of electronic questionnaires sent to buyers, sellers, notaries and estate agents.

1.3 Results

The research shows that several problems which require attention have indeed arisen. Several suggestions for improvement have been made.

The point of departure for the Sale of Immovable Property Act was the desire to improve the protection of a consumer in the process of buying a home. As a result, the key question that lies at the heart of the law is how this protection should be achieved. At the time, a three-day cooling-off period was decided upon, thereby allowing the consumer to consult experts. The literature, as well as interviews and the results of questionnaires, show that this goal has not been achieved with the cooling-off period. With a view to protecting the consumer against uninformed decisions of which they cannot oversee the consequences, the obligatory intervention of a notary during the phase when the parties enter into the sales agreement offers better protection. This mainly follows from the literature. The cooling-off period does offer some relief for impulsive buyers. On the other hand, the cooling-off period results in a great

deal of anxiety and uncertainty on the part of the seller. Moreover, protection against impulsive decisions is already realised by the written form requirement.

1.4 *Answers to the sub-questions*

1. There is a sufficient reason to extend the application of the requirement of a written form. First, the written form requirement should be applicable as soon as a person not acting for professional persons is involved (regardless of whether this is the buyer or the seller, and regardless of the nature of the object). Secondly, there is also a sufficient reason to extend the requirement of written form to all sales agreements regarding immovable property, including business property and professional buyers. This would prevent problems relating to delimiting the scope of the Act and would also prevent an unequal position between the professional and the non-professional buyer; it also serves the legal certainty of the parties involved as well as legal certainty in general.

2. With a view to the goal of allowing a non-professional buyer to consult experts after the conclusion of the sales agreement, the protection offered by the cooling-off period is not sufficient. The cooling-off period does grant some protection against impulsive decisions by buyers, but considering the protection already offered by the requirement of a written form with regard to this point, the cooling-off period has little to add.

The *Vormerkung* in principle reinforces the right of the buyer to actual performance; however, the rule raises a number of questions and several side-effects, such as an (overly) far-reaching breach of the principle of *paritas creditorum*.

3. The 5% rule offers a good basis for the protection of a non-professional client, but its application raises a significant number of questions.

4. There is a sufficient reason to replace the cooling-off period with obligatory intervention by a notary during the phase when the parties enter into the agreement.

5. Points of departure for the prevention of fraud can be found concerning the various actors who are involved in the sale of a home: *inter alia* estate agents, assessors, mortgagees and notaries. All actors involved in the process should have the necessary instruments to allow them to fulfil their responsibility in this area. Adding to this, the auction procedure can be revised.

In the following, the main results regarding each investigated topic are presented: the requirement of a written form, the *Vormerkung*, the 5% rule, the position of the notary and fraud in the sale of real estate.

2 **The requirement of a written form**

2.1 *General findings*

Interviews and questionnaires show that the introduction of the requirement of a written form in article 7:2 of the Civil Code has been well received by all the parties involved. Doctrine has also approved of this requirement.

Buying a home is a complex and far-reaching agreement. It is difficult to oversee the obligations that one assumes. Laying down the agreement in writing means security with regard to the content and (when applying a strict approach) certainty with regard to the moment when the contract is concluded. Not merely the parties involved, but also society in general benefits from clarity with regard to the legal status of immovable property, which is served by the requirement for a sales contract to be in a written form.

From a practical point of view, as a result of this written form requirement, both the buyer and the seller have more time to consider the transaction before it is put down in written form. The written form also

means that the parties have a better insight into all of the relevant aspects of a sale, especially if model contracts are used as they specifically contain all the relevant clauses. On the other hand, it means that the parties can withdraw from oral agreements as long as these have not been laid down in writing.

The written form requirement has proved to be effective. However, several questions have arisen in its application:

- What is the status of oral agreements if the agreement is not laid down in writing?
- What are the consequences of changes or additions to the contract after it was laid down in writing?
- How can the quality of the written agreement be safeguarded?
- Should electronic contracting be possible?
- How should the scope of application be determined, with a view to the unclear terminology in article 7:2 of the Civil Code?
- How should the inconsistencies in the terminology be dealt with?

2.2 *The status of oral agreements*

With regard to the status of oral agreements, the nullity of the contract has attracted the most support, which can be found in the parliamentary history, the literature, and most recent in the highest case law. The strict approach: that is no contract based on oral agreements and no possibility to oblige the other party to cooperate in laying down the agreement in a written form, mainly serves the purpose of legal certainty. A disadvantage of this approach is that parties can withdraw from oral agreements.

According to the non-strict approach, it should be possible to hold parties to oral agreements by means of obliging the seller to cooperate in the establishment of the written agreement. A disadvantage of this approach is that it leaves uncertainty as to the moment when the agreement is reached, as well as the contents thereof. The legal basis for obliging the seller to cooperate would be the doctrine of pre-contractual liability. However, this doctrine does not lend itself to establishing legally binding agreements in this context.

If it is thought desirable to be able to hold the seller to oral agreements, it should be laid down in the law that if the agreement is not laid down in a written form, the sanction is that the buyer can annul the (oral) agreement. It should be noted that this solution is not favoured by the research team.

If oral agreements do not lead to legally binding contracts, the doctrine of pre-contractual liability can be applied if the parties act in contradiction with fairness and reasonableness before the contract is laid down in a written form. The application of this norm as formulated in the case law can lead to damages being awarded, or if necessary, to the obligation to continue negotiations. If there is proof of an oral agreement, this can be a factor to be taken into consideration when deciding the case. Considering the strict and restrained application of this, it does not seem to allow claims obliging a party to cooperate in the written agreement. This might be different under extraordinary circumstances such as a deliberate misrepresentation or an abuse of circumstances, but even in these circumstances the solution can be sought in awarding damages.

2.3 *Alterations, additions and the quality of the written agreement*

Laying down minimum requirements in the law concerning the content of the written agreement can contribute to solving problems with regard to the status of additional agreements and alterations to the original contract. Additionally, it contributes to safeguarding the quality of the written agreement. The consequences of additions and alterations to the original contract are not always obvious. This also raises the question whether the additions and alterations should be agreed upon in written form and if this triggers the renewal of the cooling-off period. Additions and changes that concern the minimum requirements affect the core of the agreement and therefore the validity of the original contract. Such

changes should be laid down in writing and should replace the original contract clauses. The research team does not think that it is advisable to allow more than one cooling-off period with regard to the same object and the same buyer.

2.4 *Electronic contracting*

The possibility of electronic contracting need not necessarily be excluded. The objections to electronic contracting with regard to a home do not so much concern the electronic version of the written form or the lack of extra safeguards which are additional to the current level of protection offered by the Sale of Immovable Property Act: the written form requirement, the cooling-off period and the possibility to enter the agreement in the public registers.

In the light of the present level of protection provided by the law, electronic contracting is suitable. If properly regulated and supported by legal measures, this does not devalue the contract.

2.5 *Scope of application and inconsistent terminology*

It is advisable to resolve the observed non-clarities and inconsistencies concerning the terminology and the scope of application by means of amending the text of article 7:2 of the Civil Code. More in particular, the legislator can choose to explicitly include houseboats and mobile homes within the scope of application. Furthermore, for delimiting the scope of this provision it can be decided to abandon the current approach to limit the scope by referring to both the status of the buyer and the status of the object. Applying the written form requirement as soon as a non-professional party is involved (irrespective of whether this is the buyer or the seller) results in a more balanced provision. The protection that is granted by the written form requirement in combination with a strict approach is more balanced as it protects the weaker party regardless of whether this is the buyer or the seller. As a result, the Act would be less sensitive to economic fluctuations.

There is also a sufficient reason to extend the written form requirement to all agreements concerning immovable property (including business objects and professional buyers). This would resolve the observed problems in delimiting the scope of application. Additionally, this prevents a non-professional buyer vis-à-vis a professional buyer from being at a disadvantage with regard to the moment when the contract is concluded, thereby resolving the (unintended) inequality as a result of article 3:298 of the Civil Code. Professional parties also profit from clarity regarding the moment when the contract is concluded and the contents thereof. Finally, society in general benefits from certainty with regard to the legal status of immovable property.

3 The cooling-off period

3.1 *General findings*

Considering the objective of the cooling-off period, it can be concluded that the cooling-off period is not appropriate. The main reason as to why the legislator introduced the cooling-off period was to ensure the possibility of consulting experts (compare *Kamerstukken II*, 1995/96, 23 095, no. 5, p. 4). Both the literature and the results of the questionnaires note that the cooling-off period is too short for an expert to be consulted, a report to be drawn up and, finally, a (preferably written) note of withdrawal to be sent to the seller. The questionnaires show that respondents feel that the length of the cooling-off period is sufficient if one consults experts well before the conclusion of the contract. It was also noted that the written form requirement already offers an opportunity to do this and, in that respect, the length of the cooling-off period is sufficient.

The cooling-off period does offer relief against hasty decisions. The danger of hasty decisions, however, has to a large extent been eliminated by the written form requirement. The fact that the buyer has to wait until the agreement is laid down in written form in practice means that there are several days to consider

the decision before the actual conclusion of the contract. In this respect, a properly drawn up model contract, with a minimum content, allowing the buyer to reflect upon the content before signing the contract, offers a certain safeguard to which the cooling-off period has little to add. This also serves multiple purposes: it serves as a warning, it prevents the exclusion of essential clauses and results in more balanced relations between the buyer and the seller. A modification is in order here: in cases where the buyer is confronted with a standard contract with the request to sign immediately and on the spot, the cooling-off period can offer some additional protection.

The cooling-off period is very sensitive to economic fluctuations. It offers one-sided protection by solely protecting the buyer. This does not do justice to the (very likely) situation where the seller is the weaker party. If there is a strong sellers' market, the weak position of the buyer justifies the protection offered by the cooling-off period. In a buyers' market, this justification dissolves, while the unease and the uncertainty for the seller will remain.

3.2 Experiences in practice

Not many problems have arisen with the application of the cooling-off period. The interviews and the questionnaires did not show any abuse or frivolous use by buyers. Case law concerning the cooling-off period is scarce and mainly concerns the moment when the written contract is handed over (signalling the beginning of the cooling-off period). The results from the questionnaires show that the problems that have arisen mainly lie on an emotional level. The image that arises from the empirical data is that there are no major problems, but there is no positive response to the cooling-off period either. The advantages that have been reported in interviews relate to the written form requirement rather than the cooling-off period (certainty concerning the moment when the contract is concluded, improvements to the quality of the contract, clarity as to the consequences of the sale and heightened consciousness among buyers as a result of which there is no need to use the cooling-off period).

3.3 Recommendations

The introduction of the cooling-off period has not led to a complete realisation of the objectives that were envisaged. As these objectives can be achieved through other means, the legislator can consider dispensing with the cooling-off period.

If the cooling-off period is retained, the research team advises that the exceptions in article 7:2 section 5 of the Civil Code should also be retained, inter alia the exception concerning the public auction. The application of the cooling-off period to a public auction entails significant practical problems, while it does not achieve the intended objective. The research team advises that an additional exception be added for a sale by private treaty as meant in article 3:268 of the Civil Code. The process of a sale by private treaty is closely related to that of a public auction, therefore the reasons for excluding the public auction from the application of the cooling-off period also apply here.

With regard to the unjustified long period of uncertainty that this would entail for the seller, it is not advisable to extend the length of the cooling-off period. Furthermore, the intended objectives can be attained by making use of conditions in the sales contract relating to the outcome of expert advice.

The research team does not find it advisable to grant the same buyer more than one cooling-off period with regard to the same object, for example as a result of changes or additions to the written contract. Renouncing the right to withdraw from the contract should be possible if delivery takes place within the three-day period. The required protection is then ascertained by the involvement of a notary.

It is the responsibility of the seller (or his estate agent) to inform the buyer of the existence of the cooling-off period and to establish the handing over of the written contract in order to mark the start of the three-day cooling-off period.

4 Article 7:3 of the Civil Code, the *Vormerkung*

4.1 *General findings*

The rules concerning the *Vormerkung* are of a technical nature and have given rise to many questions. These questions have mainly arisen in the literature and concern legal-technical matters. The *Vormerkung* has far-reaching effects, especially with regard to the breach of the principle of *paritas creditorum*.

4.2 *Experiences in practice*

Practice has not reported many problems. The questionnaires show that buyers make use of the possibility to enter their contract of sale in the public registers, but there are no reports of the protection actually being used. The questionnaires also show that the existence of the rule is not widely known amongst buyers and sellers.

4.3 *Questions*

The questions that have arisen in relation to the *Vormerkung* are the following:

- What must be registered in the public register?
- Can the registration of the contract be delayed until certain conditions have been met?
- Is registration possible if the right to the delivery of the property follows from a source other than a sales contract?
- Can the sale of a still to be formed joint ownership be registered?
- Can a sale via an executionary auction be registered?
- Which facts or legal acts cannot be held against the buyer and by whom?
- How does the protection relate to a bridging mortgage loan?
- Does the registration protect against a later split in joint ownership?
- Is the assignment of a registered right to delivery possible?
- What if, in the case of a double sale, the second sale is registered while the older right to delivery should prevail?
- Does the registration protect against the seizure of (future) rental income?
- Who must deliver in the case of the moratorium or bankruptcy of the seller?
- Does the trustee in bankruptcy have to cooperate with the delivery if the purchase price does not cover the mortgage loan?
- What if, as a result of certain procedures, the six-month period of protection threatens to expire?
- Does the cooling-off period under article 63a Bankruptcy Act also apply to the buyer who had his right to delivery registered?
- What role is left for the notary, as the sales contract has already been concluded when the buyer wants to register the contract?

The most important questions concern seizure; case law shows that this has led to problems in practice:

- Is the inequality between seizures before and after the registration justified?
- Should it be possible to convert the seizure of the home with the seizure of the purchase price?
- Is seizure of the purchase price under the buyer possible?

4.4 *Recommendations*

The research team feels that in answering the questions summed up above, the rationale of the rule, that is securing the right to the actual delivery of the home, must be the point of departure. Although the legislator acknowledged that with the *Vormerkung* the principle of *paritas creditorum* is to a certain extent breached, the research team feels that this should not lead to differences in the position of seizures that took place before and after the registration of the sales contract or to the seller profiting from the *Vormerkung*.

The terminology of article 7:3 of the Civil Code, as well as the situations in which the buyer is protected, share many common features with the Bankruptcy Act (Faillissementswet). Therefore, in the proposed Insolvency Act (Voorontwerp Insolventiewet) explicit attention should be paid to the delivery of property in combination with the Vormerkung.

It should also be noted that the Vormerkung potentially serves other objectives than the protection of the buyer's right to actual delivery, for example market transparency, the prevention of fraud and quicker payment after delivery. It is recommended that the legislator should take these aspects into account.

The introduction of the Vormerkung has achieved its goal to reinforce the buyer's right to the actual delivery of the home. However, the rule has several (unintended) side-effects, such as an (overly) far-reaching breach of the principle of paritas creditorum and possible ways of benefiting parties that were not envisaged. Realising the full potential of the rule entails that each question or side-effect must be addressed and determined if the law needs to be amended or to discern which approach should be adopted.

5 The 5% rule

5.1 General findings

The intention of article 7:768 of the Civil Code is to reinforce the position of the non-professional client. As a result of this rule, the client has a means of putting pressure on the building contractor with regard to rectifying certain shortcomings. Interviews with building contractors revealed that the availability of this means of pressure has not led to a quicker rectification of constructional or technical shortcomings. What has become clear is that building contractors wait until the three-month period has elapsed before commencing repairs. A second element of the protection granted by this rule lies in the possibility that the client can obtain the funds that were held on deposit if a repair is impossible.

Interviews and a large number of arbitration cases concerning this rule demonstrate that the rule has encountered several implementation problems in practice. As a result of this, the objective of the rule - reinforcing the position of the non-professional client - has not been fully realised. Due to these implementation problems, legal uncertainty remains for the client, which does not enhance his position.

The objective of the 5% rule is not undermined by the use of bank guarantees. Bank guarantees also mean restrictions for the constructor and are therefore a means of pressure. Additionally, the client has something on which he can fall back if a repair by the constructor proves to be impossible

The amount of 5% of the total sum to be paid by the client seems sufficiently high to be able to enforce repairs by the constructor. A higher percentage would probably lead to higher sums to be paid by the client. The money kept on deposit does not lead to a quicker repair by the constructor. This is mainly attributable to the fact that during the three-month period more shortcomings can emerge.

5.2 Problems in practice

As follows from the large number of arbitration cases and the interviews the following problems have occurred:

- uncertainty as to what is a shortcoming in the performance;
- uncertainty with regard to the procedure for releasing the money held on deposit and the role of the notary in this;
- uncertainty and inefficiency if various procedures are commenced concerning different shortcomings;
- clients withhold disproportionately large amounts of money on deposit compared to the shortcomings involved;
- the application of the rule in relation to shortcomings to communal parts of apartment buildings;

- uncertainty with regard to the question for which party the notary holds the money on deposit (which is relevant to the interest and in the case of the bankruptcy of the constructor).

5.3 *Recommendation*

The 5% rule offers a good basis for the protection of the non-professional client. The application of the rule in practice has demonstrated various inadequacies. The research team advises that the application of the 5% rule should be thoroughly reviewed and optimised.

6 **The position of the notary**

6.1 *General findings*

In response to the question whether there is a reason or a necessity to have an obligatory intervention by a notary at the moment of the conclusion of the contract, it can be concluded that there is at least a reason to opt for this. Firstly, concerning legal impartiality and independence. Secondly, concerning the specific legal knowledge that is required in sales agreements. And lastly, concerning the fact that the notary is in any event involved in the registration of the delivery of the property. His involvement at the moment of concluding the contract means that the investigation carried out at the moment of delivery can take place at an earlier stage. Anything that arises from this investigation can then be included in the contract. The notary can advise the parties on how to draw up their agreement, thereby preventing the need for ‘rectifications’ at the moment of delivery.

6.2 *Practical experiences*

Experiences with the Amsterdam model, where the notary is involved at the moment when the contract is concluded, are positive as is shown by the results of the questionnaires. Policy makers have also spoken in positive terms concerning the Amsterdam model. Respondents report that the involvement of the notary at the moment of concluding the contract prevents important matters from being overlooked and incomplete and incorrect information from being included in the contract. Also mentioned are the independent position of the notary and the use of his expertise at a stage where this is still of use, that is, at the time when the parties determine their mutual obligations. The involvement of the notary also entails that the whole process of the conclusion of the contract takes longer. It takes more communication and more parties must be brought together.

The two-way option, allowing for a choice between the cooling-off period or intervention by a notary, does not seem to meet with much approval, and does not appear to be a viable option.

6.3 *Findings with regard to the tariffs*

Based on the questionnaires and a number of requests for quotations, no unambiguous conclusions can be drawn with regard to the question whether tariffs will increase. Within Amsterdam a practice has evolved in which an increase in the tariffs will not be likely. Outside Amsterdam this is different. Tariffs have decreased since their release in 1999. It is unlikely that the granting of extra work for notaries will take place without an increase in the tariffs. However, in light of the decrease in tariffs over the last few years, and the extra safeguards that are granted by the notary, it is questionable whether this can be seen as a problem.

7 Fraud in real estate transactions

7.1 *General findings*

From the consideration of the various forms of fraud that occur in real estate transactions, and the initiatives that have been deployed to date in reaction to this, it can be concluded that the various actors involved are increasingly taking responsibility. However, in some instances instruments are lacking. For example, with regard to estate agents and surveyors an instrument to sanction misbehaviour is no longer available now that estate agents and surveyors are no longer sworn in. It is important to record who takes which responsibility and who should verify what.

7.2 *Recommendations*

According to the research team it is advisable to reinstate the swearing-in procedure in combination with an independent disciplinary tribunal. Estate agents and surveyors who are found guilty of transgressions should not be able – as opposed to the current situation – to continue in their profession. Additionally, a surveyor should also be included within the scope of the Wwft.

Mortgagers could perform more verifications, such as employers' declarations or a search of public registers. It could be made possible to compare information with information retained by the tax authorities, the municipal personal records database, the National Mortgage Guarantee Scheme, the Employee Insurance Schemes Implementing Body and information concerning the value of homes for the purposes of the Valuation of Immovable Property Act. Fraud could possibly be uncovered at an earlier stage, and the mortgage loan should then be refused. If it is thought that mortgagees should take more responsibility, it is advisable to look into the possibilities for allowing these actors to access these data.

In relation to fraud it is imminent to address public auctions. A property is generally sold for a much lower price at auction. A reason for this is that non-professional buyers are not drawn to auctions, while these buyers are often inclined to pay a higher price for property than a professional estate trader. If more non-professional buyers are to become involved in this market, serious measures should be taken. The buyer should be able to view the property before the auction and the problem of illegal renting should be addressed.

7.3 *The role of the notary in real estate fraud*

The notary can undertake several forms of action to limit fraud in real estate. He should, for example, always verify the identity papers with the verification of information system and check the authenticity of the documents. Additionally, the notary should always check the name in the land register. If these checks are carried out at an early stage (at the time of the conclusion of the contract) fraud might be discovered sooner. If a notary detects fraud, he should refuse to proceed.

Literatuurlijst

Albers-Dingemans 2004

R. Albers-Dingemans, "Golden rules' voor de executieveiling", *Notariaat Magazine* 2004/5.

Albers-Dingemans 2006

R. Albers-Dingemans, 'Executieveiling en hypotheekfraude: de stand van zaken eind 2006', *Notariaat Magazine* 2006/12.

Albers-Dingemans 2009

R.L. Albers-Dingemans, 'Nog meer veilingnieuws', *Notariaat* 2009/6.

Van Almelo 2007

L. van Almelo, 'Evaluatie notariswet komend najaar: Kamer wil verplichte koopakte', *Notariaat Magazine*, 2007/8.

Van Almelo 2008a

L. van Almelo, 'Vastgoedfraude knaagt aan geloofwaardigheid: Hoe fout is het notariaat?', *Notariaat Magazine* 2008/3.

Van Almelo 2008b

L. van Almelo, 'Taxateurs gaan elkaar controleren: WOZ-waarde wordt toetssteen', *Notariaat Magazine* 2008/11.

Van Almelo 2008c

L. van Almelo, 'KNB-wetsvoorstel vergemakkelijkt meewerken met justitie en fiscus: Applaus blijft uit', *Notariaat Magazine* 2008/9.

Van Almelo 2009

L. van Almelo, 'Proef in Rotterdam met 'watchdog'. Waakhond blaft en piept tegen vastgoedfraude', *Notariaat Magazine* 2009/4.

Asser /Van den Berg 2007 (5-III)

C. Asser, *Bijzondere overeenkomsten, Aanneming van Werk (5-IIIc)*, bewerkt door M.A.M.C. van den Berg, Deventer: Kluwer 2007.

Asser/Hartkamp 2005 (4-II)

C. Asser, *Verbintenissenrecht, Algemene leer der overeenkomsten (4-II)*, bewerkt door A. Hartkamp, Deventer: Kluwer 2005.

Asser/Hijma 2007 (5-I)

C. Asser, *Bijzondere Overeenkomsten, Deel I Koop en Ruil (5-I)*, bewerkt door Jac. Hijma, Deventer: Kluwer 2007.

Asser/Perrick 2007 (3-IV)

S. Perrick, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Gemeenschap*, Deventer: Kluwer 2007.

Baarsma & Janssen 2009

B. Baarsma & K. Janssen, SEO, 'Een blik op de toekomst van het notariaat na tien jaar marktwerking', *Discussion paper*, onderzoek van SEO economisch onderzoek d.d. 18 februari 2009.

Bakker 2005

P.S. Bakker, 'het schriftelijkheidsvereiste van art. 7:2 nader beschouwd', *Bouwwrecht* 2006/12.

Bartels 1996

S.E. Bartels, 'Over de wenselijkheid van de Nederlandse 'Vormerkung' en de werking ervan in meerpartijenverhoudingen', *WPNR* 1996/6212 en 6213.

Bartels 1997a

S.E. Bartels, 'Voorwaardelijke eigendom en relatieve beschikkingsbevoegdheid', in: B.W.M. Nieskens – Ispording e.a. (red.), *Discussies omtrent beslag, verhaal en beschikkingsbevoegdheid*, Deventer: Kluwer 1997, p. 79 e.v.

Bartels 1997b

S.E. Bartels, 'Rechtszekerheid of rechtsbescherming? Ofwel taak en plaats van de notaris in het vermogensrecht', *NTBR* 1997, nr. 6.

Bartels 2004

S.E. Bartels, 'Ik doe het toch maar niet', *NTBR* 2004, nr. 4.

Bartels 2006

S.E. Bartels, 'De Vormerkung drie jaar van kracht', *Bouwnrecht* 2006/12.

Bartels & van Buuren-Dee 1996

S.E. Bartels & J.M. van Buuren-Dee, 'Woningkoop door consumenten', in: J.M. van Buren-Dee & P.A. Kottenhage-Edzes (red.), *Consument zonder grenzen*, Deventer: Kluwer 1996, p. 55-67.

Bartels & Heyman 1998

S.E. Bartels & H.W. Heyman, 'Het beschermingsmechanisme van het beslag (tot levering) bij vervreemding en bezwaring van het beslagen goed', *WPNR* 1998/6306 en 6307.

Bartels & Heyman 2004

S.E. Bartels & H.W. Heyman, 'De Vormerkung en de gelijke behandeling van schuldeisers', *WPNR* 2004/6600.

Bartels & Heyman 2006

S.E. Bartels & H.W. Heyman, 'Overbruggingshypotheek en Vormerkung', *WPNR* 2006/6654.

Bartels & Sander 1998

S.E. Bartels & C.J. Sander, 'De bedenktijd in het burgerlijk recht', *BW-krant jaarboek 1998*, p. 80.

Van der Beek 2003

H.L. van der Beek, 'de 5% regeling bij de oplevering van nieuwbouwwoningen', in: M.A.M.C. van den Berg, M.A.B. Chao-Duivis en H. Langendoen (red.), *Hoofdstukken Bouwnrecht. Aangenomen werk, Liber Amicorum Prof. mr. M.A. van Wijngaarden*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2003.

Van den Berg 2002

M.A.M.C. van den Berg, 'Een nieuwe regeling voor de aanneming van werk', *Bouwnrecht* 2002/12, p. 1015, p. 1026.

Van den Berg, Chao-Duivis & Langendoen 2003

M.A.M.C. van den Berg, M.A.B. Chao-Duivis & H. Langendoen (red.), *Hoofdstukken Bouwnrecht. Aangenomen werk, Liber Amicorum Prof. mr. M.A. van Wijngaarden*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2003.

Berkhout 2009

T.M. Berkhout e.a., *Net werken en netwerken*, Nyenrode Business Universiteit, Breukelen, mei 2009.

De Boer 1993

J. de Boer, 'Huizenkoop en notaris', *NJB* 1993, nr. 35.

Van Boom, Giesen & Verheij 2008

W.H. van Boom, I. Giesen & a.J. Verheij (red.), *Gedrag en Privaatrecht; over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: BJU 2008.

Bosman 2005

H.A. Bosman, 'Enkele notities over de artikelen 7:2 en 7:3 bij consumentenkoop o.g.', *WPNR* 2005/6636, onder 3.

Bosman 2006

H.A. Bosman, 'Verkoper kan worden gedwongen te ondertekenen', *Advocatenblad* 2006, nr. 1.

Breedveld – de Voogd 2003a

C.G. Breedveld – de Voogd, 'Het schriftelijkheidsvereiste in de nieuwe regeling voor de koop van onroerende zaken', *NbbW*, 2003/7-8, p. 114-119.

Breedveld – de Voogd 2003b

C.G. Breedveld – de Voogd, 'Herleeft de bedenktijd wanneer de akte van levering afwijkt van de onderhandse koopakte?', *WPNR* 2003/6547.

Breedveld – de Voogd 2005a

C.G. Breedveld – de Voogd, 'De koop van een woning via e-mail', *MvV* 2005/2, 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, nr. 10.

Breedveld – de Voogd 2006

C.G. Breedveld – de Voogd, 'Het begrip 'tot bewoning bestemde onroerende zaak' uit artikel 7:2 BW', *MvV* 2006/12, p. 223-227.

Breedveld – de Voogd 2007

C.G. Breedveld – de Voogd, *Vorm, vrijheid en gebondenheid bij de koop van een woning* (diss. Leiden), Leiden: Boom Juridische Uitgevers 2007.

Breedveld – de Voogd 2009

C.G. Breedveld-de Voogd, 'de notariële koopovereenkomst en de sanctie op een vormvoorschrift', *WPNR* 2009/6781.

Breedveld & Kelterman 2007

H.M.I.Th. Breedveld & L.W. Kelterman, 'De beleidsregel uitbetaling gelden: praktisch (on)mogelijk', *WPNR* 2007/6729.

Bresser 2004

H.J.W.M. Bresser, 'Reactie op 'De notaris moet de touwtjes in handen houden' van mr. R. Blokland in *WPNR*/2003, 6548', *WPNR* 2004/6569.

Broekveldt 2004a

L.P. Broekveldt, 'Koop registergoed, "Vormerkung" en beslag (I)', *WPNR* 2004/6600.

Broekveldt 2004b

L.P. Broekveldt, 'Koop registergoed, 'Vormerkung' en beslag', *WPNR* 2004/6600 en 6601.

Broekveldt 2004c

L.P. Broekveldt, 'Koop registergoed, "Vormerkung" en beslag (II, slot)', *WPNR* 2004/6601

Broekveldt 2006

L.P. Broekveldt, 'Problemen rond 'Vormerkung', 'paritas creditorum' en rangorde', *WPNR* 2006/6675.

Bruggeman 2006

E.M. Bruggeman, *Praktijkboek koop-/aannemingsovereenkomst*, 's-Gravenhage: IBR (Instituut voor Bouwrecht) 2006.

Castermans 1992

A.G. Castermans, 'De makelaar, de notaris en de koop van onroerende zaken', *WPNR* 1992/6044, p. 271 e.v.

Chao-Duivis 1995

M.A.B. Chao-Duivis, 'Bescherming van kopers van woningen', in: *Het actuele recht*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1995.

Croes 2001

A.L. Croes, 'Enige bedenkingen tegen de bedenktijd bij de koop van onroerende zaken', *NTBR* 2001/7, p. 335 en 338.

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, nr: 9.

Van Daal 2003

G. C. van Daal, 'De voortgaande sluipmoord op de boedel: inschrijving van de koop van registergoederen', *TvI* 2003/5.

Dammingh 1998

J.J. Dammingh, 'De mededelingsplicht van de verkoper en de onderzoeksplicht van de koper', *WPNR* 1998/6327.

Dammingh 2002 a

J.J. Dammingh, *Bemiddeling door de makelaar bij de koop en verkoop van onroerende zaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2002.

Dammingh 2002b

J.J. Dammingh, 'Het gebruik van een financieringsclausule bij de koop en verkoop van een woning', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2002, nrs. 6510 en 6511.

Dammingh 2004

J.J. Dammingh, 'De nieuwe wet "Koop onroerende zaken" en de makelaar', *Bouwrecht* 2004, nr. 4.

Dammingh 2006

J.J. Dammingh, 'Enkele opmerkingen over de Vormerkung (art. 7:3 BW)', *WPNR* 2006/6650.

Dammingh 2008

J.J. Dammingh, 'Boekbespreking C.G. Breedveld – de Voogd, Vorm,vrijheid en gebondenheid bij de koop van een woning, (diss. Leiden), Boom Juridische Uitgevers 2007', *WPNR* 2008/6741, onder c.

Didde 2009

R. Didde, 'Gaat de notaris ook hypotheekadvies verstrekken? "We zijn te bescheiden"', *Notariaat Magazine* 2009/3.

Van Emden 2005

E.L.A. van Emden, *Bankgarantie* (Financieel Recht 11), Deventer: Kluwer 2005.

Van Es e.a. 2007

P.C. van Es e.a., *Meer spraken, minder zwijgen?*, Den Haag: Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie 2007.

Eskens 2009

H. Eskens, 'Ontwikkelingen bij executieveiling', *Notariaat* 2009/6.

Ferwerda e.a. 2007

H. Ferwerda e.a., *Malafide activiteiten in de vastgoedsector*, WODC, Ministerie van Justitie, Den Haag & Advies- en Onderzoeksgroep Beke, Arnhem/Erasmus Universiteit Rotterdam 2007.

Frenk 1996

N. Frenk, 'De koop van onroerende zaken toch niet in notariële vorm', *Nieuwsbrief BW* 1996, nr. 2.

Van Geet 2004

K. van Geet e.a., 'Het nieuwe kooprecht en de commerciële vastgoedpraktijk', *Vastgoedrecht* 2004, nr. 42-43.

Van Gestel 2008

B. van Gestel, *Vastgoed & fout*, WODC, Ministerie van Justitie, Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2008.

Gribling 2007

D.M.S. Gribling, e.a., 'Nieuwe geschillenregeling voor GIW woningen: het AG', *Bouwrecht* 2007, nr. 5.

De Groot 2008

J.J.A. de Groot, 'Derdenbeslag onder koper en notaris', *WPNR* 2008/6752

De Gruiter 2006a

J. de Gruiter, 'We schieten door; de notaris is geen rechercheur', *Notariaat magazine* 2006/10.

De Gruiter 2006b

J. de Gruiter, 'Notariaat Rotterdam doet mee aan bestrijding malafide huizenhandel', *Notariaat Magazine* 2006/12.

De Gruiter 2006c

J. de Gruiter, 'Argeloze notaris doet de samenleving én zichzelf tekort', *Notariaat Magazine* 2006/10.

De Gruiter 2006d

J. de Gruiter, 'Tweegesprek over de grenzen van het poortwachterschap: 'Als de overheid notarissen verantwoordelijkheden oplegt, moet ze wel de instrumenten meeleveren'', *Notariaat Magazine* 2006/12.

De Gruiter 2006e

J. de Gruiter, 'Grote verschillen tussen stad en platteland, maar 'veiling is gevoelig voor manipulatie'', *Notariaat Magazine* 2006/ 6-7.

Hammerstein e.a. 2005

A. Hammerstein e.a., Commissie Evaluatie Wet op het notarisambt, *Het beste van twee werelden*, 2005.

Hartlief 1993a

T. Hartlief, 'Aanneming van werk naar nieuw BW (titel 7.12)', *Nieuwsbrief BW*, 1993, nr. 12.

Hartlief 1993b

T. Hartlief, 'Invoering titel aanneming van werk', *Nieuwsbrief bedrijfsjuridische berichten*, 1993, nr. 19.

Hartlief 2003

T. Hartlief e.a., *Coherente instrumenten in het contractenrecht*, Kluwer 2003.

Hartlief 2005

T. Harlief, 'Het wankel gebouw van het contractenrecht', *NJB* 2005, nr. 44.

Hebly 2004

J.M. Hebly, *Aanneming van werk: de parlementaire geschiedenis*, Zutphen: Paris 2004.

Van Hees 1998

J.J. van Hees, 'notaris en faillissement', in: *Incidenten bij de afwikkeling van verkoop en overdracht*, Preadvies KNB 1998.

Van Heksen 1992

Chr.J.F.M. Van Heksen, 'Koop van onroerende zaken', *NJB* 1992, nr. 44.

Hesselink 1996

M.W. Hesselink, 'De schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen in het licht van het Europese privaatrecht', *WPNR* 1996/6248 en 6249.

Hesselink & van Kooten 1996

M.W. Hesselink en 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 & P.A. Kottentage-Edzes (red.), *Consument zonder grenzen*, Deventer: Kluwer 1996, p. 69-82.

Van Heuvel 2007

W.H. van Heuvel, 'Vragen bij de bedenktijd van artikel 7:2 BW', *WPNR* 2007/6722.

Heyman 2004

H.W. Heyman e.a., 'De Vormerkung en de gelijke behandeling van schuldeisers', *WPNR* 2004/ 6600.

Heyman e.a. 2006

H.W. Heyman e.a., 'Overbruggingshypotheek en Vormerkung', *WPNR* 2006/6654.

Heyman 2009

H.W. Heyman, 'Naar een verbeterde Vormerkung', *WPNR* 2009/6781.

Hijma 2003a

J. Hijma, 'Bedenktijdoverpeinzingen', *WPNR*, 2003/6552.

Hijma 2003b

J. Hijma, 'Een bedenktijd voor de koper', in: T. Hartlief, Jac. Hijma & L. Reurich (red.), *Coherente instrumenten in het contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2003.

Hijma 2004a

J. Hijma, 'Bedenktijd in het contractenrecht', in: *Wettelijke bedenktijd* (Preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2004.

Hijma 2004b

J. Hijma e.a., *Wettelijke bedenktijd*, Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2004.

Hockx 2003

J.W.A. Hockx, *Koop en levering van vastgoed*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2003.

Hockx 2006

J.W.A. Hockx, 'Reactie: de voorrangsaantekening nader beschouwd', *WPNR* 2006/6664.

Van Hoeflaken 2009

W. van Hoeflaken, 'Met meer transparantie hogere opbrengst executieveilingen', *Notariaat* 2009/6.

Hogendoorn 2007

M. Hogendoorn, 'Michael Hagen geeft training identiteitsfraude voor het notariaat: 'Een medewerker controleert de echtheid binnen twee minuten'', *Notariaat Magazine* 2007/10.

Hondius 1991

E.H. Hondius, 'De rechtspositie van de consument naar nieuw burgerlijk recht', *Consumentenrecht* 1991, nr. 5.

Van der Horst 2003

N.M. van der Horst, 'Stand van zaken Boek 7', *MvV* 2003/7-8.

Huijgen 2002

W.G. Huijgen, 'Aanvulling Boek 7 nieuw BW met koop en huurkoop van onroerende zaken en aanneming van werk', *Bouwrecht* 2002/12.

Huijgen 2003

W.G. Huijgen, *Koop en verkoop van onroerende zaken*, Deventer: Kluwer 2003.

Huijgen 2004

W.G. Huijgen, 'Het schriftelijkheidsvereiste van art. 7:2 lid 1 BW', *JBN* 2004/65, p. 12-13.

Huijgen 2005

W.G. Huijgen, 'De reikwijdte van artikel 7:3 BW', *WPNR* 2005/6637.

Huijgen 2006

W.G. Huijgen, 'Recente ontwikkelingen rond de totstandkoming van de koop van een woning (art. 7:2 BW)', *Bouwrecht* 2006/12.

Huijgen 2007

W.G. Huijgen, 'Dilemma bij de Vormerkung: 'stempelen' of inhoudelijk toetsen?', *WPNR* 2007/6726.

Jansen 1999

J.A.G. Jansen, 'Ervaringen met de gewijzigde Wet voorkeursrecht gemeenten', *Juridische berichten voor het Notariaat* 1999, nr. 31.

Joldersma e.a. 2008

C. Joldersma e.a., *Verwevenheid van de bovenwereld met de onderwereld*, oktober 2008.

Jongbloed 2008

A.W. Jongbloed, *Executierecht*, Deventer: Kluwer 2008.

De Jongh 2003

De Jongh, 'Nieuwe regels bij (ver)koop en levering van woonhuis', *Notarisklerk* 2003, nr. 1427, p. 129.

Kersema 1996

J.M.G. Kersemakers, 'Het vooruitbetalingsverbod bij consumentenkoop o.g. in het wetsontwerp inzake koop onroerende zaken: het doel onbedoeld voorbij geschoten', *NJB* 1996, nr. 24.

Klaase 2003

Z. Klaase, 'Huurkoop: van fatale misstand tot financiële mogelijkheid', *Juridische berichten voor het Notariaat* 2003, nr. 4.

Klein 1985

W.M. Klein, in: *Bescherming van kopers van woningen* (Preadvies Koninklijke Notariële Broederschap/Vereniging voor Bouwrecht), 1985.

Klein e.a. 2006

P.E.M. Klein e.a., 'Ontwikkelingen en tendensen bij koop en verkoop van onroerende zaken en aanneeming van werk', *Bouwrecht* 2006, nr. 1.

Klein Haarhuis & Niemeijer 2008

C.M. Klein Haarhuis & E. Niemeijer, *Wet en werkelijkheid; bevindingen uit evaluaties van wetten*, Den Haag: BJU, WODC 2008.

Kleijn 2004

W.M. Kleijn, 'De positie van de koper bij het naderen van de einddatum van de Vormerkung', *JBN* 2004, nr 1.

Kleijn 2005

W.M. Kleijn, 'Een onverwachte versterker van de optiehouder bij een registergoed', *WPNR* 2005/6635.

Kleijn 2007

W.M. Kleijn, 'De mogelijkheden en gevolgen van het aangaan en het wijzigen van een koopovereenkomst ten aanzien van een registergoed', *Juridische berichten voor het Notariaat* 2007, nr. 59.

Kleijn 2008

W.M. Kleijn, 'Welke gevaren bedreigen een executie alvorens geldig is geleverd?', *FTV* 2008/16.

Kleijn & Driessen-Kleijn 2006

W.M. Kleijn, J.I. Driessen-Kleijn, 'Heeft de Vormerkung ook nog (positieve) gevolgen voor de verkoper?', *JBN* 2006, nr.7

KNB 2007

'Overzicht activiteiten KNB in verband met malafide praktijken in het vastgoed', *Notariaat Magazine* 2007/10.

Koenecke 2006

J.R. Koenecke, 'Reactie op de reactie van Hockx en het naschrift inzake "De vooraantekening over de Vormerkung (art. 7:2 BW)" van J.J. Dammingh in WPNR 2006/6664', *WPNR* 2006/6671.

Kooijman 2008

J. Kooijman, 'De taken van de notaris, en die van de financier', *Notariaat Magazine* 2008/ 7-8.

Kraan 2005

C.A. Kraan, 'Derdenbeslag onder de notaris', *WPNR* 2005/6608 en 6609,

Krans 2003

H.B. Krans, 'De nieuwe regeling der "Vormerkung"', *Nieuwsbrief BW* 2003, nr. 5.

Van der Kwaak 1990

D.J. van der Kwaak, *Het rechtskarakter van het beslagrecht : een analyse van een procesrechtelijk begrip aan de hand van een vergelijking met rechtsfiguren uit het burgerlijk recht, in het bijzonder met de zakelijke zekerheidsrechten, en met het faillissement*, Deventer: Kluwer 1990.

Linssen 1993

J.G.A. Linssen, 'Van nieuw BW naar BW. XIX Koopovereenkomst (Titel 7.1 BW)', *Advocatenblad* 1993, nr. 8 en 9.

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* 2002/8, p. 356-367

Loos 2003a

M.B.M. Loos, 'bedenktijd en precontractuele aansprakelijkheid bij de koop van woningen', in: D.L.M.T. Dankers-Hagenaars e.a. (red), *Aan wil besteed*, Deventer: Kluwer 2003, p. 251 e.v.

Loos 2003b

M.B.M. Loos, 'De effectiviteit van de bedenktijd als instrument van consumentenbescherming', *Tijdschrift voor Consumentenrecht* 2003/1, p. 7, pp. 22-23.

Loos 2006

M.B.M. Loos, 'Binding van de verkoper bij de 'consumentenkoop' van woningen aan de mondelinge wils-overeenstemming: drie jaar ervaring maar nog altijd geen duidelijkheid', *TvC* 2006/6, p. 179-182.

Louwman 2003

W. Louwman, 'Inschrijving en kadastrale registratie van koopovereenkomsten en 'voorovereenkomsten tot koop' uit hoofde van de WVG en van ...', *Juridische berichten voor het Notariaat* 2003, nr. 32.

Louwman 2004

W. Louwman, 'Vormvereisten voor inschrijving van onderhandse koopakten', *JBN* 2004, nr. 38.

Mijnssen 2009

F.H.J. Mijnssen, *Materieel Beslagrecht*, Deventer: Kluwer 2009.

Molenaar 1999

F. Molenaar, *Algemene bepalingen zekerheidsrechten op goederen*, Mon BW B-11, Deventer: Kluwer 1999.

Nieskens-Isphording 1997

B.W.M. Nieskens-Isphording, 'Vormmerkung met doorwerking: een andere kijk op art. 7:3 BW', *WPNR* 1997/6277.

Nieuwenhuis 1996

A.L. Nieuwenhuis, 'Wet Voorkeursrecht Gemeenten en de Vormmerkung ex art. 7:3 BW', *Bouwrecht* 1996, nr. 11.

Oorthuys 2006

A. Oorthuys, 'Strubbelingen rondom het schriftelijkheidsvereiste van art. 7:2 lid 1 BW', *Juridisch up to date* 2006/17, p. 21-26.

Oranje 2002

M.R. Oranje, 'De betekenis van het inschakelen van deskundigen bij koopovereenkomsten', *Bouwrecht* 2002, nr. 11.

Rapport Commissie Evaluatie wet op het Notarisambt "Het beste van twee werelden" (Rapport Hammerstein), 2005.

'Rapport koop/verkoop bestaand onroerend goed', Consumentenbond, Vereniging Eigen Huis Konsumenten Kontakt, 1985.

Rijntjes 2005

M. Rijntjes, 'Wordt de schriftelijkheidseis als bedoeld in art. 7:2 BW te strak gehanteerd?' *Vastgoedrecht* 2005, nr. 4.

Roes 2003

J.S.L.A.W.B. Roes, 'De bedenktijdregeling van art. 7:2 BW: een armzalig alternatief', *Fiscaal Tijdschrift Vermogens* 2003, nr. 10.

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', *Bouwnrecht* 1995/2, p. 108-109, p.115.

Van Rossum 2003

M.M. van Rossum, 'Wet koop onroerende zaken en aanneming van werk: enige notities met betrekking tot de consumentenbescherming', *TvC* 2003/4, p. 264-274.

Le Roy 2005

R.G.N. le Roy, 'Tekortschieten remedies voor teleurgestelde kopers van woningen', *NTBR* 2005/6, p. 255-258.

Rutten 2004

S.J.H. Rutten, 'Overgangsrecht aanneming van werk', *Bouwnrecht* 2004, nr. 6.

Santen 1988

A.H.M. Santen, *Aanbod en aanvaarding bij het kopen van en woning* (oratie UvA), Deventer: Kluwer 1988.

Scheepmaker e.a. 2006

M.P.C. Scheepmaker e.a., 'Witwassen', *Justitiële verkenningen*, jaargang 32, nr. 2, 2006.

Scheltema 2005

T. Scheltema, 'Hee Jan! Ben je die Voetjesstraat nog kwijtgeraakt?': Veilig veilen anno 2005', *Notariaat Magazine* 2005/8.

Scheltema 2006

T. Scheltema, 'Kamer welwillend over het Amsterdams model', *Notariaat Magazine* 2006/3.

Scheltema 2007

T. Scheltema, 'Het nut van een waakhond: snelheid, kwaliteit en gemak door intergratie', *Notariaat Magazine* 2007/ 6-7.

Selderbeek-Doyer 2008

H.C. Selderbeek-Doyer, 'Vijf jaar artikel 7:2 BW', *TvC* 2008/5, p. 179-186.

Stein 1998

H. Stein, *Incidenten bij de afwikkeling van verkoop en overdracht*, Preadvies KNB 1998.

Stein 2002

H.A. Stein, 'Goed beslagen', bewerkt door H.A. Stein, Deventer: Kluwer 2002

Stein 2004

P.A. Stein, *Zekerheidsrechten, hypotheek*, Deventer: Kluwer 2004.

Steneker 2005

A. Steneker, *Kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005

Storm 2006

J.J. Storm, 'De voorwaarden voor uitbetaling bij de 5% regeling voor nieuwbouwwoningen', *WPNR* 2006/6685.

Storm 2007

J.J. Storm, 'De 5% regeling bij de bouw van een appartementencomplex', *WPNR* 2007/6694.

Storm 2008

J.J. Storm, 'Aan wie komt de rente toe bij de 5% regeling?', *WPNR* 2008/6773.

Van Straaten 2007

J.C. Van Straaten, 'Faillissement van de verkoper – artikel 35 FW – Vormerkung', *JBN* 2007, nr 19.

Van Straaten 2009a

J.C. van Straaten, 'Vorderingen tot vergoeding die in de plaats treden van bezwaarde of beslagen goederen', *WPNR* 2009/6782.

Van Straaten 2009b

J.C. Van Straaten, 'Vormerkung- schuldsanering- aflossing hypotheekhouders', *JBN* 2009, nr. 2.

Struiksmā e.a. 2003

J. Struiksmā e.a., *Vast en goed*, Deventer: Kluwer 2003.

Teeven 2009

F. Teeven, 'Koopcontract via notaris', *Notariaat Magazine* 2009/3.

Thunnissen 1990

H.O. Thunnissen, *Bouwaanneming volgens het NBW: evaluerende en rechtsvergelijkende beschouwingen* (Preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht), Deventer: Kluwer 1990.

Thunnissen 1991

H.O. Thunnissen, 'Beraadslagingen over het preadvies Bouwaanneming volgens het NBW: evaluerende en rechtsvergelijkende beschouwingen', *Bouwrecht* 1991/3.

Thunissen 1994

H.O Thunissen, 'Het wetsontwerp titel 7.12 BW inzake de aanneming van werk', *Bouwrecht* 1994/5.

Tjon-En-Fa 2006

E.M. Tjon-En-Fa e.a., 'Derdenbeslag op met hypotheek versterkte vordering: de beslaglegger (w)int', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2006, nrs. 6659 en 6660.

Toorman 1996

J.C. Toorman e.a., 'Inwerkingtreding wijziging Wet Voorkeursrecht Gemeenten; WVG/de praktijk', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 1996, nr. 6245.

Tuinman 2008

J.A. Tuinman, 'De inschrijvingsvereisten van de Vormerkung', *WPNR* 2008/6767.

Van Ulden 2009

R.M. van Ulden, 'Effectieve bestrijding hypotheekfraude', *Bank I Wereld*, maart 2009, nr. 1.

Valk 1998

W.L. Valk, 'Koop en contractsevenwicht', in: W.H. van Boom e.a. (red), *Koop!*, BW-Krant Jaaboek 14, Deventer: Gouda Quint 1998.

Valk 2004

W.L. Valk, 'Wanneer is een bedenktijdregeling gerechtvaardigd?', in: *Wettelijke bedenktijd* (Preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2004.

Van Veen 2002

R. van Veen, 'Het landelijk contract Koop-/aanneming voor nieuwbouw met GIW-garantie: een juridisch doolhof?', *Bouwrecht* 2002/11.

Van Velten 1982

A.A. van Velten, *Kopers en economische eigenaars van onroerend goed* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1982.

Van Velten 1990

A.A. van Velten, 'Aanneming van werk onder het NBW', *WPNR* 1990/5977.

Van Velten 1994

A.A. van Velten, 'Koop van onroerende zaken en aanneming van werk', *WPNR* 1994/ 6138, 6139 en 6140.

Van Velten 1997

A.A. van Velten, 'De lotgevallen van wetsontwerp 24212 inz. Huurkoop van onroerende zaken', *WPNR* 1997/6270.

Van Velten 2001

A.A. van Velten, 'De verdere lotgevallen van wetsvoorstel 23095', *WPNR* 2001/6469.

Van Velten 2002

A.A. van Velten, 'Hoe het verder is gegaan met wetsvoorstel 23095', *WPNR* 2002/6473.

Van Velten 2003a

A.A. van Velten, 'De behandeling van de wetsvoorstellen inzake koop, aanneming en huurkoop van onroerende zaken in de eerste kamer en de positie van de notaris: never a dull moment', *WPNR* 2003/6538.

Van Velten 2003b

A.A. van Velten, 'Bedenkingen omtrent de bedenktijd (rubriek privaatrecht actueel)', *WPNR* 2003/6554.

Van Velten 2004a

A.A. van Velten, 'Gerezen problemen bij toepassing van de nieuwe artt. 7:2 en 7:766 BW inzake de bedenktijd', *Bouwrecht* 2004/4, p. 313.

Van Velten 2004b

A.A. van Velten, 'Bedenktijd in het vermogensrecht', *WPNR* 2004/6575.

Van Velten 2005a

A.A. van Velten, 'Vormvereiste van artikel 7:2 lid 1 BW bij consumentenkoop o.g.', *WPNR* 2005/6613.

Van Velten 2005b

A.A. van Velten, 'Eerste ervaringen met het vormvereiste van art. 7:2 lid 1 BW (vervolg)', *WPNR* 2005/6636.

Van Velten 2005c

A.A. Van Velten, *Koop van onroerende zaken*, Monografieën BW B65c, Deventer: Kluwer 2005.

Van Velten 2005d

A.A. van Velten, 'Rechtsvragenrubriek', *WPNR* 2005/6623.

Van Velten 2005e

A.A. van Velten, 'Rechtsvragenrubriek', *WPNR* 2005/6617.

Van Velten 2005f

A.A. van Velten, 'Vormgeving bij koop van door verkoper te formeren appartementsrecht', *WPNR* 2005/6617.

Van Velten 2005g

A.A. van Velten, 'Positie van de beslaglegger na een aantekening ex art. 7:3 BW', *WPNR* 2005/6614.

Van Velten 2006a

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* 2006/6675.

Van Velten 2006b

A.A. van Velten in: J. de Gruiter, 'We schieten door; de notaris is geen rechercheur', *Notariaat magazine* 2006/10.

Van Velten 2006c

A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten*, Ars Notariatus, deel 120, Deventer: Kluwer 2006.

Van Velten 2007

A.A. van Velten, 'De onzekerheid van art. 7:2 BW', *WPNR* 2007/6711.

Van Velten 2008a

A.A. van Velten, 'Enkele eerste opmerkingen over het wetsvoorstel verruiming elektronisch rechtsverkeer en de invloed daarvan op de koop en aanneming van onroerende zaken', *WPNR* 2008/6756, p. 405-408.

Van Velten 2008b

A.A. van Velten, 'De betekenis van de voor-inschrijving van een koopovereenkomst m.b.t. een registergoed (Vormgeving ex art. 7:3 BW)', *WPNR* 2008/6739.

Van Velten 2008c

A.A. van Velten, 'Het schriftelijk koopcontract van art. 7:2 BW', *WPNR* 2008/6740.

Van Velten 2009a

A.A. van Velten, 'Klik zei de muis en weg was het huis', afscheidsrede VU 17 april 2009

Van Velten 2009b

A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, Deventer: Kluwer 2009.

Veltman 2004

P.F. Veltman e.a., 'Koop onroerende zaak', *Notarisklerk* 2004, nr. 1434.

Van Velzen 2002

N. van Velzen e.a., *Een huis op maat; advies van de MDW werkgroep Koper op de nieuwbouwwaarde*, 2002.

Verstappen 2009

L.C.M. Verstappen, 'Grondeigendom, gebruiksrechten op grond en grondboekhouding in China', *WPNR* 2009/6781.

Vijselaar 2004

J. Vijselaar, 'Waar blijft de notaris als poortwachter van het rechtsverkeer?: Rotterdams Alijda-project roept vraagtekens op over rol notaris', *Notariaat Magazine* 2004/10.

Vijselaar 2005

J. Vijselaar, 'Valse salarisstrookjes, verkeerde taxaties en gestolen paspoorten: hypotheekfraude loopt uit de hand', *Notariaat Magazine* 2005/3.

Vijselaar 2006

J. Vijselaar, 'Toezicht: de stand van zaken', *Notariaat Magazine* 2006/12.

Vijselaar 2007a

J. Vijselaar, 'ABC-transacties, verkoopcarrouzels, hypotheekfraude: Onderzoek naar huizenzwendel levert weinig nieuwe feiten op', *Notariaat Magazine* 2007/4.

Vijselaar 2007b

J. Vijselaar, 'Miljoenschade door hypotheekfraude: Wie zal dat betalen?', *Notariaat Magazine* 2007/1.

Vis Azn 2003

M.J. Vis Azn, 'Aanneming van werk', *Nieuwsbrief BW* 2003/7-8.

Visser 2009

Visser, 'Vormering' ex art. 7:3 BW: ook voor de veilingkoper?', *WPNR* 2009/6787, p.170.

Vroom 2001

V. Vroom, 'De kwaliteitsrekening na HR 12 januari 2001', *V&O* 2001/5.

Waaijer 2003

B.C.M. Waaijer, *De Notariswet*, Deventer: Kluwer 2003.

Wedekind 1991a

W.G.P.E. Wedekind, 'Beraadslagen over het preadvies Bouwaanneming volgens het NBW: evaluerende en rechtsvergelijkende beschouwingen', *Bouwrecht* 1991/3, p. 196.

Wedekind 1991b

W. G.P.E. Wedekind, 'De koper heeft honderd ogen nodig, de verkoper niet een. Enige opmerkingen over de invoering van een "bedenktijd" bij consumentenkoop van onroerende zaken', *WPNR* 1991/6019.

Wedekind 1993

W.G.P.E. Wedekind, 'Bescherming van kopers van woningen', *NJB* 1993, nr. 42.

Wedekind 1994

W.G.P.E. Wedekind, 'Wetsontwerp ("consumenten"-) koop van onroerende zaken bij Tweede Kamer ingediend', *Bouwrecht* 1994, nr. 5.

Westrik 2009

R. Westrik, 'De blokkerende werking van beslag', *WPNR* 2009/6798.

Ynzonides & Oudelaar 2001

M. Ynzonides en H. Oudelaar, In: *Executie en beslag* (Vademecum Burgerlijk Procesrecht), 2001.

Van der Zijpp 2004

B. van der Zijpp, 'Nieuwe wet voor aanneming van werk', *Vastgoedrecht* 2004, nr. 1.

Zwanikken 2008

G.G. Zwanikken, 'Narecherche en faillissement', *JBN* 2008, nr. 4.

Samenstelling begeleidingscommissie

Voorzitter

prof. mr. S.E. Bartels Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Radboud Universiteit Nijmegen

Leden

mr. P.C. van Es	Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden
mr. I. Jansen	Ministerie van Justitie
dr. B. van Gestel	Wetenschappelijk Onderzoek en Documentatiecentrum
mr. E.C. van Ginkel	Wetenschappelijk Onderzoek en Documentatiecentrum
mr. G.W.M. Hesselink	Ministerie van Economische Zaken
dr. H.B. Winter	Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Rijksuniversiteit Groningen

Overzicht geïnterviewde organisaties

Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

Nederlandse Vereniging van Makelaars in onroerende goederen en vastgoeddeskundigen

Landelijke Makelaars Vereniging

Vereniging Bemiddeling Onroerend goed

Vereniging van Nederlandse Projectontwikkelings Maatschappijen

Bouwend Nederland: vereniging van bouw en infrabedrijven

Vereniging Eigen Huis

Garantie Instituut Woningbouw

Nederlandse Vereniging van Banken

Woningborg: vereniging van bouw en infrabedrijven

Stichting Vakantiekampen

Bouwfonds ontwikkeling

Vragenlijst Huizenmarkt

koper/verkoper

1. U heeft een onroerend goed:

- gekocht
- verkocht
- zowel verkocht als gekocht

2. Het onroerend goed was gelegen

Indien u zowel gekocht als verkocht heeft, beantwoordt u de vraag dan voor het onroerend goed dat u gekocht heeft.

- in Amsterdam
- buiten Amsterdam

3. Het ging om:

- bestaande bouw
- nieuwbouw

4. Het object was bestemd voor:

- zakelijk gebruik
- gemengd gebruik

5. In welke hoedanigheid trad u op?

- als particulier
- in de uitoefening van een beroep of bedrijf

6. Wanneer vond de overdracht van het onroerend goed plaats?

- vóór 1 september 2003
- na 1 september 2003

7. Heeft u bij de aankoop/verkoop van deze woning één of meerdere deskundigen ingeschakeld? En zo ja, welke en wanneer?

- Nee, ik heb geen deskundige ingeschakeld.
- Ja, voor het sluiten van de (schriftelijke) koopovereenkomst, namelijk
- Ja, tijdens de drie dagen bedenktijd na het sluiten van de (schriftelijke) koopovereenkomst, namelijk
- Ja, na het sluiten van de (schriftelijke) koopovereenkomst en na de drie dagen bedenktijd, namelijk

Vragenlijst Huizenmarkt

koper/verkoper

8. Indien u een deskundige heeft ingeschakeld bij de aankoop/verkoop van uw woning, waarom deed u dat? Indien u geen deskundige heeft ingeschakeld, waarom niet?

9. Door wie is de schriftelijke koopovereenkomst opgesteld?

indien u zowel gekocht als verkocht heeft, beantwoordt u de vraag dan voor het onroerend goed dat u gekocht heeft

- De makelaar van de koper.
- De makelaar van de verkoper.
- De notaris.
- De advocaat.
- Mijzelf, ik heb gebruik gemaakt van een modelcontract.
- Mijzelf, ik heb geen gebruik gemaakt van een modelcontract.
- De verkoper.
- Weet niet.
- Iemand anders, te weten

10. Was in de koopovereenkomst een ontbindende voorwaarde opgenomen die verband hield met de uitkomst van een deskundig advies?

- Nee.
- Ja, onder voorbehoud van een bouwkundige keuring.
- Ja, onder voorbehoud van een milieutechnische keuring (bijvoorbeeld met betrekking tot bodemverontreiniging).
- Ja, onder voorbehoud van een taxatie.
- Ja, onder voorbehoud van een andere dan de genoemde, te weten
- Weet niet.

11. Heeft u voor zover het om nieuwbouw gaat gebruik gemaakt van de mogelijkheid om de laatste 5% van de aanneemsom niet aan de aannemer te betalen, maar bij de notaris in depot te houden en waarom?

- Ja, omdat
- Nee, omdat
- Ik ben niet bekend met deze mogelijkheid.
- Niet van toepassing.
- Weet niet.

Vragenlijst Huizenmarkt

koper/verkoper

12. In geval van koop/verkoop na 1 september 2003: heeft u de koopovereenkomst laten inschrijven in de openbare registers (het Kadaster) en waarom?

Let Op: het gaat hierbij om de schriftelijke koopovereenkomst en niet om de akte van levering. De koopovereenkomst is het eerste document dat wordt ondertekend. De akte van levering, die altijd bij de notaris wordt opgesteld, wordt altijd ingeschreven.

- Ja, omdat
- Nee, omdat
- Deze mogelijkheid was mij niet bekend.
- Niet van toepassing.
- Weet niet.

13. Heeft u problemen ondervonden bij de aankoop/verkoop van uw woning?

- Nee.
- Ja, met name gebrek aan informatie over het te kopen object.
- Ja, met name gebrek aan juridische kennis bij het opstellen/beoordelen van de koopovereenkomst.
- Ja, met name het onder tijdsdruk moeten nemen van een beslissing.
- Ja, anders, namelijk
- Weet niet.

14. Wat vindt u van de eis dat de koopovereenkomst met betrekking tot een woning schriftelijk moet worden opgesteld?

- Zinvol om duidelijkheid te hebben over de inhoud van de overeenkomst.
- Zinvol om duidelijkheid te hebben over het moment dat de koop is gesloten en de aanvang van de bedenktijd.
- Zinvol zodat dan niet tot ondoordachte beslissingen over wordt gegaan.
- Een onnodige belasting.
- Geen mening.
- Anders, namelijk

15. Wat vindt u van de duur van de bedenktijd, met het oog op een eventueel in te schakelen deskundige, afwachten van de rapportage, en eventueel op grond daarvan ontbinden van de overeenkomst?

- De termijn is precies goed.
- De termijn is te kort, die zou langer moeten zijn, namelijk
- De termijn is te lang, die zou korter moeten zijn, namelijk
- Ik vind de termijn overbodig.
- Geen mening.

Vragenlijst Huizenmarkt

koper/verkoper

16. Wat vindt u van de duur van de bedenktijd met het oog op de mogelijkheid voor de koper om zich op een mogelijk overhaaste aankoopbeslissing te kunnen beraden?

- De termijn is precies goed.
- De termijn is te kort, die zou langer moeten zijn, namelijk
- De termijn is te lang, die zou korter moeten zijn, namelijk
- Ik vind de termijn overbodig.
- Geen mening.

17. Vindt u dat de bedenktijd ook zou moeten gelden voor de verkoper?

- Ja, maar alleen als het een particulier is.
- Ja, zowel voor een particulier als voor een zakelijke partij.
- Nee.
- Geen mening.

18. Hoe denkt u dat uw belangen het beste worden gewaarborgd?

- Schriftelijke overeenkomst en drie dagen bedenktijd (dit is de huidige regeling).
 - Enkel een schriftelijke overeenkomst is voldoende.
 - Verplichte inschakeling van de notaris bij het opstellen van de koopovereenkomst.
 - Zowel inschakeling van de notaris bij het opstellen van de schriftelijke koopovereenkomst als een drie dagen bedenktijd.
 - Anders, namelijk
 - Geen mening.
-

Vragenlijst Huizenmarkt makelaars in Amsterdam

1. **Wat is volgens u het belangrijkste knelpunt bij de koop/verkoop van onroerende zaken/woningen?**
 - Gebrek aan juridische kennis bij de partijen.
 - Gebrek aan informatie met betrekking tot het object.
 - Tijdsdruk waaronder door de koper besloten moet worden.
 - Anders, namelijk

 2. **Hoe past u het begrip ‘een tot bewoning bestemde onroerende zaak’ toe op objecten die een gemengde bestemming hebben?**
 - Indien een deel van de onroerende zaak een woonbestemming heeft (ook al is het een minderheid) valt de onroerende zaak altijd **binnen** dit begrip.
 - Enkel indien de helft of meer van de vierkante meters voor bewoning zijn bestemd, valt het **binnen** dit begrip.
 - Enkel als het object overwegend (70% of meer van de vierkante meters) voor bewoning is bestemd, valt het **binnen** dit begrip.
 - Indien een deel van de onroerende zaak een zakelijke bestemming heeft (ook al is het een minderheid) valt de onroerende zaak **nooit** onder dit begrip.

 3. **Vindt u het een probleem dat een particulier die een geheel (of hoofdzakelijk) zakelijk object koopt, bijvoorbeeld om er een woning van te maken, niet de bescherming geniet van art. 7:2 BW en waarom?**

 4. **Kunt u voordelen noemen van de Amsterdamse praktijk? En zo ja, welke?**

 5. **Kunt u nadelen noemen van de Amsterdamse praktijk? En zo ja, welke?**

 6. **Ziet u reden om de Amsterdamse praktijk aan te passen?**
 - Nee, het systeem functioneert naar tevredenheid.
 - Ja, namelijk
 - Geen mening.

 7. **Zou u een voorstander zijn van het verplicht invoeren van de Amsterdamse praktijk voor geheel Nederland? Kunt u uw antwoord toelichten?**
-

Vragenlijst Huizenmarkt makelaars in Amsterdam

- 8. Komt het in uw praktijk voor dat verkopers/kopers, nadat mondeling overeenstemming is bereikt, de afspraken willen wijzigen als de koopovereenkomst opgesteld moet worden?**
- Nooit.
 - Af en toe.
 - Regelmatig.
 - Vaak
 - Mij niet bekend.
- 9. Het *schriftelijkheidsvereiste* geldt nu voor objecten die (hoofdzakelijk) bestemd zijn als woning. Vindt u dat het schriftelijkheidsvereiste voor meer objecten zou moeten gelden?**
- Nee, dat zou een onnodige belasting zijn.
 - Nee, om een andere reden, namelijk
 - Ja, ook voor objecten met een gemengde bestemming, omdat
 - Ja, voor alle koopovereenkomsten met betrekking tot onroerend goed, ongeacht de bestemming van het object, omdat
 - Ja, namelijk
 - Geen mening.
- 10. Het *schriftelijkheidsvereiste* geldt nu als sprake is van een particuliere koper (natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf). Vindt u dat dit bij meer kopers zou moeten gelden?**
- Nee, dat zou een onnodige belasting zijn.
 - Nee, om een andere reden, namelijk
 - Ja, ook voor bedrijfsmatig handelende natuurlijke personen, omdat
 - Ja, het zou altijd moeten gelden, ongeacht de hoedanigheid van de koper, omdat
 - Ja, namelijk
 - Geen mening.
- 11. Hoe wordt in uw praktijk een koopovereenkomst gesloten bij een koper die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf?**
- Altijd schriftelijk.
 - In de meeste gevallen schriftelijk.
 - Even vaak schriftelijk als mondeling.
 - In de meeste gevallen mondeling.
 - Altijd mondeling.
-

Vragenlijst Huizenmarkt makelaars in Amsterdam

12. Brengt u uw cliënten die een woning kopen op de hoogte van de mogelijkheid tot inschrijving van de koopovereenkomst en de gevolgen daarvan?

- Nooit.
- In de meeste gevallen niet.
- In de meeste gevallen wel.
- Altijd.

13. Komt het voor dat uw cliënten die een woning hebben gekocht, gebruik maken van de mogelijkheid om de koopovereenkomst te ontbinden in de bedenktijd?

- Nooit.
- Af en toe.
- Regelmatig.
- Vaak
- Niet bij mij bekend.

14. Is het uw ervaring dat zich problemen voordoen in het geval de koper de bedenktijd inroept en zo ja, welke?

Te denken valt bijvoorbeeld aan de ontkenning door de verkoper van ontvangst van een ontbindingsverklaring van de koper.

15. Wat vindt u van de duur van de bedenktijd, met het oog op een eventueel in te schakelen deskundige, afwachten van de rapportage, en eventueel op grond daarvan ontbinden van de overeenkomst?

- De termijn is precies goed.
- De termijn is niet goed, omdat
- Geen mening.

16. Wat vindt u van de duur van de bedenktijd met het oog op de mogelijkheid voor de koper om zich op een mogelijk overhaaste aankoopbeslissing te kunnen beraden en mogelijk naar aanleiding daarvan de overeenkomst te ontbinden?

- De termijn is precies goed.
- De termijn is niet goed, omdat
- Geen mening.

17. Kunt u voordelen noemen van de bedenktijd? Zo ja, welke?

18. Kunt u nadelen noemen van de bedenktijd? Zo ja, welke?

Vragenlijst Huizenmarkt makelaars in Amsterdam

19. De drie dagen bedenktijd geldt nu voor objecten (hoofdzakelijk) bestemd als woning. Vindt u dat de bedenktijd voor meer objecten zou moeten gelden?

- Nee, dat zou een onnodige belasting zijn.
- Nee, om een andere reden, namelijk
- Ja, ook voor objecten met een gemengde bestemming, omdat
- Ja, het zou moeten gelden voor alle koopovereenkomsten met betrekking tot onroerend goed, ongeacht de bestemming van het object, omdat
- Ja, namelijk
- Geen mening

20. De drie dagen bedenktijd geldt nu voor particuliere kopers (natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf). Vindt u dat dit voor meer kopers zou moeten gelden?

- Nee, dat zou een onnodige belasting zijn.
- Nee, om een andere reden, namelijk
- Ja, het zou ook moeten gelden voor natuurlijke personen die handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf, omdat
- Ja, het zou altijd moeten gelden, ongeacht de hoedanigheid van de koper, omdat
- Ja, namelijk
- Geen mening.

21. Vindt u dat de drie dagen bedenktijd ook zou moeten gelden voor de verkoper?

- Ja, maar enkel als het een particulier is.
- Ja, ongeacht de hoedanigheid van de verkoper.
- Nee.
- Geen mening.

22. Is er volgens u reden of noodzaak de drie dagen bedenktijd aan te passen, te vervangen of aan te vullen met een alternatieve beschermingsmaatregel voor de koper?

- Nee, de regeling voldoet aan de behoeften.
- Ja, de regeling zou moeten worden vervangen door verplichte notariële tussenkomst bij het opstellen van de koopovereenkomst.
- Ja, de regeling zou moeten worden aangevuld met verplichte notariële tussenkomst bij het opstellen van de koopovereenkomst.
- Ja, namelijk
- Geen mening.

Vragenlijst Huizenmarkt makelaars in Amsterdam

- 23. Bent u van mening dat er voor makelaars een rol is weggelegd bij de bestrijding van vastgoedfraude? Zo ja, welke rol, bij welke vorm van vastgoedfraude en waarom denkt u dat?**
- 24. Bent u van mening dat er voor het notariaat een rol is weggelegd bij de bestrijding van vastgoedfraude? Zo ja, welke rol, bij welke vorm van vastgoedfraude en waarom denkt u dat?**
- 25. Ziet u daarnaast andere mogelijkheden voor de bestrijding van vastgoedfraude? Zo ja, welke?**
- 26. Heeft u verder nog aanvullende opmerkingen?**

Vragenlijst Huizenmarkt makelaars buiten Amsterdam

- 1. Wat is volgens u het belangrijkste knelpunt bij de koop/verkoop van onroerende zaken/woningen?**
 - Gebrek aan juridische kennis bij de partijen.
 - Gebrek aan informatie met betrekking tot het object.
 - Tijdsdruk waaronder door de koper besloten moet worden.
 - Anders, namelijk

 - 2. Hoe past u het begrip ‘een tot bewoning bestemde onroerende zaak’ toe op objecten die een gemengde bestemming hebben?**
 - Indien een deel van de onroerende zaak een woonbestemming heeft (ook al is het een minderheid) valt de onroerende zaak altijd binnen dit begrip.
 - Enkel indien de helft of meer van de vierkante meters voor bewoning zijn bestemd, valt het binnen dit begrip.
 - Enkel als het object overwegend (70% of meer van de vierkante meters) voor bewoning is bestemd, valt het binnen dit begrip.
 - Indien een deel van de onroerende zaak een zakelijke bestemming heeft (ook al is het een minderheid) valt de onroerende zaak nooit onder dit begrip.

 - 3. Vindt u het een probleem dat een particulier die een geheel (of hoofdzakelijk) zakelijk object koopt, bijvoorbeeld om er een woning van te maken, niet de bescherming geniet van art. 7:2 BW en waarom?**

 - 4. Schakelt u wel eens een juridische deskundige in bij het opstellen van de koopovereenkomst?**
 - Nee, want wij stellen nooit zelf de koopovereenkomst op.
 - Nee, want we hebben voldoende kennis in huis.
 - Nee, om een andere reden, namelijk
 - Ja, met name voor vragen met betrekking tot

 - 5. Indien u de koopovereenkomst opstelt: denkt u dat van uw expertise minder gebruik zal worden gemaakt als de koopovereenkomst niet meer door u mag worden opgesteld?**
 - Ja, omdat
 - Nee, omdat
 - Geen mening.

 - 6. Kunt u voordelen noemen van de Amsterdamse praktijk? En zo ja, welke?**

 - 7. Kunt u nadelen noemen van de Amsterdamse praktijk? En zo ja, welke?**
-

Vragenlijst Huizenmarkt makelaars buiten Amsterdam

- 8. Zou u een voorstander zijn van het verplicht invoeren van de Amsterdamse praktijk voor geheel Nederland? Kunt u uw antwoord toelichten?**
- 9. Komt het in uw praktijk voor dat verkopers/kopers, nadat mondeling overeenstemming is bereikt, de afspraken willen wijzigen als de koopovereenkomst opgesteld moet worden?**
- Nooit.
 - Af en toe.
 - Regelmatig.
 - Vaak
 - Mij niet bekend.
- 10. Het schriftelijkheidsvereiste geldt nu voor objecten (hoofdzakelijk) bestemd als woning. Vindt u dat het schriftelijkheidsvereiste voor meer objecten zou moeten gelden?**
- Nee, dat zou een onnodige belasting zijn.
 - Nee, om een andere reden, namelijk
 - Ja, ook voor objecten met een gemengde bestemming, omdat
 - Ja, voor alle koopovereenkomsten met betrekking tot onroerend goed, ongeacht de bestemming van het object, omdat
 - Ja, namelijk
 - Geen mening.
- 11. Het schriftelijkheidsvereiste geldt nu als sprake is van een particuliere koper (natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf). Vindt u dat dit bij meer kopers zou moeten gelden?**
- Nee, dat zou een onnodige belasting zijn.
 - Nee, om een andere reden, namelijk
 - Ja, ook voor bedrijfsmatig handelende natuurlijke personen, omdat
 - Ja, het zou altijd moeten gelden, ongeacht de hoedanigheid van de koper, omdat
 - Ja, namelijk
 - Geen mening.
- 12. Hoe wordt in uw praktijk een koopovereenkomst gesloten bij een koper die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf?**
- Altijd schriftelijk.
 - In de meeste gevallen schriftelijk.
 - Even vaak schriftelijk als mondeling.
 - In de meeste gevallen mondeling.
 - Altijd mondeling.
-

Vragenlijst Huizenmarkt makelaars buiten Amsterdam

13. Brengt u uw cliënten die een woning kopen op de hoogte van de mogelijkheid tot inschrijving van de koopovereenkomst en de gevolgen daarvan?

- Nooit.
- In de meeste gevallen niet.
- In de meeste gevallen wel.
- Altijd.

14. Komt het voor dat uw cliënten die een woning hebben gekocht, gebruik maken van de mogelijkheid om de koopovereenkomst te ontbinden in de bedenktijd?

- Nooit.
- Af en toe.
- Regelmatig.
- Vaak
- Niet bij mij bekend.

15. Is het uw ervaring dat zich problemen voordoen in het geval de koper de bedenktijd inroept en zo ja, welke?

Te denken valt bijvoorbeeld aan de ontkenning door de verkoper van ontvangst van een ontbindingsverklaring van de koper.

16. Wat vindt u van de duur van de bedenktijd, met het oog op een eventueel in te schakelen deskundige, het afwachten van de rapportage, en het eventueel op grond daarvan ontbinden van de overeenkomst?

- De termijn is precies goed.
- De termijn is niet goed, omdat
- Geen mening.

17. Wat vindt u van de duur van de bedenktijd met het oog op de mogelijkheid voor de koper om zich op een mogelijk overhaaste aankoopbeslissing te kunnen beraden en mogelijk naar aanleiding daarvan de overeenkomst te ontbinden?

- De termijn is precies goed.
- De termijn is niet goed, omdat
- Geen mening.

18. Kunt u voordelen noemen van de bedenktijd? Zo ja, welke?

19. Kunt u nadelen noemen van de bedenktijd? Zo ja, welke?

Vragenlijst Huizenmarkt makelaars buiten Amsterdam

20. De drie dagen bedenktijd geldt nu voor objecten (hoofdzakelijk) bestemd als woning. Vindt u dat de bedenktijd voor meer objecten zou moeten gelden?

- Nee, dat zou een onnodige belasting zijn.
- Nee, om een andere reden, namelijk
- Ja, ook voor objecten met een gemengde bestemming, omdat
- Ja, het zou moeten gelden voor alle koopovereenkomsten met betrekking tot onroerend goed, ongeacht de bestemming van het object, omdat
- Ja, namelijk
- Geen mening.

21. De drie dagen bedenktijd geldt nu voor particuliere kopers (natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf). Vindt u dat dit voor meer kopers zou moeten gelden?

- Nee, dat zou een onnodige belasting zijn.
- Nee, om een andere reden, namelijk
- Ja, het zou ook moeten gelden voor natuurlijke personen die handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf, omdat
- Ja, het zou altijd moeten gelden, ongeacht de hoedanigheid van de koper, omdat
- Ja, namelijk
- Geen mening.

22. Vindt u dat de drie dagen bedenktijd ook zou moeten gelden voor de verkoper?

- Ja, maar enkel als het een particulier is.
- Ja, ongeacht de hoedanigheid van de verkoper.
- Ja, het zou ook moeten gelden voor de volgende (rechts)personen
- Nee.
- Geen mening.

23. Is er volgens u reden of noodzaak de drie dagen bedenktijd aan te passen, te vervangen of aan te vullen door een alternatieve beschermingsmaatregel voor de koper?

- Nee, de regeling voldoet aan de behoeften.
- Ja, de regeling zou moeten worden vervangen door verplichte notariële tussenkomst bij het opstellen van de koopovereenkomst.
- Ja, de regeling zou moeten worden aangevuld met verplichte notariële tussenkomst bij het opstellen van de koopovereenkomst.
- Ja, namelijk
- Geen mening.

Vragenlijst Huizenmarkt makelaars buiten Amsterdam

- 24. Bent u van mening dat er voor makelaars een rol is weggelegd bij de bestrijding van vastgoedfraude? Zo ja, welke rol, bij welke vorm van vastgoedfraude en waarom denkt u dat?**
- 25. Bent u van mening dat er voor het notariaat een rol is weggelegd bij de bestrijding van vastgoedfraude? Zo ja, welke rol, bij welke vorm van vastgoedfraude en waarom denkt u dat?**
- 26. Ziet u daarnaast andere mogelijkheden voor de bestrijding van vastgoedfraude? Zo ja, welke?**
- 27. Heeft u verder nog opmerkingen?**

Vragenlijst Huizenmarkt notarissen in Amsterdam

- 1. Wat is volgens u het belangrijkste knelpunt bij de koop/verkoop van onroerende zaken/woningen?**
 - Gebrek aan juridische kennis bij de partijen.
 - Gebrek aan informatie met betrekking tot het object.
 - Tijdsdruk waaronder door de koper besloten moet worden.
 - Anders, namelijk

 - 2. Hoe past u het begrip ‘een tot bewoning bestemde onroerende zaak’ toe op objecten die een gemengde bestemming hebben?**
 - Indien een deel van de onroerende zaak een woonbestemming heeft (ook al is het een minderheid) valt de onroerende zaak altijd binnen dit begrip.
 - Enkel indien meer dan de helft van de vierkante meters voor bewoning zijn bestemd, valt het binnen dit begrip.
 - Enkel als het object overwegend (70% of meer van de vierkante meters) voor bewoning is bestemd, valt het binnen dit begrip.
 - Indien een deel van de onroerende zaak een zakelijke bestemming heeft (ook al is het een minderheid) valt de onroerende zaak nooit onder dit begrip.

 - 3. Vindt u het een probleem dat een particulier die een geheel (of hoofdzakelijk) zakelijk object koopt, bijvoorbeeld om er een woning van te maken, niet de bescherming geniet van art. 7:2 BW en waarom?**

 - 4. Komt het voor dat de koopovereenkomst is opgesteld door een ander dan uzelf? Zo ja, geeft dit problemen en welke problemen zijn dit dan (specificeer naar opsteller)?**

 - 5. Zijn er voor u redenen om uw tarief voor de overdracht van een woning te verhogen indien het wettelijk verplicht zou worden dat de koopovereenkomst bij de notaris moet worden opgemaakt?**
 - Ja, omdat
 - Nee.

 - 6. Ziet u voordelen van de Amsterdamse praktijk? En zo ja, welke?**

 - 7. Ziet u nadelen van de Amsterdamse praktijk? En zo ja, welke?**
-

Vragenlijst Huizenmarkt notarissen in Amsterdam

8. Ziet u reden om de Amsterdamse praktijk aan te passen?

- Nee, het systeem functioneert naar tevredenheid.
- Ja, namelijk

9. Zou u een voorstander zijn van het verplicht invoeren van de Amsterdamse praktijk voor geheel Nederland? Kunt u uw antwoord toelichten?

10. Komt het in uw praktijk voor dat verkopers/kopers, nadat mondeling overeenstemming is bereikt, de afspraken willen wijzigen als de koopovereenkomst opgesteld moet worden?

- Nooit.
- Af en toe.
- Regelmatig.
- Vaak
- Mij niet bekend.

11. Het schriftelijkheidsvereiste geldt nu voor objecten die (hoofdzakelijk) bestemd zijn als woning. Vindt u dat het schriftelijkheidsvereiste voor meer objecten zou moeten gelden?

- Nee, dat zou een onnodige belasting zijn.
- Nee, om een andere reden, namelijk
- Ja, ook voor objecten met een gemengde bestemming, omdat
- Ja, voor alle koopovereenkomsten met betrekking tot onroerend goed, ongeacht de bestemming van het object, omdat
- Ja, namelijk
- Geen mening.

12. Het schriftelijkheidsvereiste geldt nu als sprake is van een particuliere koper (natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf). Vindt u dat dit voor meer kopers zou moeten gelden?

- Nee, dat zou een onnodige belasting zijn.
 - Nee, om een andere reden, namelijk
 - Ja, het zou ook moeten gelden bij bedrijfsmatig handelende personen, omdat
 - Ja, het zou altijd moeten gelden, ongeacht de hoedanigheid van de koper, omdat
 - Ja, namelijk
 - Geen mening.
-

Vragenlijst Huizenmarkt notarissen in Amsterdam

13. Hoe wordt in uw praktijk een koopovereenkomst gesloten bij een koper die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf?

- Altijd schriftelijk.
- In de meeste gevallen schriftelijk.
- Even vaak schriftelijk als mondeling.
- In de meeste gevallen mondeling.
- Altijd mondeling.
- Niet bij mij bekend.

14. Brengt u uw cliënten die een woning kopen op de hoogte van de mogelijkheid tot inschrijving van de koopovereenkomst en de gevolgen daarvan?

- Nooit.
- In de meeste gevallen niet.
- In de meeste gevallen wel.
- Altijd.

15. Hoe vaak wordt in uw praktijk in de aanloop naar de overdracht van een onroerende zaak de koopovereenkomst ingeschreven?

- Nooit.
- Af en toe.
- Regelmatig.
- Vaak
- Niet bij mij bekend.

16. Hoe vaak komt het voor dat wanneer één van uw cliënten de koopovereenkomst heeft laten inschrijven, deze gebruik maakt van de beschermingsmogelijkheden van artikel 7:3 BW?

- Nooit.
- Af en toe.
- Regelmatig.
- Vaak
- Niet bij mij bekend.

17. Komt het voor dat uw cliënten die een woning hebben gekocht, gebruik maken van de mogelijkheid om de koopovereenkomst te ontbinden tijdens de bedenktijd?

- Nooit.
 - Af en toe.
 - Regelmatig.
 - Vaak
 - Niet bij mij bekend.
-

Vragenlijst Huizenmarkt notarissen in Amsterdam

18. Is het uw ervaring dat zich problemen voordoen in het geval de koper de bedenktijd inroept en zo ja, welke?

Te denken valt bijvoorbeeld aan de ontkenning door de verkoper van ontvangst van een ontbindingsverklaring van de koper.

19. Wat vindt u van de duur van de bedenktijd, met het oog op een eventueel in te schakelen deskundige, het afwachten van de rapportage, en het eventueel op grond daarvan ontbinden van de overeenkomst?

- De termijn is niet goed, suggestie voor duur en reden:
- Geen mening.

20. Wat vindt u van de duur van de bedenktijd met het oog op de mogelijkheid voor de koper om zich op een mogelijk overhaaste aankoopbeslissing te kunnen beraden en mogelijk naar aanleiding daarvan de overeenkomst te ontbinden?

- De termijn is precies goed.
- De termijn is niet goed, suggestie voor duur en reden:
- Geen mening.

21. Kunt u voordelen noemen van de bedenktijd? Zo ja, welke?

22. Kunt u nadelen noemen van de bedenktijd? Zo ja, welke?

23. De drie dagen bedenktijd geldt nu enkel voor objecten (hoofdzakelijk) bestemd als woning. Vindt u dat de bedenktijd voor meer objecten zou moeten gelden?

- Nee, dat zou een onnodige belasting zijn.
 - Nee, om een andere reden, namelijk
 - Ja, ook voor objecten met een gemengde bestemming, omdat
 - Ja, het zou moeten gelden voor alle koopovereenkomsten met betrekking tot onroerend goed, ongeacht de bestemming van het object, omdat
 - Ja, namelijk
 - Geen mening.
-

Vragenlijst Huizenmarkt notarissen in Amsterdam

24. De drie dagen bedenktijd geldt nu voor particuliere kopers (natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf). Vindt u dat dit voor meer kopers zou moeten gelden?

- Nee, dat zou een onnodige belasting zijn.
- Nee, om een andere reden, namelijk
- Ja, het zou ook moeten gelden voor natuurlijke personen die handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf, omdat
- Ja, het zou altijd moeten gelden, ongeacht de hoedanigheid van de koper, omdat
- Ja, namelijk
- Geen mening.

25. Vindt u dat de drie dagen bedenktijd ook zou moeten gelden voor de verkoper?

- Ja, maar enkel als het een particulier is.
- Ja, ongeacht de hoedanigheid van de verkoper.
- Nee.
- Geen mening.

26. Is er volgens u reden of noodzaak de drie dagen bedenktijd aan te passen, te vervangen of aan te vullen met/door een alternatieve beschermingsmaatregel voor de koper?

- Nee, de regeling voldoet aan de behoeften.
- Ja, de regeling zou moeten worden vervangen door verplichte notariële tussenkomst bij het opstellen van de koopovereenkomst.
- Ja, de regeling zou moeten worden aangevuld met verplichte notariële tussenkomst bij het opstellen van de koopovereenkomst.
- Ja, namelijk
- Geen mening.

27. Komt het voor dat de cliënten waarvoor u de overdracht van het perceel heeft verzorgd, gebruik maken van de 5% regeling van art. 7:768 BW?

- Nooit.
- Af en toe.
- Regelmatig.
- Vaak
- Niet bij mij bekend.

Vragenlijst Huizenmarkt notarissen in Amsterdam

28. Indien er cliënten zijn die gebruik hebben gemaakt van de 5% regeling, hoe vaak komt het dan in die gevallen voor dat de aannemer vervangende zekerheid stelt?

- Nooit.
- Af en toe.
- Regelmatig.
- Vaak
- Niet bij mij bekend.

29. Wat vindt u van de hoogte van de slottermijn van 5% met het oog op het doel om de aannemer tot spoedig herstel te bewegen?

- Precies goed.
- Te hoog, percentage en reden:
- Te laag, percentage en reden:
- Geen mening.

30. Bent u van mening dat er voor het notariaat een rol is weggelegd bij de bestrijding van vastgoedfraude? Zo ja, welke rol, bij welke vorm van vastgoedfraude en waarom denkt u dat?

31. Bent u van mening dat er voor makelaars een rol is weggelegd bij de bestrijding van vastgoedfraude? Zo ja, welke rol, bij welke vorm van vastgoedfraude en waarom denkt u dat?

32. Ziet u daarnaast andere mogelijkheden voor de bestrijding van vastgoedfraude? Zo ja, welke?

33. Heeft u verder nog opmerkingen?

Vragenlijst Huizenmarkt notarissen buiten Amsterdam

- 1. Wat is volgens u het belangrijkste knelpunt bij de koop/verkoop van onroerende zaken/woningen?**
 - Gebrek aan juridische kennis bij de partijen.
 - Gebrek aan informatie met betrekking tot het object.
 - Tijdsdruk waaronder door de koper besloten moet worden.
 - Anders, namelijk

 - 2. Hoe past u het begrip ‘een tot bewoning bestemde onroerende zaak’ toe op objecten die een gemengde bestemming hebben?**
 - Indien een deel van de onroerende zaak een woonbestemming heeft (ook al is het een minderheid) valt de onroerende zaak altijd binnen dit begrip.
 - Enkel indien de helft of meer dan de helft van de vierkante meters voor bewoning zijn bestemd, valt het binnen dit begrip.
 - Enkel als het object overwegend (70% of meer van de vierkante meters) voor bewoning is bestemd, valt het binnen dit begrip.
 - Indien een deel van de onroerende zaak een zakelijke bestemming heeft (ook al is het een minderheid) valt de onroerende zaak nooit onder dit begrip.

 - 3. Vindt u het een probleem dat een particulier die een geheel (of hoofdzakelijk) zakelijk object koopt, bijvoorbeeld om er een woning van te maken, niet de bescherming geniet van art. 7:2 BW en waarom?**

 - 4. Nemen makelaars wel eens contact met u op met betrekking tot de koopovereenkomst?**
 - Nee.
 - Ja, met één of meer specifieke vragen, namelijk
 - Ja, voor het opstellen van de koopovereenkomst.
 - Ja, maar voor andere zaken, namelijk
 - Mij niet bekend

 - 5. Stelt u voor koper en verkoper wel eens een koopovereenkomst op?**
 - Nooit
 - Af en toe
 - Regelmatig
 - Vaak
 - Niet bij mij bekend.

 - 6. Ondervindt u problemen doordat een koopovereenkomst is opgesteld door een ander dan uzelf? Zo ja, welke problemen (specificeer naar opsteller)?**
-

Vragenlijst Huizenmarkt notarissen buiten Amsterdam

7. **Zijn er voor u redenen om uw tarief voor de overdracht van een woning te verhogen indien het wettelijk verplicht zou worden dat de koopovereenkomst bij de notaris moet worden opgemaakt?**
- Ja, omdat
 - Nee.
8. **Ziet u voordelen van de Amsterdamse praktijk? En zo ja, welke?**
9. **Ziet u nadelen van de Amsterdamse praktijk? En zo ja, welke?**
10. **Zou u een voorstander zijn van het verplicht invoeren van de Amsterdamse praktijk voor geheel Nederland? Kunt u uw antwoord toelichten?**
11. **Komt het in uw praktijk voor dat verkopers/kopers, nadat mondeling overeenstemming is bereikt, de afspraken willen wijzigen als de koopovereenkomst opgesteld moet worden?**
- Nooit.
 - Af en toe.
 - Regelmatig.
 - Vaak
 - Mij niet bekend.
12. **Het *schriftelijkheidsvereiste* geldt voor objecten die (hoofdzakelijk) bestemd zijn als woning. Vindt u dat het *schriftelijkheidsvereiste* voor meer objecten zou moeten gelden?**
- Nee, dat zou een onnodige belasting zijn.
 - Nee, om een andere reden, namelijk
 - Ja, ook voor objecten met een gemengde bestemming, omdat
 - Ja, voor alle koopovereenkomsten met betrekking tot onroerend goed, ongeacht de bestemming van het object, omdat
 - Ja, namelijk
 - Geen mening.
-

Vragenlijst Huizenmarkt notarissen buiten Amsterdam

13. Het schriftelijkheidsvereiste geldt nu als sprake is van een particuliere koper (natuurlijke persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf). Vindt u dat dit voor meer kopers zou moeten gelden?

- Nee, dat zou een onnodige belasting zijn.
- Nee, om een andere reden, namelijk
- Ja, ook voor bedrijfsmatig handelende natuurlijke personen, omdat
- Ja, het zou altijd moeten gelden, ongeacht de hoedanigheid van de koper, omdat
- Ja, namelijk
- Geen mening.

14. Hoe wordt in uw praktijk een koopovereenkomst gesloten bij een koper die handelt in uitoefening van een beroep of bedrijf?

- Altijd schriftelijk.
- In de meeste gevallen schriftelijk.
- Even vaak schriftelijk als mondeling.
- In de meeste gevallen mondeling.
- Altijd mondeling.
- Mij niet bekend.

15. Brengt u uw cliënten die een woning kopen op de hoogte van de mogelijkheid tot inschrijving van de koopovereenkomst en de gevolgen daarvan?

- Nooit.
- In de meeste gevallen niet.
- In de meeste gevallen wel.
- Altijd.

16. Hoe vaak wordt in uw praktijk in de aanloop naar de overdracht van een onroerende zaak de koopovereenkomst ingeschreven?

- Nooit.
- Af en toe.
- Regelmatig.
- Vaak
- Niet bij mij bekend.

Vragenlijst Huizenmarkt notarissen buiten Amsterdam

17. Hoe vaak komt het voor dat wanneer één van uw cliënten de koopovereenkomst heeft laten inschrijven, deze gebruik maakt van de beschermingsmogelijkheden van artikel 7:3 BW?

- Nooit.
- Af en toe.
- Regelmatig.
- Vaak
- Niet bij mij bekend.

18. Komt het voor dat uw cliënten die een woning hebben gekocht, gebruik maken van de mogelijkheid om de koopovereenkomst te ontbinden tijdens de bedenktijd?

- Nooit.
- Af en toe.
- Regelmatig.
- Vaak.
- Niet bij mij bekend.

19. Is het uw ervaring dat zich problemen voordoen in het geval de koper de bedenktijd inroept en zo ja, welke?

Te denken valt bijvoorbeeld aan de ontkenning door de verkoper van ontvangst van een ontbindingsverklaring van de koper.

20. Wat vindt u van de duur van de bedenktijd, met het oog op een eventueel in te schakelen deskundige, het afwachten van de rapportage, en het eventueel op grond daarvan ontbinden van de overeenkomst?

- De termijn is precies goed.
- De termijn is niet goed, suggestie voor duur en reden:
- Geen mening.

21. Wat vindt u van de duur van de bedenktijd met het oog op de mogelijkheid voor de koper om zich op een mogelijk overhaaste aankoopbeslissing te kunnen beraden en mogelijk naar aanleiding daarvan de overeenkomst te ontbinden?

- De termijn is precies goed.
- De termijn is niet goed, suggestie voor duur en reden:
- Geen mening.

22. Kunt u voordelen noemen van de bedenktijd? Zo ja, welke?

23. Kunt u nadelen noemen van de bedenktijd? Zo ja, welke?

Vragenlijst Huizenmarkt notarissen buiten Amsterdam

24. De drie dagen bedenktijd geldt nu voor objecten (hoofdzakelijk) bestemd als woning. Vindt u dat de bedenktijd voor meer objecten zou moeten gelden?

- Nee, dat zou een onnodige belasting zijn.
- Nee, om een andere reden, namelijk
- Ja, ook voor objecten met een gemengde bestemming, omdat
- Ja, het zou moeten gelden voor alle koopovereenkomsten met betrekking tot onroerend goed, ongeacht de bestemming van het object, omdat
- Ja, namelijk
- Geen mening.

25. De drie dagen bedenktijd geldt nu voor particuliere kopers (natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf). Vindt u dat dit voor meer kopers zou moeten gelden?

- Nee, dat zou een onnodige belasting zijn.
- Nee, om een andere reden, namelijk
- Ja, het zou ook moeten gelden voor natuurlijke personen die handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf, omdat
- Ja, het zou altijd moeten gelden, ongeacht de hoedanigheid van de koper, omdat
- Ja, namelijk
- Geen mening.

26. Vindt u dat de drie dagen bedenktijd ook zou moeten gelden voor de verkoper?

- Ja, maar enkel als het een particulier is.
- Ja, ongeacht de hoedanigheid van de verkoper.
- Nee.
- Geen mening.

27. Is er volgens u reden of noodzaak de drie dagen bedenktijd aan te passen, te vervangen of aan te vullen met/door een alternatieve beschermingsmaatregel voor de koper?

- Nee, de regeling voldoet aan de behoeften.
- Ja, de regeling zou moeten worden vervangen door verplichte notariële tussenkomst bij het opstellen van de koopovereenkomst.
- Ja, de regeling zou moeten worden aangevuld met verplichte notariële tussenkomst bij het opstellen van de koopovereenkomst.
- Ja, namelijk
- Geen mening.

Vragenlijst Huizenmarkt notarissen buiten Amsterdam

28. Komt het voor dat de cliënten waarvoor u de overdracht van het perceel heeft verzorgd, gebruik maken van de 5% regeling van art. 7:768 BW?

- Nooit.
- Af en toe.
- Regelmatig.
- Vaak
- Niet bij mij bekend.

29. Indien er cliënten zijn die gebruik hebben gemaakt van de 5% regeling, hoe vaak komt het dan in die gevallen voor dat de aannemer vervangende zekerheid stelt?

- Nooit.
- Af en toe.
- Regelmatig.
- Vaak
- Niet bij mij bekend.

30. Wat vindt u van de hoogte van de slottermijn van 5% met het oog op het doel om de aannemer tot spoedig herstel te bewegen?

- Precies goed.
- Te hoog, percentage en reden:
- Te laag, percentage en reden:
- Geen mening.

31. Bent u van mening dat er voor het notariaat een rol is weggelegd bij de bestrijding van vastgoedfraude? Zo ja, welke rol, bij welke vorm van vastgoedfraude en waarom denkt u dat?

32. Bent u van mening dat er voor makelaars een rol is weggelegd bij de bestrijding van vastgoedfraude? Zo ja, welke rol, bij welke vorm van vastgoedfraude en waarom denkt u dat?

33. Ziet u daarnaast andere mogelijkheden voor de bestrijding van vastgoedfraude? Zo ja, welke?

34. Heeft u verder nog opmerkingen?
