

Nog eens nadenken over de bedenktijd voor particuliere huizenkopers

1. Wet koop onroerende zaken; de evaluatie

Sinds 1 september 2003 geldt dat de koop van een woning door een particulier schriftelijk moet worden aangegaan, waarna de koper een bedenktijd heeft van drie dagen.¹ Over deze regelgeving is reeds regelmatig gepubliceerd in *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken*. In 2009 is nog een themanummer aan dit onderwerp gewijd.²

Er was tien jaar parlementaire geschiedenis nodig om de wetgeving gerealiseerd te krijgen. Het was hoog tijd dat de particuliere koper van een woning in bescherming werd genomen. Een huis is immers geen zak appels. Het kopen van een huis heeft grote financiële gevolgen voor de lange termijn. De aanschaf is bepalend voor één van de belangrijkste elementen van het leven van de koper, namelijk de leefruimte. Verder kunnen er bij de koop vele aspecten van belang zijn, denk aan erfdiensbaarheden, bestemmingsplannen, bouwtechnische zaken, verborgen gebreken, etc. Het is een contract waar veel bij kan komen kijken en waar kostbare addertjes onder het gras kunnen zitten. Bovendien zal een particuliere koper een dergelijke overeenkomst waarschijnlijk slechts enkele malen in zijn leven aangaan. Tot 1 september 2003 kwam deze overeenkomst mondeling tot stand. Dat was, zeker in de jaren negentig toen sprake was van een verkopersmarkt en de koper snel en onder druk moest beslissen, voor de particuliere koper bezwaarlijk.

In ieder geval twee mechanismen om de koper te beschermen zijn destijds overwogen: de bedenktijd na het sluiten van de koopovereenkomst en de verplichte betrokkenheid van de notaris bij het sluiten van de koopovereenkomst. Hoewel er in de Kamer een meerderheid leek te zijn voor deze laatste oplossing, is onder dreiging van de minister van intrekking van het hele voorstel toch gekozen voor de bedenktijd. Toegezegd werd dat de wet na vijf jaar geëvalueerd zou worden.

Deze evaluatie heeft inmiddels plaatsgevonden. Vijf onderzoekers van het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht schreven in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoeks en Documentatie Centrum (WODC) een evaluatierapport wat op 16 februari 2010 aan de Tweede Kamer is aangeboden.³ Voorlopig zal het daar onaangevoerd blijven liggen, omdat het tot de controversiële on-

derwerpen behoort die door het thans demissionair geworden kabinet niet onder handen genomen kunnen worden.⁴ In dit artikel zullen in hoofdlijnen de bevindingen van het onderzoeksteam besproken worden.⁵

2. Opzet en methode van het onderzoek

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 het bijzonder gelet op de in literatuur, rechtspraak en praktijk gesignaleerde knelpunten en welke aanpassingen zijn eventueel wenselijk?’

Het onderzoek valt inhoudelijk in verschillende hoofdonderdelen uiteen, te weten: de bedenktijd en het sterk daarmee samenhangende schriftelijkheidsvereiste, de Vormering van artikel 7:3 BW, de 5%-regeling van artikel 7:768 BW en de positie van de notaris. Naast de klassieke juridische onderzoeksmethode (bestudering van parlementaire geschiedenis, literatuur en rechtspraak), zijn empirische gegevens verzameld door middel van het uitzetten van elektronische enquêtes onder kopers, verkopers, makelaars en notarissen en zijn interviews gehouden met vertegenwoordigers van belangenorganisaties. Ten tijde van de uitvoering van het onderzoek was vastgoedfraude een thema dat hoog op de politieke agenda stond. Aanvullend op de hoofdvragen is gekeken of in dit onderzoek aanknopingspunten gevonden konden worden voor de bestrijding van vastgoedfraude.

3. Het schriftelijkheidsvereiste steelt de show

3.1. De belangrijke rol van het schriftelijkheidsvereiste
Kort gezegd ging de discussie tijdens de parlementaire geschiedenis vooral over de vraag hoe de consument het beste beschermd kon worden, door de bedenktijd of de verplichte betrokkenheid van de notaris in de obligatoire fase. Het werd de bedenktijd, en met de bedenktijd deed ook het schriftelijkheidsvereiste zijn intrede. In eerste instantie als noodzakelijke formaliteit voor een goed functioneren van de bedenktijd. Met behulp van het schriftelijkheidsvereiste kan duidelijk vastgesteld worden

* Alle auteurs zijn onderzoeker aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht.

1. Wet van 5 juni 2003, *Stb.* 238 tot aanvulling van titel 7.1 (Koop en ruil) van het nieuwe Burgerlijk Wetboek met bepalingen inzake de koop van onroerende zaken alsmede vaststelling en invoering van titel 7.12 (Aanneming van werk). Hierna: Wet koop onroerende zaken.
2. *TvC* 2009-3.
3. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 320, nr. 1. Het rapport is in boekvorm uitgegeven: A.L.M. Keirse, N.C. van Oostrom, M.Y. Schaub, C.M.J. Barendse & A.M. Steegmans, *Rapportage Wet koop onroerende zaken; de evaluatie*, Boom Juridische uitgevers 2009. Hierna: de rapportage.
4. Zie de Besluitenlijst van de extra-procedurevergadering van dinsdag 2 maart 2010, gepubliceerd op 3 maart 2010 door de vaste commissie voor Justitie, zie <www.tweedekamer.nl>. Onder het menu ‘kamerstukken’ is een link naar de besluitenlijsten van de verschillende commissies te vinden.
5. De resultaten werden op 18 februari 2010 door de onderzoekers op een symposium gepresenteerd. Het *Tijdschrift voor Bouwrecht* wijdt aan dit symposium een themanummer waarin ook de reacties van de respondenten die tijdens dit symposium optraden worden weergegeven.

op welk moment de bedenktijd begint (en eindigt) en staat vast op welke inhoud de koper zich dient te beraden. Maar in de parlementaire geschiedenis wordt ook erkend dat het vereiste een belangrijk nevendoeel heeft, namelijk de rechtszekerheid in het algemeen.

Hoewel de bedenktijd in deze wet de hoofdrol heeft, is er na de totstandkoming van de wet veel meer te doen geweest over het schriftelijkheidsvereiste. Bovendien wezen de bevindingen tijdens het onderzoek uit dat in de praktijk het schriftelijkheidsvereiste een veel grotere rol speelt in de bescherming van de particuliere koper dan de bedenktijd.

Als gevolg van het schriftelijkheidsvereiste krijgt de koper, voordat de koop wordt gesloten, de gelegenheid zich (beter) op de koop te beraden. Doorgaans, dus niet als de koper een akte onder zijn neus wordt gedrukt tijdens een eerste bezichtiging, gaat er tussen koper en verkoper een conceptakte heen en weer. Zodoende is er een zogenoemde pre-contractuele of informele bedenktijd ontstaan. Waar vóór 2003 de overeenkomst mondeling tot stand kwam, is er nu meer ruimte in de voorfase.

Het schriftelijkheidsvereiste beschermt ook de verkoper. De verkoper heeft al langer kunnen nadenken over de verkoop, namelijk voordat hij besloot zijn huis te koop te zetten. Dat neemt niet weg dat het ook voor de verkoper een belangrijke overeenkomst is. De verkoper kan zich in de conceptfase beraden over de vraag of hij de woning onder deze voorwaarden aan deze koper wil verkopen.

Het vereiste heeft vooral veel te bieden op het gebied van zekerheid. Op welk moment is er een overeenkomst tot stand gekomen en wat is precies de inhoud van die overeenkomst? Een overeenkomst komt tot stand als men het eens is over de essentialia van de overeenkomst. In het kader van de koop van een huis zullen in ieder geval object, prijs en leverdatum tot de essentialia behoren. Maar er komt veel meer bij kijken, zoals bijvoorbeeld bepaalde ontbindende voorwaarden, garanties en exonerationen. De essentialia zullen niet in alle koopovereenkomsten dezelfde onderwerpen betreffen. Wat voor de ene koper essentieel is, is dat voor de andere misschien niet. Aan de koop gaat vaak een onderhandelingstraject vooraf, waarin partijen elkaar steeds dichter naderen. Het kan zijn dat er op een zeker moment een overeenkomst is, maar dat over bijkomende bepalingen nog overeenstemming bereikt moet worden. Het kan onduidelijk zijn wanneer dat het geval is. Aan deze onzekerheid komt met de hantering van het schriftelijkheidsvereiste een einde. De kopers en verkopers die de enquêtes hebben ingevuld waren met name op het punt van deze zekerheid erg positief.⁶

Wel bleek dat de toepassing van het vormvoorschrift enige problemen en kanttekeningen kent. Zo is de kwali-

teit van de akte niet gewaarborgd. Naar de letter van de wet kan de koopakte opgesteld worden op een kladje waar prijs, adres en leverdatum op staan. Indien het vereiste slechts als startsein voor de bedenktijd dient, is dit geen probleem. Het document dient evenwel ook als een inhoudelijke referentie voor de koper en dan kan dit wel problematisch zijn. Verder is de terminologie die wordt gebruikt in art. 7:2 lid 1 en lid 2 BW niet consistent⁷ en is niet duidelijk wat precies de gevolgen zijn van wijzigingen en aanvullingen die na het tot stand komen van de akte worden overeengekomen. Daarnaast zijn er afbakeningsproblemen omdat de bescherming geldt voor, kort gezegd, particuliere kopers van woningen. Dat doet in bepaalde gevallen de vraag rijzen wanneer sprake is van een particulier en van een woning.⁸ Belangrijkste knelpunt is de vraag wat de status is van mondelinge afspraken.

3.2. De status van mondelinge afspraken

In de aanloop naar de koop van een woning onderhandelen de partijen, rechtstreeks of via een makelaar, over de prijs en de voorwaarden van de koop. Op een zeker moment is men er uit en men schudt elkaar de hand. De koper kan zich gezien de bedenktijd in elk geval nog terugtrekken, maar hoe zit dat met de verkoper, is deze gebonden aan de mondeling bereikte overeenstemming? Er is nog geen akte, maar er lijkt wel wilsovereenstemming te zijn, of in ieder geval een gerechtvaardigd vertrouwen dat overeenstemming is bereikt. Kan de verkoper gedwongen worden om mee te werken aan het opstellen van de akte?

Over deze vraag is meermalen geprocedeerd en de uitspraken wezen in eerste instantie niet in dezelfde richting. Een deel van de rechters concludeerde met verwijzing naar de parlementaire geschiedenis dat de verkoper zich niet aan de koop kon onttrekken.⁹ Anderen achtten de verkoper niet gebonden.¹⁰ Hier onderscheidt men de strikte en de niet-strikte benadering. De strikte benadering betekent dat er geen gebondenheid kan zijn zonder een door beide partijen ondertekende akte. De niet-strikte benadering houdt in dat de verkoper op basis van de mondeling bereikte wilsovereenstemming verplicht kan worden mee te werken aan het opstellen van de akte. Deze laatste benadering ondermijnt in wezen het vormvereiste. Ook als er geen akte is, is al sprake van gebondenheid. Dit is geen probleem als het uitgangspunt moet zijn dat het schriftelijkheidsvereiste (slechts) ondergeschikt is aan de primaire bescherming die geboden wordt door de bedenktijd. Bezien vanuit dit uitgangspunt, en de doelstelling van de wet om de koper te beschermen, is de niet-strikte benadering zeer verdedigbaar. Het kan immers niet zo zijn dat de koper in een slechtere positie komt dan voor de totstandkoming van de wet. Bezien

6. Zie de rapportage, p. 34.

7. Lid 1 gebruikt de term 'schriftelijk', terwijl in lid 2 gesproken wordt van een 'akte'.

8. Denk aan de verkoop van objecten die zowel een zakelijke als een woonbestemming hebben, of objecten die een zakelijk gebruik kennen, maar die door de koper als woning gebruikt zullen gaan worden.

9. In volgende uitspraken werd tot gebondenheid geconcludeerd: Rb. Leeuwarden (vzr.) 8 oktober 2004, *LJN* AR3587, Rb. Maastricht (vzr.) 2 mei 2005, *LJN* AS4859, Rb. Zutphen 8 juli 2005, *LJN* AU0149, Rb. Zutphen 22 november 2005, *LJN* AV0536, Rb. Arnhem (vzr.) 20 maart 2006, *LJN* AW2754, Rb. Haarlem (vzr.) 6 juni 2006, *LJN* AX7093, Rb. Arnhem (vzr.) 7 juli 2006, *LJN* AY4055.

10. In volgende uitspraken werd geconcludeerd dat geen sprake kon zijn van gebondenheid: Rb. Dordrecht 2 februari 2005, *LJN* AS4859, Rb. Haarlem (vzr.) 29 maart 2006, *LJN* AV9072, Rb. Haarlem (vzr.) 24 mei 2006, *LJN* AX4870, Rb. Leeuwarden 29 juni 2006, *LJN* AX9937, Rb. Amsterdam 2 mei 2008, *LJN* BD6779.

vanuit een breder perspectief waarbij ook het belang van de verkoper en het algemeen belang worden betrokken, is de niet-strikte benadering wel problematisch.

Met deze benadering blijft de onzekerheid over het totstandkomingsmoment. Als het mogelijk is dat de verkoper op basis van een mondelinge overeenstemming aan de koop gehouden kan worden, moet vastgesteld en bewezen kunnen worden op welk moment er mondelinge overeenstemming is. Dit is niet noodzakelijkerwijs een lineair proces. Zaken waar men het eerder over eens was, kunnen later weer ter discussie komen te staan.

De onderzoekscommissie is voorstander van het hanteren van een strikte benadering. Daarmee wordt de onzekerheid over het totstandkomingsmoment en de inhoud van de koop weggenomen. Dit dient het belang van beide partijen, maar ook het algemene belang. In het algemeen wordt het van belang geacht dat er zekerheid bestaat over de juridische status van onroerende zaken. Ook in de rechtspraak is thans de tendens om de voorkeur te geven aan de strikte benadering.¹¹

Groot nadeel voor de koper is dan wel dat de verkoper de mogelijkheid heeft om zich aan de mondeling gemaakte afspraken te onttrekken. Daar staat tegenover dat de strikte hantering van de schriftelijkheid in vergelijking met de bedenktijd een evenwichtiger beschermingsmechanisme biedt. Dit beschermt beide partijen, doordat de verkoper in feite ook een pre-contractuele bedenktijd krijgt. Beide partijen hebben in de voorfase de gelegenheid de koop te overdenken en mogelijk voor te leggen aan deskundigen.

4. Voor de bedenktijd rest nog een bijrol

Door de informele bedenktijd kunnen veel problemen voor de particuliere koper al worden ondervangen. Welke rol rest er dan nog voor de bedenktijd? De bedenktijd is met het oog op de belangen van de verkoper kort gehouden. Maar daarmee is de bedenktijd veel te kort om daadwerkelijk aan zijn doel te kunnen voldoen. Het doel is in de eerste plaats de koper de gelegenheid bieden om deskundig advies in te winnen.¹² Het inwinnen van het advies in drie dagen tijd is krap. De deskundige moet in die tijd tot een rapportage komen en de koper moet dit doornemen. Wil de koper vervolgens ontbinden, dan dient de verkoper ook nog binnen die periode in kennis gesteld te worden. Het liefst gebeurt dit per (aangetekend) schrijven, zodat de koper niet in bewijsproblemen komt als de verkoper het beroep op de bedenktijd betwist. Praktisch gezien lijkt dit onmogelijk, maar toch is dit in de praktijk geen probleem gebleken. De bedenktijd is lang genoeg, omdat de meeste kopers in het voortraject al advies inwinnen, wat mogelijk is geworden door de ruimte die daar in is gekomen als gevolg van het schriftelijkheidsvereiste.¹³

Wat de bedenktijd nog te bieden heeft is de geruststelling voor kopers dat ze ook na het tekenen van de koopovereenkomst nog makkelijk van de koop af kunnen. Verder is het een extra bescherming voor kopers die onder druk worden gezet, bijvoorbeeld als de koper bij de eerste bezichtiging een akte onder de neus wordt gedrukt.

Daar staat tegenover dat de meeste kopers van een woning op enig moment ook een verkoper zijn. Voor verkopers en verkopende makelaars is de bedenktijd een bron van ergernis. Uit het empirische onderzoek is gebleken dat het af en toe voorkomt dat kopers een beroep doen op de bedenktijd. Respondenten gaven aan dat dit resulteert in boosheid, frustratie en kosten omdat het verkooptraject opnieuw opgestart moet worden.¹⁴ Gevraagd naar de voor- en nadelen van de bedenktijd weten de respondenten vooral nadelen te noemen. Meerderen geven aan dat de bedenktijd best afgeschaft kan worden en een enkeling noemt de bedenktijd zelfs 'je reinste apenkool'.¹⁵

5. De Vormerkung als ondergeschoven kindje

Voor het discussiepunt 'notaris of bedenktijd' heeft veel aandacht gekregen. Daarmee is een aantal andere onderwerpen dat ook in de wet is geregeld ten onrechte een beetje uit het zicht geraakt. Een onderwerp dat van de wetgever (nog) niet de aandacht heeft gekregen die het verdient is de Vormerkung van artikel 7:3 BW. Dit artikel geeft kopers van registergoederen (dus niet enkel particuliere kopers van woningen) de mogelijkheid om de koop in te schrijven in de openbare registers om daarmee gedurende zes maanden beschermd te zijn tegen bepaalde in de wet omschreven gebeurtenissen die zouden kunnen plaatsvinden tussen het totstandkomen van de koop en de levering van het goed. De inschrijving beschermt onder meer tegen een latere vervreemding of bezwaring van het goed, executoriaal of conservatoir beslag en faillissement van de verkoper.¹⁶ Het doel van de regel is om het recht van de koper op daadwerkelijke levering te beschermen. Het gebrek aan aandacht voor de Vormerkung in de parlementaire geschiedenis is opmerkelijk, nu de regel een belangrijk beginsel van het verhaalsrecht, de *paritas creditorum*, doorbreekt.¹⁷

Hoewel gezegd kan worden dat de Vormerkung haar doel heeft bereikt in die zin dat het recht van de koper op daadwerkelijke nakoming is versterkt, geeft de regeling aanleiding tot veel vragen. Wat moet precies worden ingeschreven? Welke overeenkomsten die recht geven op levering van een registergoed (of een deel daarvan) vallen onder het toepassingsbereik? Geldt de bescherming ook bij een aankoop op een executieveiling? Kan een splitsing in appartementsrechten die plaatsvindt na de inschrijving aan de koper worden tegengeworpen? Kan een cessionaris die het recht op levering van de koper heeft verkregen een beroep doen op de bescherming? Wat als de zesma-

11. 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.

12. *Kamerstukken II* 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 4, *Kamerstukken II* 2001/02, 23 095, nr. 10, p. 17.

13. De rapportage, p. 106. Ook wordt gebruik gemaakt van het opnemen van een ontbindende voorwaarde in de koopovereenkomst.

14. De rapportage, p. 300-301.

15. De rapportage, p. 303.

16. Zie voor de volledige en limitatieve opsomming van alle gebeurtenissen waar de Vormerkung tegen beschermt art. 7:3 lid 3 BW.

17. S.E. Bartels, 'De Vormerkung drie jaar van kracht', *Bouwrecht* 2006/12.

den termijn dreigt te verstrijken door factoren die buiten de invloedssfeer van de koper liggen? Is de curator van de verkoper onder alle omstandigheden verplicht om mee te werken aan de levering naar aanleiding van een ingeschreven koopovereenkomst?

De in de rapportage gesignaleerde onduidelijkheden dienen opgelost te worden tegen de achtergrond van de doelstelling van de bepaling, dat wil zeggen, bescherming van het recht op levering. Daarbij is van belang dat bepaalde neveneffecten van de regeling niet uit het oog worden verloren. Eén van die neveneffecten is dat er een rangorde is ontstaan tussen beslagleggers die vóór, en beslagleggers die ná de inschrijving hun beslag leggen.¹⁸ Gezien het verband van de regeling met de Faillissementswet, ligt het voor de hand om in het kader van het Voorontwerp Insolventiewet aandacht te besteden aan de gesignaleerde problematiek.¹⁹

6. De 5%-regeling mag terug in de steigers

Niet alleen bij de koop van een bestaande woning, maar ook bij de koop/aanneemovereenkomst met betrekking tot een nieuwbouwwoning wordt de particulier in bescherming genomen. Hier gelden tevens het schriftelijkheidsvereiste en de bedenktijd. Daarnaast kan de particulier op grond van artikel 7:768 BW de laatste 5% van de aanneemsom in depot storten bij een notaris en gedurende drie maanden na oplevering in depot houden, zonder dat daarvoor een beroep gedaan hoeft te worden op het opschortingsrecht van artikel 6:262 BW.²⁰ In verband met gebreken die binnen de termijn van drie maanden bekend worden kan de particulier vervolgens een beroep doen op zijn opschortingsrecht. Deze regeling geeft de particulier de mogelijkheid om een stok achter de deur te houden in geval van tekortkomingen van de aannemer.²¹ Het onderzoeksteam heeft geconstateerd dat deze regeling in de praktijk tot verschillende uitvoeringsproblemen heeft geleid.

Als eerste kunnen genoemd worden de problemen bij uitbetaling van het depotbedrag aan de aannemer. Hoewel de wet in beginsel duidelijk is, is voor de notaris niet altijd duidelijk wanneer hij tot uitbetaling moet overgaan. Notarissen gaan vaak na drie maanden niet over tot automatische uitbetaling aan de aannemer, ook niet als de particulier geen beroep heeft gedaan op artikel 6:262 BW. Als de notaris op dat moment navraag gaat doen bij de particulier, leidt dat tot vertraging. Ook blijken notarissen niet over te gaan tot uitbetaling na een arbitrage-uitspraak, indien de uitspraak dit niet expliciet vermeldt. Gebleken is dat aannemers bij het aanhangig maken van een zaak bij de arbiter vergeten om hieromtrent een beslissing te vragen. Verder wordt doorgaans niet gespecificeerd voor

welk gebrek welk bedrag in depot gehouden wordt, wat ook tot vertraging van de uitbetaling leidt.

Ten tweede is geconstateerd dat de particuliere opdrachtgever vaak een disproportioneel hoog bedrag in depot houdt in vergelijking met de geconstateerde gebreken. Denk aan een bedrag van € 1000 voor het ontbreken van een naamplaatje, of een bedrag van € 2500 voor enkele gescheurde badkamertegels.

Ten derde is er de problematiek die speelt bij de oplevering van een appartementencomplex. Wat heeft te gelden ten aanzien van de gemeenschappelijke ruimtes? Kunnen alle eigenaren van een appartementsrecht 5% inhouden indien er bijvoorbeeld gebreken aan de gemeenschappelijke lift worden geconstateerd? Wat heeft te gelden met betrekking tot de termijn van drie maanden als niet alle appartementen tegelijk worden opgeleverd?

Ten vierde is niet duidelijk voor wie de notaris het depotbedrag in depot houdt. Dit is onder andere van belang voor de vraag aan wie de wettelijke rente toekomt en wat rechtens is indien de aannemer binnen de driemaanden-termijn failliet gaat. Het onderzoeksteam is op dit punt van mening dat de notaris de gelden voor aannemer en opdrachtgever gezamenlijk houdt. Beide partijen hebben ten aanzien van dit bedrag een voorwaardelijke vordering.²² Aan wie de wettelijke rente dan toekomt is afhankelijk van de leer die wordt gevolgd. Het is aan te bevelen dat opdrachtgevers, aannemers en notarissen hier afspraken over maken.

De genoemde problemen hebben geleid tot een groot aantal arbitragezaken. Dat illustreert dat er vanuit de praktijk grote behoefte is aan duidelijkheid. Verder is door de bouworganisaties aangegeven dat de regeling niet noodzakelijk leidt tot een sneller herstel van gebreken. Gezien het feit dat het bedrag zonder opgave van redenen drie maanden vastgehouden kan worden, zijn aannemers geneigd om deze periode af te wachten alvorens over te gaan tot herstel van gebreken.²³ De hoogte van het bedrag dat in depot gehouden kan worden is, los van de hierboven gesignaleerde problemen, op zichzelf prima. Een hoger bedrag zal waarschijnlijk worden verdisconteerd in de aanneemsom.²⁴ Er zijn ook geen problemen gesignaleerd wanneer vervangende zekerheid, doorgaans in de vorm van een bankgarantie, wordt gesteld.²⁵

7. De positie van de notaris, wel reden geen noodzaak

Waarschijnlijk het gevoeligste punt in het kader van de wet is de vraag of de notaris verplicht betrokken zou moeten worden bij de totstandkoming van de koop. Tijdens de evaluatie is (opnieuw) bezien of er reden of noodzaak is om de notaris die rol te geven.²⁶ Daarbij is gekeken naar de ervaringen met het zogenoemde Amster-

18. De rapportage, p. 156.

19. Inmiddels is overigens duidelijk geworden dat het Voorontwerp Insolventiewet niet hoog op de agenda van de wetgever staat.

20. De regeling staat ook wel bekend als de wettelijke onderhoudstermijn, zie *Kamerstukken II 1992/93*, 23 095, nr. 3, p. 40.

21. Rechters en arbiters dienen de bepaling ruim uit te leggen en niet te beperken tot bouwkundige tekortkomingen, zie de rapportage, p. 182.

22. De rapportage, p. 201.

23. De rapportage, p. 202.

24. De rapportage, p. 202.

25. De rapportage, p. 204.

26. In het kader van de evaluatie van de Wet op het Notarisambt is ook aandacht besteed aan deze vraag. Zie A. Hammerstein e.a., *Commissie Evaluatie Wet op het notarisambt, Het beste van twee werelden*, 2005.

damse model. In Amsterdam bestaat al geruime tijd de gewoonte dat de koopovereenkomst bij de notaris tot stand wordt gebracht.²⁷

Het onderzoeksteam heeft geen duidelijke verklaring kunnen vinden voor het feit dat deze gewoonte zich tot Amsterdam beperkt. Kopers en verkopers in Amsterdam lijken in de veronderstelling te zijn dat de gang naar de notaris in deze fase verplicht is, terwijl buiten Amsterdam kopers waarschijnlijk zelden op de mogelijkheid worden gewezen om de koopakte door de notaris te laten opstellen.²⁸

Makelaars en notarissen in Amsterdam die de enquêtes invulden geven aan zeer tevreden te zijn met de Amsterdamse praktijk.²⁹ Maar ook buiten Amsterdam zijn makelaars en notarissen tevreden met de gang van zaken waarbij de akte veelal door de makelaar wordt opgesteld. Op basis van deze signalen uit de praktijk is het dan ook niet mogelijk om aan te geven of er een noodzaak is om de notaris verplicht in de obligatoire fase te betrekken. Wel zijn er aanwijzingen dat hier reden toe is. Gevraagd naar problemen bij koopaktes waar geen notaris bij was betrokken, geven respondenten aan dat het voorkomt dat dan onduidelijke, onjuiste of onvolledige aktes worden opgesteld.³⁰ Het NVM-model kan niet alle problemen ondervangen, zoals zaken die pas bij de recherche door de notaris ter voorbereiding van de levering aan het licht komen.

Een argument tegen de verplichte betrokkenheid van de notaris is dat daarmee de vrijemarktwerking in het kader van de opstelling van de akte onmogelijk wordt.³¹ Daarbij kan worden opgemerkt dat de notaris thans op meerdere terreinen al een dergelijk monopolie heeft. Denk aan het maken van testamenten, oprichten van BV's, splitsen van onroerende zaken, opstellen van huwelijksvoorwaarden, en dergelijke. De achtergrond om de verantwoordelijkheid bij sommige zaken bij de notaris te leggen ligt in de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de notaris welke wettelijk is verankerd in de Wet op het Notarisambt. Daarnaast speelt bij de transacties waarbij de notaris is betrokken de rechtszekerheid een belangrijke rol.³²

Zeker bij transacties met betrekking tot onroerend goed is de rechtszekerheid van groot belang, reden waarom de notaris bij de levering een passeermonopolie is toegekend.³³ De kiem van deze wijziging in goederenrechtelijke verhoudingen is gelegen in de overeenkomst die hieraan vooraf gaat. Indien er bij de recherche door de notaris ter voorbereiding van de levering zaken aan het licht komen, die voor de overdracht van belang zijn, is het te laat om hier in de koopakte rekening mee te houden.

Met de commissie Hammerstein is het onderzoeksteam van mening dat met het naar voren halen van de notaris in het proces de rol van de notaris veel meer betekenis

kan hebben.³⁴ Een voordeel van de betrokkenheid van de notaris bij het opstellen van de akte is dat deze beide partijen dient te informeren, juridische problemen moet constateren en de balans tussen partijen in het oog moet houden.

Niet uit het oog moet worden verloren dat de notaris een juridisch deskundige is en uitdrukkelijk geen deskundige met betrekking tot de staat van het verkochte object. Op dit gebied zullen makelaars en bouwkundigen hoe dan ook een belangrijke rol vervullen in het adviseren over de koop.

8. Tot slot

Het evaluatierapport over de Wet koop onroerende zaken telt ongeveer 400 pagina's. Hierboven zijn (slechts) enkele hoofdpunten van de bevindingen weergegeven. Naast de vraag wat nu de beste manier is om de particuliere koper te beschermen, is uitgebreid gekeken naar de technisch-juridische aspecten van de wet. Steekt deze goed in elkaar en waar zitten de knelpunten? Ook worden ten aanzien van de knelpunten suggesties voor verbeteringen gedaan. Voor de geïnteresseerden verwijs ik graag naar het rapport.³⁵

Uit het onderzoek blijkt in de eerste plaats dat het schriftelijkheidsvereiste het gras voor de voeten van de bedenktijd heeft weggemaaid. Inschakelen van deskundigen, beraden op de inhoud van de akte, bescherming tegen overijling, in al deze behoeften voorziet het schriftelijkheidsvereiste. Voor de bedenktijd rest aldus enkel nog een bijrol, namelijk extra bescherming tegen overijling. Wat we ons kunnen afvragen is of er voldoende rechtvaardiging te vinden is om de bedenktijd in stand te houden. Zeker gezien het feit dat er betere beschermingsmechanismen zijn om de belangen van de partijen te beschermen. Ten eerste kan dan gedacht worden aan het schriftelijkheidsvereiste waaraan bepaalde minimumvereisten worden gesteld, in combinatie met een strikte benadering, dat wil zeggen geen gebondenheid zonder een door beide partijen ondertekende akte. Dit is in verhouding met de bedenktijd een veel evenwichtiger instrument, omdat het de zwakke partij bij een koop in bescherming neemt, ongeacht of dit de koper of de verkoper is. Nadeel van de strikte benadering is dat partijen zich aan mondeling gemaakte afspraken kunnen onttrekken, maar voordeel is de grote rechtszekerheid en de evenwichtigheid tussen partijen die het meebrengt. Om de gesignaleerde afbakeningsproblemen te ondervangen kan gedacht worden aan uitbreiding van het schriftelijkheidsvereiste naar alle overeenkomsten met betrekking tot onroerende zaken waar een particulier bij betrokken is, of zelfs uitbreiding

27. Onduidelijk is hoe deze praktijk, die al ten minste 80 jaar bestaat, precies is ontstaan, zie de rapportage, p. 220.

28. De rapportage, p. 221.

29. De rapportage, p. 221.

30. De rapportage, p. 308.

31. De rapportage, p. 215-216.

32. De rapportage, p. 217.

33. De rapportage, p. 218.

34. De rapportage, p. 225-226.

35. Een overzicht van alle bevindingen is opgenomen in hoofdstuk 9 van de rapportage.

naar alle overeenkomsten met betrekking tot onroerende zaken.³⁶

Ten tweede kan gedacht worden aan de verplichte inschakeling van de notaris in de obligatoire fase. De notaris is al verplicht betrokken bij de levering van registergoederen. Het naar voren trekken van de notaris betekent dat deze zijn functie op zinvoller wijze kan invullen. De notaris brengt specifieke juridische deskundigheid aan de tafel, welke gecombineerd met de kennis van de makelaar met betrekking tot het object, tot een optimale bescherming van de belangen van partijen kan leiden. Dit geldt voor beide partijen, aangezien de notaris zich onafhankelijk dient op te stellen.

Ten aanzien van de Vormerkung is vastgesteld dat er veel vragen en onduidelijkheden zijn waar de wetgever aandacht aan zou moeten besteden. Het verdient aanbeveling om hier ook in het kader van het Voorontwerp Insolventiewet aandacht aan te besteden, met bijzondere aandacht voor de mogelijke bijeffecten van de regel. Met name de vraag in hoeverre men de *paritas creditorum* met deze regeling wenst te doorbreken is relevant.

Wat betreft de 5%-regeling kan worden opgemerkt dat de regeling in zoverre beantwoordt aan haar doel dat het de positie van de opdrachtgever verbetert. De particuliere opdrachtgever heeft hiermee een pressiemiddel ten aanzien van de nakoming van tekortkomingen van de aannemer. Gezien de uitvoeringsproblemen functioneert de regeling evenwel (nog) niet optimaal.

Het onderzoeksteam hoopt dat de wetgever, nadat de verkiezingen en de formatie achter de rug zijn, met het onderwerp aan de slag gaat.

36. De argumenten die gelden voor de invoering van het vereiste voor particulieren gelden in vergaande mate ook voor zakelijke kopers. Hierbij moet met name gedacht worden aan de rechtszekerheid met betrekking tot de inhoud van de overeenkomst en het totstandkomingsmoment. Deze uitbreiding zou tevens de achterstelling van de consument als gevolg van art. 3:298 BW oplossen.