

# Artikel

## Vormvoorschrift bij de particuliere koop van een woning opgehelderd: de mondelinge koop van een woning tussen particulieren blijft zonder rechtsgevolg

Prof. mr. A.L.M. Keirse en mr. M.Y. Schaub\*

### 1. Inleiding

Wat is de status van mondelinge overeenstemming over de koop van een woonhuis die (nog) niet schriftelijk is vastgelegd? Dit is sinds de invoering van de Wet koop onroerende zaken per 1 september 2003 in de rechtspraktijk een zeer omstreden kwestie. Met het oog op een betere bescherming van de particuliere koper van een woning heeft deze wet een combinatie van waarborgen geïntroduceerd, waaronder een schriftelijkheidsvereiste en een bedenktijd. De koop van een woning door een particulier komt aldus niet langer vormvrij tot stand, maar veronderstelt een door partijen opgemaakte en ondertekende akte. Vervolgens heeft de koper drie dagen de tijd om zich, zonder opgave van redenen, terug te trekken uit de overeenkomst. In dat stadium is de verkoper wel aan de schriftelijke overeenkomst gebonden. In de praktijk komt het evenwel voor dat de verkoper zich wil terugtrekken nadat mondeling over de belangrijkste punten overeenstemming is bereikt, maar voordat een schriftelijke overeenkomst tot stand is gekomen. De vraag is of het feit dat een en ander nog niet op papier is gesteld, leidt tot nietigheid van de koopovereenkomst en vooral ook van de mondeling al gemaakte afspraken. Dit

is een van de meest bediscussieerde vragen die in het kader van de nieuwe wet rees.

Op 9 december 2011 heeft de Hoge Raad in een cassatie in belang der wet de knoop doorgehakt: als een van beide contractspartijen weigert mee te werken aan het opmaken en ondertekenen van een koopakte, mag zowel de verkoper als de koper zich erop beroepen dat aan de mondelinge overeenstemming geen rechtsgevolg toekomt, mits zij beiden particulier zijn.<sup>1</sup> Als gevolg van de Wet koop onroerende zaken was al differentiatie ontstaan ten aanzien van koopovereenkomsten met betrekking tot onroerende zaken. Afhankelijk van de aard van het object (woning) en de hoedanigheid van de koper (particulier) geldt een vormvoorschrift. Als gevolg van de onderhavige uitspraak van de Hoge Raad is een verdere differentiatie aangebracht met betrekking tot de gevolgen van mondelinge afspraken, indien niet aan het vormvoorschrift is voldaan. Particuliere verkopers kunnen zich beroepen op nietigheid, zakelijke verkopers kunnen dit niet. Hier volgt een toelichting van de juridisch-technische achtergrond bij en de praktische gevolgen van deze voor de onroerendgoedmarkt belangwekkende uitkomst.<sup>2</sup>

Bij de analyse van de problematiek met betrekking tot de status van mondelinge afspraken dienen verschillen-

\* De auteurs zijn verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht, prof. mr. A.L.M. Keirse als hoogleraar burgerlijk recht en mr. M.Y. Schaub als universitair docent.

1. HR 9 december 2011, LJN BU7412, RvdW 2011, 1541.  
2. De tekst van deze bijdrage is deels gebaseerd op hoofdstuk 2 van het onderzoeksrapport naar aanleiding van de evaluatie van de Wet koop onroerende zaken: A.L.M. Keirse, N.C. van Oostrom, M.Y. Schaub, C.M.J. Barendse & A.M. Steegmans, Rapportage Wet koop onroerende zaken; de evaluatie, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

de 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 mee brengen 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. Wilsovereenstemming

Ingevolge het met de Wet koop onroerende zaken ingevoerde artikel 7:2 van het Burgerlijk Wetboek (BW) wordt de koop van een tot bewoning bestemde onroerende zaak of bestanddeel daarvan schriftelijk aangegaan, indien de koper een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Dit 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 door middel van een aanbod en daarop aansluitend aanvaarding (art. 6:217 BW). Een overeenkomst komt tot stand 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 uitlatingen van de ander, dat deze zich wilde binden (art. 3:33 jo. 3:35 BW).

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. 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 een 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.

Het schriftelijkheidsvereiste van artikel 7:2 BW is een inbreuk op het beginsel dat contracten vormvrij tot stand komen. De doelstelling van het wettelijk vormvoorschrift die deze inbreuk rechtvaardigt, is tweeledig. In de eerste plaats is het vormvoorschrift opgenomen ten dienste van de bedenktijd.<sup>3</sup> Duidelijk dient te zijn wanneer deze begint te lopen en waarop de koper zich gedurende deze tijd dient te beraden. De aanname 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 afgevoerd. Daarnaast blijkt uit de parlementaire geschiedenis dat de wetgever als belangrijk neven doel de rechtszekerheid in het algemeen op het oog heeft gehad.<sup>4</sup>

## 3. Sanctie bij niet voldoen aan vormvoorschrift: nietigheid

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 een 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, in beginsel nietig. Indien evenwel het voorschrift uitsluitend de belangen van een der partijen beoogt te beschermen, wordt aangenomen dat de overeenkomst niet nietig is, maar vernietigbaar.<sup>5</sup> 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 ervan uit 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

3. Kamerstukken II 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 39; 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.

4. 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.

5. Zie Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-III\*, nr. 276. Vgl. in dit verband ook het systeem van art. 3:40 BW.

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.

Anderzijds kan worden betoogd dat, ook al moet worden aangenomen dat het vormvoorschrift ten dienste staat aan de bedenktijd, het zowel in het belang van de koper als in dat van 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.

De aanneming 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.<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup> In de rechtspraak wordt het standpunt dat het niet voldoen aan het schriftelijkheidsvereiste leidt tot nietigheid, eveneens in meerderheid gedeeld.<sup>8</sup> Verschillende argumenten zijn hiervoor aan te voeren. Ten eerste doet de sanctie van vernietigbaarheid tekort aan de rechtszekerheid. Vernietigbaarheid leidt tot een (onwenselijk geachte) asymmetrische binding; de verkoper kan worden gehouden aan een gegeven woord, de koper niet. 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.<sup>9</sup>

6. Kamerstukken II 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 6, 8 en 13.

7. Voorstanders van nietigheid als passende sanctie: P.S. Bakker, Het schriftelijkheidsvereiste van art. 7:2 nader beschouwd, *Bouwrecht* 2006/12, p. 1063-1068; C.G. Breedveld-de Voogd, Het schriftelijkheidsvereiste in de nieuwe regeling voor de koop van onroerende zaken, *NbBW* 2003/7-8, p. 114-119; W.G. Huijgen, Het schriftelijkheidsvereiste van art. 7:2 lid 1 BW, *JBN* 2004/65, p. 12-13 en Recente ontwikkelingen rond de totstandkoming van de koop van een woning (art. 7:2 BW), *Bouwrecht* 2006/12, p. 1055 e.v.; Keirse e.a. 2009, p. 45; M.B.M. Loos, Schriftelijkheidsvereiste en bedenktijd bij de koop van onroerende zaken, *TBR* 2010/101, p. 552-559; H.C. Selderbeek-Doyer, Vijf jaar artikel 7:2 BW, *TvC* 2008/5, p. 179-186; 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.

8. Zie conclusie van de P-G voor HR 9 december 2011, *LJN* BU7412, *RvdW* 2011, 1541 onder 2.5 en hierna voetnoten 10 en 11.

9. C.G. Breedveld-de Voogd, *Vorm, vrijheid en gebondenheid bij de koop van een woning* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 54. Dit is de zogeheten handelingsvisie, die staat tegenover de formaliteitsvisie. Deze laatste visie gaat uit van de vormvrijheid van de wilsverklaring, het vormvereiste is (slechts) een formaliteit. Zie verder hierna.

## 4. Mate van gelding van nietigheid

### 4.1 Alsnog (gedwongen) meewerken aan de totstandbrenging van een koopakte

Uit het voorgaande volgt dat bij niet voldoen aan het schriftelijkheidsvereiste thans nietigheid als sanctie voorop wordt gesteld. Dat wil zeggen, zonder schriftelijke koopovereenkomst is er geen overeenkomst, partijen kunnen niet aan mondelinge afspraken worden gehouden. 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.

### 4.2 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*.<sup>10</sup> 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. Ook gerechtvaardigd vertrouwen kan bij het ontbreken van de akte in het kader van de handelingsvisie niet worden aangenomen.

10. 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 ze 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 de totstandbrenging van de schriftelijke vastlegging. Deze benadering wordt *de formaliteitsvisie* genoemd.<sup>11</sup>

De uitspraken van de lagere rechters ter zake van deze kwestie zijn verdeeld. In zeker twaalf vonnissen werd geconcludeerd dat de verkoper gebonden zou kunnen worden aan mondeling gemaakte afspraken (mits het bestaan van die afspraken komt vast te staan) en verplicht zou kunnen worden zijn medewerking te verlenen aan het opstellen van de akte.<sup>12</sup> Wel moet dan aangevoerd kunnen worden dat er wilsovereenstemming is bereikt, hetgeen niet in alle zaken het geval was. Zeker zes andere vonnissen hanteerden daarentegen de strikte benadering, waarbij als uitgangspunt werd aangenomen dat gebondenheid aan mondelinge afspraken niet mogelijk is.<sup>13</sup> 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. Alle ons bekende uitspraken sinds 2007 van verscheidene gerechtshoven concluderen dat er geen (of enkel bij hoge uitzondering) gebondenheid kan zijn aan hier ter zake doende mondelinge afspraken.<sup>14</sup> Het arrest van de Hoge Raad van 9 december 2011 die deze controversie beslist, past in deze lijn.

#### 4.3 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 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, kleven

aan deze ondermijning van het vormvereiste geen fundamentele bezwaren. Kern is immers dat wilsovereenstemming is bereikt met betrekking tot de inhoud, en de akte is in dat geval niet meer dan een formaliteit.

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 teweegbrengt, 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 de Wet koop onroerende zaken per 1 september 2003, extra bescherming beoogt te bieden aan de particuliere koper. In dat licht zou het onacceptabel zijn dat de particuliere 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.<sup>15</sup> 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 de parlementaire geschiedenis wordt als scenario geschetst dat een particuliere koper mondelinge overeenstemming met een verkoper bereikt, waarna dezelfde verkoper, nog voordat de koopakte is opgesteld, met betrekking tot hetzelfde object tot mondelinge overeenstemming met een zakelijke koper komt.<sup>16</sup> 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 de eisen van redelijkheid en billijkheid in een dergelijk geval het recht van de particuliere koper voor moeten gaan. De particuliere koper heeft immers een zwaarder wegend belang dan de zakelijke koper, die veelal slechts een financieel belang heeft. De zakelijke koper zou dan genoeg moeten nemen met schadevergoeding.<sup>17</sup> Zoals in het navolgende nog nader wordt toegelicht, biedt het recht evenwel geen grond voor het gestand doen van de met de particuliere koper gemaakte afspraken. De uitspraak van de Hoge Raad bevestigt dit en biedt voor dit probleem evenmin een oplossing. Een mogelijke oplossing is om het schriftelijkheidsvereiste voor te schrijven voor alle koopovereenkomsten met betrekking tot onroerende zaken, ongeacht de hoedanigheid van het object en de partijen.<sup>18</sup>

Wordt evenwel het vormvereiste gezien als een maatregel in het belang van zowel koper als verkoper en ter

11. Breedveld-de Voogd 2007, p. 35-39.

12. Vzr. Rb. Haarlem 9 juli 2004, NJF 2004, 503; Vzr. Rb. Leeuwarden 8 oktober 2004, LJN AR3587; Vzr. Rb. Maastricht, 2 mei 2005, LJN AT5938; Vzr. Rb. Zutphen 8 juli 2005, LJN AU0149; Rb. Zutphen 22 november 2005, LJN AV0536; Vzr. Rb. Arnhem 20 maart 2006, LJN AW2754; Vzr. Rb. Haarlem 6 juni 2006, LJN AX7093; Rb. Leeuwarden 29 juni 2006, LJN AX9937; Vzr. Rb. Arnhem 7 juli 2006, LJN AY4055; Rb. Zwolle 18 juli 2007, LJN BB6861; Rb. Utrecht 22 juli 2008, LJN BD8015; Vzr. Rb. Arnhem 26 maart 2009, LJN BI1717.

13. Rb. Dordrecht 2 februari 2005, LJN AS4859; Vzr. Rb. Haarlem 29 maart 2006, LJN AW2754; Vzr. Rb. Haarlem 24 mei 2006, LJN AX4870; Rb. Middelburg 5 september 2007, LJN BB3672; Rb. Breda 24 oktober 2007, LJN BB6668; Rb. Amsterdam 2 mei 2008, LJN BD6779.

14. Hof Leeuwarden 14 februari 2007, LJN AZ8657; Hof Den Haag 19 april 2007, LJN BB5647; Hof Leeuwarden 19 maart 2008, LJN BC7658; Hof Den Bosch 8 juli 2008, LJN BF0457; Hof Den Bosch 25 mei 2010, LJN BM5863.

15. Zie J.J. Damingh, Boekbespreking WPNR (2008) 6741, p. 123; H.W. Heyman, Naar een verbeterde Vormerkung, WPNR (2009) 6781, p. 2-3; S.E. Bartels, Kanttekeningen bij de aanbevelingen en conclusies uit de evaluatie 'Wet koop onroerende zaken', TBR 2010, p. 577.

16. Kamerstukken II 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 13; Kamerstukken II 1995/96, 23 095, nr. 8, p. 9.

17. Kamerstukken II 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 13.

18. Dit is een van de aanbevelingen in het evaluatierapport van Keirse e.a. 2009.



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 vormvereiste beoogt te bieden met betrekking tot het moment van totstandkoming en de inhoud van de overeenkomst, valt weer weg nu (in ieder geval) de verkoper al voordat de akte tot stand is gekomen op een zeker moment is gebonden. Dit probleem doet zich te meer gevoelen nu het, zoals hiervoor reeds werd aangegeven, onduidelijk kan zijn op welk moment sprake is van volledige wilsovereenstemming en daarmee mogelijke gebondenheid voor de verkoper.

De Hoge Raad kiest in zijn arrest van 9 december 2011 voor een middenweg. Bij de uitleg van artikel 7:2 BW weegt de Hoge Raad mee dat, indien wordt aangenomen dat ook de verkoper zich op de daarin gestelde eis van een schriftelijk aangegane overeenkomst mag beroepen, de positie van de particuliere koper door invoering van de Wet koop onroerende zaken in een bepaald opzicht zou zijn verslechterd. Immers, terwijl voordien de verkoper jegens de (particuliere) koper was gebonden zodra wilsovereenstemming over de beoogde overeenkomst was bereikt, kan deze zich na invoering van artikel 7:2 BW aan de rechtsgevolgen van een mondelinge bereikte wilsovereenstemming onttrekken zolang geen schriftelijke vastlegging daarvan heeft plaatsgevonden. Dit staat op gespannen voet met de consumentenbeschermende strekking van de onderhavige bepaling. Deze consequentie is daarom naar het oordeel van de Hoge Raad alleen aanvaardbaar als ook de verkoper een particulier is. Zou dit anders zijn, zo voegt de Hoge Raad toe, dan zou bovendien de professionele verkoper van een woonhuis in een betere positie verkeren tegenover een particuliere koper dan tegenover een koper die deze hoedanigheid niet bezit. Als artikel 7:2 BW zijn bescherming tot alle verkopers zou uitstrekken, zou de professionele verkoper immers tegenover een particuliere koper pas zijn gebonden wanneer schriftelijke vastlegging van de koopovereenkomst heeft plaatsgevonden, terwijl hij tegenover een professionele koper al kan zijn gebonden wanneer tussen partijen overeenstemming is bereikt over alle essentialia van de koopovereenkomst.

De uitspraak waarborgt in ieder geval dat de positie van particuliere kopers van woningen niet wordt verslechterd ten opzichte van de situatie vóór invoering van de Wet koop onroerende zaken in 2003, daar waar het gaat om gebondenheid aan mondelinge afspraken met zakelijk verkopers. Echter, de hiervoor gesignaleerde onregelmatigheid dat een zakelijke koper in dit opzicht in een gunstiger positie kan komen te verkeren dan de particuliere koper, blijft. Immers, indien een particuliere verkoper van een woning mondelinge overeenstemming bereikt met een particuliere koper en vervolgens met een zakelijke koper, dan heeft de laatste recht op levering. De particuliere verkoper kan zich immers op de nietigheid van de mondelinge afspraak met de particuliere koper beroepen, terwijl voor de overeenkomst

met de zakelijke koper in het geheel geen vormvoorschrift geldt en die overeenkomst aldus rechtsgeldig is tot stand gekomen, met alle gevolgen van dien. Met het arrest van de Hoge Raad rijst bovendien de vraag wat in een casus als deze rechtens te gelden heeft als de verkoper geen particulier maar een professional is. In dat geval is de eerst gesloten mondelinge overeenkomst weliswaar in beginsel nietig, want in strijd met het vormvoorschrift, maar de zakelijke verkoper mag zich er niet op beroepen dat aan deze mondelinge overeenstemming geen rechtsgevolg toekomt. Betekent dit dat de overeenkomst toch rechtsgeldig tot stand is gekomen, ook al staat deze nog niet op schrift, en is er dan derhalve voor de particuliere koper een ouder recht op levering aan te wijzen dan voor de zakelijke koper? Of moet het arrest van de Hoge Raad aldus worden uitgelegd dat de zakelijke verkoper moet meewerken aan het op schrift stellen van de mondelinge overeenstemming, bij uitvoering waarvan eerst op dat moment een rechtsgeldige overeenkomst tot stand komt, met als gevolg dat het recht op levering van de zakelijke koper alsnog voorgaat op dat van de particuliere koper? Er zijn aanwijzingen dat de Hoge Raad de voorkeur zou geven aan de eerstgenoemde uitkomst, maar de vraag is of hij daartoe ook een grondslag heeft aangewezen.

#### 4.4 Grondslag voor het aannemen van gebondenheid

Als gezegd, kan ondanks het vormvoorschrift en de daaraan gekoppelde nietigheidssanctie een zakelijke verkoper toch gebonden worden aan mondelinge afspraken met een particuliere koper. 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. Reeds voor de uitspraak van de Hoge Raad van 9 december 2011 zijn verschillende manieren voorgesteld 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 haar doel voorbij schiet. 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.<sup>19</sup> Opgemerkt zij dat bij overeenkomsten waarvoor een bepaalde vorm is voorgeschreven, voor de voorovereenkomst in beginsel hetzelfde vormvereiste geldt (art. 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 haar doel

19. Zie 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. 259 e.v.

voorbijschiet. De particuliere koper kan in deze lezing op basis van de geldige voorovereenkomst de (zakelijke) verkoper verplichten medewerking te verlenen aan de totstandbrenging van de koopakte.

Een andere mogelijkheid, die meer ruimte biedt voor de afweging van de belangen van de verkoper, is een beroep op de eisen van de redelijkheid en billijkheid. Verschillende hulpmiddelen kunnen hierbij worden ingezet. Ten eerste het zogenoemde 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.<sup>20</sup> 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.<sup>21</sup>

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.<sup>22</sup> 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.<sup>23</sup> 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 een overeenkomst en de afweging van de gerechtvaardigde belangen van partijen.

Het wegdenkcriterium is problematisch.<sup>24</sup> 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, niet volledig zijn weergegeven in de Kamerstukken.<sup>25</sup> 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 onttelen 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 blijkens de parlementaire geschiedenis in ieder geval ook (naast de dienstbaarheid aan de bedenktijd) aan het vereiste ten grondslag ligt, wordt hiermee weer weggenomen.

Een andere wijze om met behulp van de eisen van de redelijkheid en billijkheid de mogelijkheid van gebondenheid te realiseren is via de route van artikel 6:2 lid 2 BW. Zoals Snijders en Bartels benadrukken, is het geen automatisme dat het niet voldoen aan een vormvoorschrift nietigheid meebrengt.<sup>26</sup> Artikel 3:39 BW vangt immers aan met de woorden 'tenzij uit de wet of de aard van de rechtshandeling anders voortvloeit'. Aldus is een beroep op de nietigheid te toetsen aan de redelijkheid en billijkheid. Denkbaar is dat de nietigheid niet van toepassing is, omdat dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

Dit is, als wij het goed zien, de mogelijkheid die de Hoge Raad in zijn arrest van 9 december 2011 openhoudt. Hij overweegt dat onder zeer bijzondere omstandigheden kan worden geoordeeld dat een beroep op het ontbreken van een schriftelijke vastlegging van de bereikte wilsovereenstemming naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

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.<sup>27</sup> Hiermee wordt bedoeld op de precontractuele redelijkheid en billijkheid. 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.<sup>28</sup> Partijen dienen reeds 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 zonder meer af te breken. Dit betekent dat de afbrekende partij gehouden kan zijn schadevergoeding te betalen of gehouden kan zijn tot dooronderhandelen. De norm die thans op basis van de rechtspraak van de Hoge Raad geldt, is te vinden in het arrest CBB/JPO en luidt als volgt:

20. Kamerstukken II 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 13 (MvA).

21. Kamervragen met antwoord 2003/04, nr. 178, p. 383-384.

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

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

24. Zie ook C.G. Breedveld-de Voogd, De notariële koopovereenkomst en de sanctie op een vormvoorschrift, WPNR (2009) 6781; Selderbeek-Doyer 2008, p. 179 e.v.

25. Breedveld-de Voogd 2007, p. 78.

26. W. Snijders, Summer vs Vranken, in: Pro Forma?, Opstellen over de rol van formele regels en vormvoorschriften in het privaatrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 199 e.v.; Bartels 2010, p. 577.

27. Kamerstukken II 1995/96, 23 095, nr. 8, p. 8.

28. Zie o.a. HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (Baris/Riezenkamp); HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (Plas/Valburg); HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467 (CBB/JPO). Zie ook M.R. Ruysvoorn, Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2009.

‘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.’<sup>29</sup>

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’. 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. Dit laatste wordt expliciet bevestigd door de uitspraak van de Hoge Raad op 9 december 2011.<sup>30</sup> De eis van schriftelijke vastlegging van de bereikte wilsovereenstemming geeft, zo overweegt de Hoge Raad, contractspartijen de ruimte alsnog ervan af te zien de beoogde koopovereenkomst te sluiten. Niet snel zal een beroep op deze ruimte naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Dat is slechts onder zeer bijzondere omstandigheden denkbaar, waaronder in ieder geval niet kan worden gerekend de omstandigheid dat de verkoper alsnog een hoger bod ontvangt van een derde, of de omstandigheid dat de koper toch de voorkeur geeft aan de aankoop van een andere woning. Hierbij merkt de Hoge Raad bovendien op dat, onder de hier bedoelde zeer bijzondere omstandigheden, de weigerende partij er niet toe kan worden veroordeeld alsnog haar medewerking te verlenen aan schriftelijke vastlegging van de bereikte wilsovereenstemming. Zij kan eventueel slechts worden veroordeeld tot vergoeding van de schade die haar wederpartij door deze weigering lijdt.

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

30. HR 9 december 2011, LJN BU7412, RvdW 2011/1541, r.o. 3.10.

## 5. Stand van zaken

De onduidelijkheid met betrekking tot de vraag wat de rechtsgevolgen zijn van mondelinge afspraken ten aanzien van de koop van een woning van én door een particulier, is door de Hoge Raad weggenomen. Dat betekent evenwel niet dat er nu geen onduidelijkheden en problemen meer bestaan ten aanzien van overeenkomsten met betrekking tot onroerende zaken. Ten aanzien van deze overeenkomsten spelen nog steeds verschillende kwalificatievragen om te kunnen bepalen of het vormvoorschrift en de andere beschermingsinstrumenten wel of niet van toepassing zijn en of alle betrokken partijen daarop een beroep kunnen doen.

Ten eerste de vraag wanneer een object tot bewoning is bestemd. Volgens de parlementaire geschiedenis is dat het geval wanneer het object woondoeleinden dient.<sup>31</sup> Als het gaat om gemengde objecten (objecten die deels voor bewoning en deels voor een ander doel worden gebruikt) moet aan de hand van de omstandigheden van het geval worden beoordeeld of het pand valt onder het bereik van artikel 7:2 BW. Waarschijnlijk zal een pand dat overwegend uit vierkante meters bestaat die niet voor bewoning zijn bestemd, niet onder deze bepaling vallen.<sup>32</sup> Onzekerheid is er ten aanzien van objecten waarbij geen sprake is van een duidelijke meerderheid in vierkante meters voor woondoeleinden dan wel zakelijke doeleinden. Ook de situatie waarbij zowel bedrijfsruimte als woonruimte op een perceel gelegen is, maar beide ruimtes los van elkaar staan, kan problematisch zijn.<sup>33</sup>

Ten tweede moet worden vastgesteld of de koper al dan niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Deze vraag ligt in het verlengde van de vraag of het object tot bewoning bestemd is. De aard van het object geeft mogelijk geen eenduidig aanknopingspunt om de hoedanigheid van de koper te kunnen vaststellen. Ook is het bijvoorbeeld mogelijk dat een koper een woning koopt deels om er zelf te gaan wonen en deels om de overgebleven kamers te verhuren aan anderen.

Indien de conclusie is dat het object niet tot bewoning is bestemd of de koper geen particulier is, dan is de situatie niet anders dan vóór 2003; in dat geval geldt geen vormvoorschrift en zijn partijen gebonden aan mondeling bereikte wilsovereenstemming. Dit geldt kort gezegd voor overeenkomsten met zakelijke kopers. In de praktijk zal het, mede gezien de vele aspecten die van belang (kunnen) zijn bij de aankoop of verkoop van een onroerende zaak, lang niet altijd eenvoudig zijn om vast te stellen op welk moment sprake is van (volledige) wilsovereenstemming. Bij het ontbreken van stukken zal het bewijs door middel van getuigen moeten worden geleverd. In dat kader zal er al snel onduidelijkheid kunnen

31. Kamerstukken II 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 8; Kamerstukken I 2002/03, 38a, p. 19.

32. De minister heeft aangegeven dat wanneer 70% van een object bestaat uit praktijkruimte art. 7:2 BW niet van toepassing is, zie Kamerstukken II 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 12.

33. Vgl. 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.

bestaan met betrekking tot het moment van totstandkoming en de precieze inhoud van de overeenkomst.

Als gevolg van de uitspraak van de Hoge Raad is nu ook van belang vast te stellen wat de hoedanigheid van de verkoper is. Immers, alleen indien zowel koper als verkoper buiten de uitoefening van een beroep of bedrijf handelt, kan de verkoper niet gehouden worden aan mondelinge afspraken. Indien vastgesteld is dat het object een woning is, de koper een particulier, maar de verkoper een zakelijke partij, zijn de mondelinge afspraken, ondanks het vormvoorschrift, toch nog zeer relevant. Immers, indien aangetoond kan worden dat mondeling volledige wilsovereenstemming is bereikt, kan de koper wel maar de zakelijke verkoper zich er niet op beroepen dat de overeenstemming geen rechtsgevolg heeft zolang deze niet in een schriftelijke, door beide partijen ondertekende akte is neergelegd.

## 6. Slotsom

Alles afwegend is de Hoge Raad van oordeel dat niet alleen de particuliere koper, maar ook de particuliere verkoper zich erop kan beroepen dat aan mondelinge overeenstemming over de verkoop van een woning geen rechtsgevolg toekomt. Bij wijze van hoge uitzondering kan dat als onaanvaardbaar worden beoordeeld, maar ook in dat geval kan niet alsnog verkoop worden afgedwongen door de koper; deze kan dan hooguit schadevergoeding toekomen. Deze 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 een akte, dient met name de rechtszekerheid. Praktisch bezien heeft het schriftelijkheidsvereiste tot gevolg dat zowel de particuliere koper als de particuliere verkoper in de fase voordat de overeenkomst op schrift is gesteld, meer tijd heeft om zich op de transactie te beraden. De schriftelijke vorm heeft ook als voordeel 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. Hier staat dus tegenover dat partijen zich aan gemaakte mondelinge afspraken kunnen onttrekken zolang deze niet op schrift staan.<sup>34</sup>

Een professionele verkoper van een woonhuis kan echter, naar het oordeel van de Hoge Raad, geen beroep doen op het schriftelijkheidsvereiste. Dit zou indruisen tegen het belang van consumentenbescherming, dat als doelstelling aan het vormvoorschrift ten grondslag ligt. Hoewel deze uitkomst te billijken is, vergt het juridisch-

technisch enig kunst- en vliegwerk. De wet beschermt particuliere kopers van woningen, maar geeft geen aanknopingspunt om particuliere en professionele verkopers verschillend te behandelen. In de redelijkheid en billijkheid kan dit aanknopingspunt eventueel wel worden gevonden. Met artikel 6:2 lid 2 BW als grondslag houdt de Hoge Raad het voor mogelijk dat ondanks de nietigheid toch sprake is van gebondenheid aan de mondelinge afspraken, omdat de professionele verkoper tegenover de particuliere koper geen beroep op de nietigheid toekomt.

Een schoonheidsprijs verdient deze spitsvondigheid intussen echter niet. Het is aan de wetgever om bij het stellen van regels duidelijk te zijn over de vraag welke partijen bescherming toekomt en tegen welke risico's. Zoals ook in de evaluatie van de Wet koop onroerende zaken<sup>35</sup> – die op verzoek van de Directie Wetgeving van het ministerie van Justitie en in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum is uitgevoerd door onderzoekers van het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht – naar voren is gekomen, ware het beter geweest als de wetgever een meer evenwichtige regeling zou hebben voorgeschreven. Aanbevolen is het vormvereiste te laten gelden zodra er een particulier bij de koop van onroerend goed betrokken is, ongeacht of dit de verkoper of de koper is en ongeacht de aard van het object. In dat geval wordt steeds de zwakke partij beschermd en zijn er geen kwalificatieproblemen met betrekking tot objecten die een gemengde bestemming hebben (dat wil zeggen gebouwen waarin zowel gewoond als gewerkt wordt). Deze regel is verder minder conjunctuurgevoelig, omdat (zoals thans blijkt) het niet altijd de koper is die door marktomstandigheden onder druk staat. Met deze aanpassing blijft nog wel een kwalificatieprobleem bestaan in geval een (ver)koper voor zowel privé- als zakelijke doeleinden handelt. Nog een betere oplossing zou daarom zijn om het vormvereiste uit te breiden naar alle vastgoedtransacties. Dit biedt rechtszekerheid en bescherming voor alle betrokkenen bij een vastgoedtransactie. Het lost de onder de huidige regeling bestaande kwalificatieproblematiek op en voorkomt dat er een voorrangprobleem ontstaat bij de toepassing van artikel 3:296 BW, afhankelijk van de hoedanigheid van de partijen. In de praktijk zal dit voor vastgoedhandelaren nauwelijks een lastenverzwaring meebrengen, nu bij het evaluatieonderzoek is gebleken dat het voor professionele partijen gebruikelijk is de afspraken op papier vast te leggen.

Recentelijk heeft minister Opstelten laten weten geen noodzaak voor uitbreiding van het schriftelijkheidsvereiste te zien.<sup>36</sup> Het is de hoop dat het onderhavige arrest van de Hoge Raad de minister op andere ideeën brengt.

34. Anders dan P.J.M. Ros stelt in PRG 2012/29, betekent dit niet dat de particuliere verkoper van een woonhuis kan blijven weigeren mee te werken aan de schriftelijke totstandkoming van de koopovereenkomst indien hij gedurende de wettelijke bedenktijd van drie dagen (ex art. 7:2 lid 2 BW) een hoger bod ontvangt. De bedenktijd gaat immers pas lopen op de dag na de dag waarop een door partijen op schrift gestelde en ondertekende koopakte aan de koper is ter hand gesteld. Van ongebondenheid van de zijde van de verkoper kan dan uiteraard geen sprake meer zijn.

35. Zie Keirse e.a. 2009.

36. Kamerstukken II 2011/12, 32 320, nr. 2.