



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Is de regeling van de koop in het Burgerlijk Wetboek een succes? Huijgen, W.G.

Citation

Huijgen, W. G. (2017). Is de regeling van de koop in het Burgerlijk Wetboek een succes? *Wpnr: Weekblad Voor Privaatrecht, Notariaat En Registratie*, 2017(7133), 68-74. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/70926>

Version: Not Applicable (or Unknown)
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/70926>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Is de regeling van de koop in het Burgerlijk Wetboek een succes?

1. Inleiding

Inmiddels is het vijftientwintig jaar geleden dat het centrale gedeelte van het vermogensrecht zoals geregeld in het huidige BW – waaronder mede de regeling inzake koop in titel 7.1 BW – in werking is getreden. De vraag die in deze bijdrage voorligt, is of de huidige koopregeling een succes is gebleken? Deze vraag valt niet zomaar te beantwoorden omdat de koopregeling zoals die op 1 januari 1992 werd ingevoerd al een aantal keren flink is aangepast ten gevolge van – onder meer – Europese regelgeving. De huidige koopregeling is derhalve niet gelijk aan die van 1992. Ik kom daar hieronder sub 2 op terug.

Voorts wil ik vooraf opmerken dat het de bedoeling van dit themanummer is om de koopregeling te evalueren in het licht van het *Nederlandse* Burgerlijk Wetboek . Daarbij dienen de Europeesrechtelijke terreinen in beginsel buiten beschouwing te worden gelaten omdat die niet relevant zijn voor de vraag of de nationale regeling in het BW als succesvol kan worden bestempeld. Dit laatste leidt bij de koop al direct tot een fors probleem omdat deze regeling van meet af aan aanzienlijk beïnvloed is door internationale regelingen en na 1992 – met name op het gebied van de consumentenkoop – aanzienlijk is beïnvloed door Europese regelgeving. Om toch een bijdrage aan de centrale vraag van dit themanummer te kunnen leveren, zal ik hieronder sub 2 eerst een aantal meer algemene opmerkingen maken over de huidige regeling van de koop zoals neergelegd in titel 7.1 BW. Daarna zal ik ingaan op enkele specifieke bepalingen uit de titel koop en deze becommentariëren in het licht van hun werking op het gebied van koop van onroerende zaken. Het Europees consumentenrecht heeft op dat deelgebied immers in beginsel geen toepassing.

Om de vraag te kunnen beantwoorden of de regeling van de koop in titel 7.1 BW na vijftientwintig jaar een succes is gebleken, moet men zich eerst afvragen wat destijds met een nieuwe regeling van de koopovereenkomst in het BW werd beoogd te bereiken. Een antwoord op die vraag vinden wij in de (Parlementaire) geschiedenis van boek 7 BW die voor een deel weer teruggaat op oudere bronnen.¹

¹ Zie hierover: E.O.H.P. Florijn, *Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, diss. Maastricht 1995, p. 437 e.v.. Wat betreft de oudere bronnen die daarbij relevant zijn denke men aan de bijdrage van E.M. Meijers aan het *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle 1938, p. 33 e.v.; E.M. Meijers, *Het feillooze deel van ons Burgerlijk Wetboek*, WPNR 3031 (1928); en de *Algemene inleiding tot de vier groene boeken*, *Parlementaire Geschiedenis NBW*, Algemeen deel, p. 5 e.v..

Meijers had volgens Florijn drie doelstellingen bij het ontwerpen van de nieuwe teksten voor boek 7 BW inzake bijzondere overeenkomsten. In de eerste plaats was het de bedoeling om de verschillende regelingen zoveel mogelijk te vereenvoudigen en af te slanken. Door een algemeen gedeelte van het overeenkomstenrecht in boek 6 BW op te nemen zouden volgens Meijers de specifieke regelingen voor de bijzondere contracten in boek 7 BW zo kort mogelijk kunnen worden gehouden. In de tweede plaats wilde Meijers met de nieuwe regeling van de verschillende bijzondere overeenkomsten in boek 7 bereiken dat de wettekst weer zoveel mogelijk op de hoogte van de tijd zou worden gebracht en richtinggevend zou kunnen zijn voor de rechtsontwikkeling. In de derde plaats wilde Meijers met de regelingen voor een nieuw boek 7 – waarbij de regeling van de koop uiteraard een belangrijke rol speelde – bereiken dat het burgerlijk recht weer tot een eenheid zou worden gesmeed. Hiermee bedoelde hij dat niet langer bepaalde overeenkomsten of andere regelingen van privaatrechtelijke aard buiten het Burgerlijk Wetboek – en in dit geval, de koop, specifiek buiten boek 7 BW – zouden vallen. De pachtovereenkomst diende bijvoorbeeld dan ook niet apart in een pachtwet te worden geregeld maar in het Burgerlijk Wetboek.² Voor regelingen verwant aan de koop die – thans nog – buiten het vernieuwde BW vallen, zou men kunnen denken aan de regeling van de Tijdelijke wet Huurkoop onroerende zaken en de koop op afbetaling en huurkoop. Deze regelingen dienen in het licht van het vorenstaande alsnog in het huidige boek 7 BW te worden opgenomen.³

Wanneer ik hierna inga op de vraag of de huidige regeling van de koop in titel 7.1 BW een succes is, zal ik uiteindelijk toetsen of de regeling voldoet aan de drie voormelde eisen die Meijers zich gesteld had met de regeling van boek 7 BW. Kort gezegd: is de regeling voldoende eenvoudig en sober (in omvang), is hij voldoende actueel en vormt de regeling een voldoende eenheid? Terzijde merk ik op dat de doelstellingen van Meijers die ik van harte eveneens voor de huidige tijd onderschrijf ook nu met regelmaat geweld worden aangedaan telkens wanneer ons Burgerlijk Wetboek – al of niet op basis van Europese regelingen – zonder wezenlijke noodzaak wordt gewijzigd. Uiteraard ligt dit anders indien nieuwe regelingen beslist nodig zijn om werkelijke misstanden tegen te gaan of andere dringende redenen daartoe nopen.

² Zoals thans ook geregeld is in titel 7.5 BW.

³ Dit is ook uitdrukkelijk de bedoeling van de wetgever zoals blijkt uit het inmiddels – na meer dan 60(!) jaar – ingediende Wetsvoorstel 34442 dat in een nieuwe afdeling 7.2.b2 (art. 7:101 e.v.) onder meer de nieuwe regeling van huurkoop van onroerende zaken bevat.

2. De titel ‘koop’ in het huidige BW

Wanneer men de huidige regeling van de koopovereenkomst in titel 7.1 BW beziet in het licht van de hiervoor geschetste bedoelingen van de NBW wetgever met boek 7 BW – die valt te kenschetsen als een efficiënte en eenvoudige regeling die ook actueel is – dan valt op dat juist wat betreft de koop de regeling in het NBW niet ‘uit een stuk’ is. De oorspronkelijke regeling van titel 7.1 BW uit 1992 was reeds gebaseerd op twee verschillende voorontwerpen. Het eerste voorontwerp van boek 7 ging terug op een door T.J. Dorhout Mees ontworpen voorstel opgenomen in ‘het groene boek’ uit 1972. Het tweede voorontwerp inzake de consumentenkoop betrof een voorstel opgesteld door het Ministerie van Justitie uit 1978 waarover de SER zijn advies had uitgebracht.⁴ Tot op de dag van vandaag ziet men deze twee-poligheid in de regeling van de koop terug. In titel 7.1 lopen immers door elkaar regelingen voor de koop in het algemeen en regelingen die specifiek betrekking hebben op de consumentenkoop.⁵ Het feit dat de koopregeling zelfs per wetsartikel en ook per artikellid bepalingen kent die voor de consumentenkoop verschillen ten opzichte van – wat ik nu maar samenvat als de koop in het algemeen – is *niet* als transparant en eenvoudig te betitelen.⁶

Het hiervoor gesignaleerde probleem dat titel 7.1 BW een twee-polige oorsprong heeft en op die grond niet kan worden omschreven als een regeling uit één stuk is na 1992 nog aanzienlijk verergerd doordat – meestal op grond van Europese regelgeving – de koopregeling veelvuldig is aangepast door de wetgever. Zonder hier volledigheid te willen pretenderen wijs ik in dit verband op aanpassingen op grond van de Europese richtlijn consumentenkoop,⁷ aanpassingen op grond van de Wet koop van onroerende zaken en aanneming van werk⁸ ingevoerd per 1 september 2003 en aanpassingen op grond van de Richtlijn consumentenrechten in werking getreden op 13 juni 2014. Deze laatste regeling heeft geleid tot diverse wijzigingen in titel 7.1 BW waaronder wijziging van de artikelen 7:5, 7:7 en 7:11 BW alsmede de invoering van artikel 7:19a BW.

⁴ Zie hierover: Asser/Hijma 7-1* 2013, nr. 23.

⁵ De consumentenkoop is omschreven in art. 7:5 lid 1 BW als: de koop met betrekking tot een roerende zaak die wordt gesloten door een verkoper die handelt in het kader van zijn handels- bedrijfs- ambachts- of beroepsactiviteit, al dan niet mede via een andere persoon die namens hem of voor zijn rekening optreedt en een koper, natuurlijke persoon, die handelt voor doeleinden buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit.

⁶ Voor een voorbeeld van een artikellid waarin twee volzinnen voor twee verschillende typen koop opgaan zie men art. 7:17 lid 5 waarvan de eerste volzin voor alle typen van koop opgaat en de tweede volzin uitsluitend voor de consumentenkoop.

⁷ Die richtlijn is per 1 mei 2003 in de wet geïncorporeerd. Op grond van deze richtlijn is bijv. art. 7:17 lid 5 BW ingevoerd.

⁸ Zie daarover Kamerstukken 23095.

Ook de eenheid van de koopregeling binnen boek 7 BW is tot op heden niet volledig. Immers, er zijn bijzondere vormen van koop die thans nog buiten boek 7 BW zijn geregeld. Men denke hierbij bijvoorbeeld aan de koop op afbetaling en de huurkoop die nu nog in boek 7A BW zijn geregeld en de huurkoop van onroerende zaken die in een bijzondere wet te weten de Tijdelijke wet huurkoop onroerende zaken is geregeld.

Op grond van het vorenstaande kan worden geconstateerd dat de huidige regeling van de koop in titel 7.1 BW mede door de vele wijzigingen van en toevoegingen aan de eerdere regeling *niet* meer aan de doelstellingen beantwoordt die de wetgever destijds aan boek 7 BW had gesteld. Om de broodnodige transparantie en eenvoud te bereiken zou naar mijn mening binnen titel 7.1 BW op zichzelf een algemeen deel van de koopregeling moeten worden geformuleerd waarna meer bijzondere gedeelten volgen. Hijma heeft in dit verband in het verleden behartenswaardige voorstellen gedaan met zeer vergaande nadere rubriceringen binnen titel 7.1 BW.⁹ Het gaat mij er hier nu niet om hoe na het algemeen deel van de koopregeling de nadere rubricering er precies uit komt te zien, maar ik kan mij – gelet op de verschillende regelingen die nu dwars door titel 7.1 BW heenlopen – goed voorstellen dat na het algemeen deel minimaal aparte afdelingen zouden worden geschapen voor bepalingen die typisch voor een consumentenkoop gelden, respectievelijk voor de koop van roerende zaken (niet-consumentenkoop), en voor de koop van onroerende zaken. Duidelijk moge voorts zijn dat de bestaande afdelingen met specifieke bepalingen voor de koop op proef, de koop van vermogensrechten en de ruil¹⁰ daarbij dienen te worden gehandhaafd.¹¹ Op die wijze zou naar mijn mening een meer transparante, efficiënte en eenvoudige regeling van de koop in ons BW ontstaan die aansluit bij de – ook nu nog relevante – bedoelingen van de oorspronkelijke NBW wetgever.

3. Enkele kernbepalingen uit titel 7.1 BW

Hieronder bespreek ik enkele kernbepalingen uit titel 7.1 BW. Ik stel mijzelf daarbij de vraag of deze bepalingen in de loop van de laatste vijftientig jaar tot ontwikkelingen hebben geleid die minder gewenst zijn. Indien dat het geval is, rijst de vraag of het beter kan. Ik merk op dat de bespreking plaatsvindt in het licht van de onroerend goedpraktijk. Dit laatste wordt

⁹ Zie daarover: Jac. Hijma, Het 'algemeen deel' van het kooprecht, BW krant jaarboek 14, 1998, p. 151 e.v..

¹⁰ Dat zijn de huidige afdelingen 7.9, 7.10 en 7.12 BW.

¹¹ Ik ga er daarbij van uit dat de koop op afbetaling, de huurkoop en de huurkoop van onroerende zaken sowieso in aparte titels geregeld zullen worden aangezien zij veelal als een vorm van speciale gemengde contracten worden beschouwd.

zowel veroorzaakt door het feit dat twee van de vier gekozen bepalingen specifiek op het gebied van onroerend goed liggen en bovendien juist de onroerend goedpraktijk in beginsel niet geraakt wordt door het Europese recht dat buiten de vraagstelling van dit themanummer ligt.

3.1 Art. 7:2 BW

Over de wenselijkheid van art. 7:2 BW in zijn huidige vorm valt natuurlijk zeer veel te zeggen. De bescherming van kopers van woningen valt op verschillende manieren vorm te geven en de wetgever heeft voor een bepaalde vorm gekozen in die zin dat de koop van een woning door iemand die niet beroeps- of bedrijfsmatig handelt schriftelijk moet worden aangegaan en die koper drie dagen bedenktijd heeft waarbinnen hij straffeloos de koop kan ontbinden. De keuze van de wetgever is en blijft omstrede[n] zoals blijkt uit de evaluatie van de wet Koop onroerende zaken die ruim vijf jaar na invoering van die wet, conform de eerdere toezegging van de minister, is uitgevoerd.¹² Ik wil hier niet ingaan op de argumenten voor en tegen van het huidige art. 7:2 BW. Ik kom daar hieronder sub 4 nog op terug. Waar ik wel op wil wijzen is de tweedeling in opvattingen die zich aftekende kort na invoering van art. 7:2 BW wat betreft de vraag of door invoering van het schriftelijkheidsvereiste een verkoper zich nu wel of niet tot het laatste moment kon terugtrekken van de eerder tot stand gekomen mondelinge wilsovereenstemming. Met andere woorden: geldt het schriftelijkheidsvereiste nu ook onverkort voor de verkoper in die zin dat ook hij eerst gebonden is na ondertekening van de koopakte of geldt dit vereiste in die zin uitsluitend ten aanzien van de koper?

Zoals bekend heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 9 december 2011 deze discussie beslist.¹³ De beslissing van de Hoge Raad komt erop neer dat wanneer sprake is van verkoop van een woning aan een particulier onderscheid moet worden gemaakt tussen professionele verkopers en niet-professionele verkopers wat betreft de vraag of zij reeds gebonden zijn geraakt bij de mondelinge wilsovereenstemming. Dergelijke gebondenheid is er wel wat betreft professionele verkopers maar niet voor niet-professionele verkopers. Hoewel ik er begrip voor heb dat de Hoge Raad rekening heeft willen houden met de verschillende soort belangen die bij de koop van woningen betrokken kunnen zijn, meen ik toch dat deze beslissing minder gelukkig is. Bij de huidige stand van de jurisprudentie is er wat betreft de verkoop van onroerende zaken immers een driedelig regime tot stand gekomen. Bij de verkoop van

¹² Zie: A.L.M. Keirse en N.C. van Oostrom e.a., Rapportage Wet Koop onroerende zaken; de evaluatie, van het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht te Utrecht, 2009.

¹³ Zie: HR 9 december 2011, LJN BU7412, NJ 2013/273 m.nt. JH.

onroerende zaken die *niet* tot woning bestemd zijn is er bij de enkele wilsovereenstemming een overeenkomst tot stand gekomen tussen partijen. Bij de verkoop van tot woning bestemde onroerende zaken door een niet-professionele verkoper is deze eerst gebonden nadat hij de akte ondertekend heeft. Ten slotte is bij de verkoop van woningen door professionele verkopers de verkoper reeds gebonden zodra hij mondelinge wilsovereenstemming heeft bereikt met de koper. In de twee laatst bedoelde gevallen van koop van een woning is de niet-professionele koper – afgezien van de drie dagen bedenktijd – uiteraard eerst gebonden nadat hij een handtekening onder de akte heeft gezet. Verder rijzen – mede naar aanleiding van dit arrest – tal van andere vragen. Ik noem er slechts twee. Hoe is de positie van een particuliere verkoper die zijn woning aan een professionele koper verkoopt en wat zijn voorbeelden van de ‘zeer bijzondere omstandigheden’¹⁴ die de door de Hoge Raad in zijn arrest gegeven ‘regel’ in een concreet geval opzij kunnen zetten? Het vorenstaande laat naar mijn mening duidelijk zien dat het huidige art. 7:2 BW bepaald niet een transparante en eenvoudige regeling is zoals de NBW wetgever oorspronkelijk voor het nieuwe boek 7 BW voor ogen stond. Juist dit gegeven is dan ook een reden voor mij om hieronder sub 4 een proeve van een nieuw art. 7:2 BW te formuleren.

3.2 Art. 7:15 BW

Wat betreft art. 7:15 BW is lang onduidelijk geweest of dit artikel ook betrekking had op publiekrechtelijke lasten en beperkingen. In zijn arrest van 27 februari 2004¹⁵ heeft de Hoge Raad beslist dat een verkoper inderdaad ook een mededelingsplicht heeft wat betreft publiekrechtelijke lasten en beperkingen jegens de koper tenzij dergelijke lasten en beperkingen de onroerende zaak niet in het bijzonder betreffen. Bij dit laatste denke men bijvoorbeeld aan belastingen en retributies. Aldus werd de mededelingsplicht van de verkoper wel zeer ruim getrokken met name wanneer men zich realiseert dat publiekrechtelijke lasten en beperkingen afkomstig zijn van de overheid en de verkoper bij de totstandkoming van dergelijke lasten niet direct betrokken is. In zijn arrest van 30 januari 2015¹⁶ heeft de Hoge Raad de mededelingsplicht van de verkoper ten aanzien van publiekrechtelijke lasten en beperkingen beperkt in die zin dat volgens de Hoge Raad een last of beperking het onroerend goed slechts dan in het bijzonder betreft indien deze haar grondslag vindt in een specifiek (mede) tot (een rechtsvoorganger van) de rechthebbende van de desbetreffende zaak gericht

¹⁴ Ik doel hier op de zeer bijzondere omstandigheden waarnaar de Hoge Raad in zijn arrest van 9 december 2011, LJN BU7412 zelf verwijst, zonder deze verdere invulling te geven.

¹⁵ Zie: HR 27 februari 2004, NJ 2004, 635 m.nt. WMK (Bos/Smeenk).

¹⁶ HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:159, NJ 2016/76 m.nt. JH (Portsiight).

besluit. Kort gezegd is de verkoper van een onroerende zaak bij de huidige stand van de jurisprudentie dan ook slechts gehouden tot mededelingen over publiekrechtelijke lasten en beperkingen jegens de koper indien hij bij een besluit van de overheid in kennis gesteld is van die publiekrechtelijke last of beperking.¹⁷ Ik kan mij goed vinden in de door de Hoge Raad genomen beslissing. Ik heb steeds verdedigd dat bijzondere lasten en beperkingen in de zin van art. 7:15 BW ook omvatten publiekrechtelijke lasten en beperkingen. Maar het is eveneens redelijk dat de mededelingsplicht van de verkoper niet verder gaat ten aanzien van dergelijke publiekrechtelijke lasten en beperkingen dan die lasten die hem redelijkerwijs bekend kunnen zijn doordat zij specifiek aan hem conform de wettelijke regelingen daarover bekend zijn gemaakt.

Waar het mij hier nu om gaat is het feit dat de Hoge Raad in het voormelde Portsiight-arrest tevens opmerkt dat wanneer een koper geconfronteerd wordt met publiekrechtelijke lasten en beperkingen die niet door de verkoper zijn meegedeeld omdat zij hem ook niet eerder op grond van de regels van het bestuursrecht zijn bekendgemaakt, desondanks kan proberen een verkoper aan te spreken indien deze verkoper geacht moet worden te hebben gehandeld in strijd met het bepaalde in art. 7:17 BW dan wel eventueel art. 6:228 BW (dwaling). Op zichzelf kan ik mij voorstellen dat een koper indien aan de bijzondere voorwaarden van de beide voormelde artikelen is voldaan met succes een beroep op die artikelen zou kunnen doen, maar het lijkt ook goed om te beklemtonen dat een koper ten aanzien van publiekrechtelijke lasten en beperkingen die algemener van karakter zijn en aan een rechthebbende op een onroerende zaak door de overheid *niet* door een gericht besluit zijn bekendgemaakt primair een eigen onderzoeksplicht heeft.

3.3 Art. 7:17 BW

Wat betreft art. 7:17 BW moet worden geconstateerd dat dit artikel in de eerste plaats van regelend recht is en in de tweede plaats een nogal open norm geeft voor de beantwoording van de vraag of de verkoper in een voorkomend geval de conformiteitseis schendt. Het verwachtingspatroon van de koper staat hierbij centraal. Kort gezegd komt het erop neer dat wanneer de koper een zaak geleverd krijgt die – gelet op het redelijk gevormde

¹⁷ Zie voor de bekendmaking van dergelijke besluiten art. 3:41 Awb. Bekendmaking vindt in beginsel plaats door toezending of uitreiking van het desbetreffende besluit aan de belanghebbende d.w.z. de rechthebbende op de desbetreffende onroerende zaak.

verwachtingspatroon van de koper¹⁸ – hij niet behoefde te verwachten er sprake is van een tekortkoming. Wat opvalt in de ontwikkelingen rond art. 7:17 BW van de laatste jaren is het volgende. Art. 7:17 BW geeft aan een koper in beginsel meer mogelijkheden dan de oude verborgen gebrekenregeling. Weliswaar is art. 7:17 BW van regelend recht maar de jurisprudentie heeft daar in de loop van de jaren verschillende grenzen aan gesteld. Exoneratiebepalingen mogen niet in strijd komen met redelijkheid en billijkheid en dat zal met name het geval zijn wanneer een verkoper zich exonereert voor gebreken die hij kent dan wel redelijkerwijs behoorde te kennen. Zo zal een verkoper die zijn huis laat (ver)bouwen zonder bouwvergunning dan wel in strijd met geldende bouwvoorschriften zich niet op een gemaakte exoneratie kunnen beroepen.¹⁹ Dit alles gaat verder dan de regeling in het oude BW wat betreft verborgen gebreken. Destijds had zich een praktijk ontwikkeld dat een verkoper – kort gezegd – zich voor een bijzonder groot gedeelte kon vrijtekenen ter zake van die aansprakelijkheid uit verborgen gebreken.²⁰

In dit verband wil ik erop wijzen dat de regeling van art. 7:17 BW waar als hoofdgedachte achter zit dat de koper – ook van onroerende zaken – beter beschermd moet worden dan destijds tegen feitelijke gebreken in de door de verkoper afgeleverde zaak, een deel van zijn consistente gedachte en uitwerking heeft verloren doordat op grond van Europese regelgeving in 2003 art. 7:17 lid 5 BW is toegevoegd. Aldaar is wat betreft alle typen van verkochte zaken bepaald dat een koper zich er niet op kan beroepen dat de zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt wanneer hem dit ten tijde van het sluiten van de overeenkomst bekend was *of redelijkerwijs bekend kon zijn* (cursivering door mij, W.H.). Ik heb er geen moeite mee dat er een grens wordt gesteld aan de mededelingsplicht van de verkoper wat betreft feitelijke gebreken door te bepalen dat een koper geen beroep heeft op het bepaalde in art. 7:17 BW wanneer hem bepaalde gebreken bekend zijn. Maar het gecursiveerde zinsdeel gaat mij te ver in die zin dat het de partijen bij de koopovereenkomst in beginsel op twee gedachten laat hinken. Enerzijds een mededelingsplicht voor de verkoper anderzijds dan toch een – beperkte – onderzoeksplicht voor de koper waarbij niet aanstonds duidelijk is waar de grenzen wat betreft het ‘redelijkerwijs bekend kunnen’ zijn precies liggen. Liever had ik hier gezien dat het laatste zinsdeel aan lid 5 ontbrak. De rechter zou mijns inziens zeer wel in staat zijn in een enkel uitzonderlijk geval waarvan gezegd zou kunnen worden dat aan een koper een bepaald

¹⁸ Daarbij moet onder meer gelet worden op de aard van de zaak en de mededelingen die de verkoper over de zaak heeft verstrekt, zie art. 7:17 lid 2 BW.

¹⁹ Zie: HR 25 februari 2005, LJN AR5383 (Fabels/Meenderink).

²⁰ Zie daarover: W.M. Kleijn, *Koop van onroerend goed en efficiënte consumentenbescherming, afscheidsrede* Leiden 1992, p. 6 e.v..

gebrek vrijwel onmogelijk heeft kunnen ontgaan, op grond van de redelijkheid art. 7:17 lid 5 BW desondanks toepassing te laten vinden.²¹

3.4 Art. 7:23 lid 1 BW

Art. 7:23 lid 1 BW bepaalt dat de koper er geen beroep meer op kan doen dat hetgeen is afgeleverd niet aan de overeenkomst beantwoordt, indien hij de verkoper daarvan niet binnen bekwame tijd nadat hij dit heeft ontdekt of redelijkerwijs had behoren te ontdekken, kennis heeft gegeven. Aldus beschermt art. 7:23 lid 1 BW de verkoper voor late en moeilijk meer te betwisten klachten. Hij moet erop kunnen rekenen dat de koper niet treuzelt met onderzoeken en reclameren.²² Het eerste lid van art. 7:23 BW is de afgelopen jaren aanleiding geweest voor behoorlijk veel jurisprudentie en ook bij verschillende auteurs een geliefd onderwerp. Mede gezien de mij toegemeten ruimte in de omvang van deze bijdrage moet ik het hier kort houden. Ik wil er echter met name op wijzen dat in dit eerste lid van art. 7:23 BW twee vervaltermijnen zijn opgenomen. De eerste heeft betrekking op de termijn dat de koper de gekochte zaak moet onderzoeken en de tweede termijn stelt de eis dat de koper binnen bekwame tijd na de ontdekking van een gebrek dit aan de verkoper moet mededelen. Zowel de lengte van de eerste – de onderzoekstermijn – als wat betreft de lengte van de tweede – te weten de klachttermijn – voor de koper is in de jurisprudentie van de Hoge Raad alles over gelaten aan open normen. Dat wil zeggen dat wat betreft de lengte van de onderzoekstermijn deze afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Zo'n onderzoek moet door de koper worden uitgevoerd met de voortvarendheid die in de gegeven omstandigheden in redelijkheid van hem kan worden gevergd.²³ Ook wat betreft de klachttermijn vindt de Hoge Raad dat geen vaste termijn is te geven maar dat die vraag – kort samengevat – moet worden beantwoord onder afweging van alle betrokken belangen en onder afweging van alle relevante omstandigheden.²⁴ Door deze – naar mijn mening – wel erg open benadering van de Hoge Raad bestaat erg weinig rechtszekerheid over de lengte van de verschillende termijnen die door een koper in acht moet worden genomen. Daardoor staan de sluizen naar de rechter wel erg wagenwijd open. Ik begrijp dat het moeilijk is om hier vaste termijnen te geven maar zou

²¹ Weliswaar lezen wij een opvatting van deze strekking in de Memorie van Toelichting (MvT, Kamerstukken II, 27809, nr. 3, p. 18) maar doordat de hierboven gecursiveerde woorden in de wet staan roept dit toch minst genomen de vraag op of de koper niet een zelfstandige onderzoeksplicht heeft gekregen in art. 7:17 lid 5 BW wat betreft gebreken die hij niet kent.

²² Zie: HR 29 juni 2007, NJ 2008/605 m.nt. JH (Amsing/Dijkstra-Post).

²³ Zie: HR 25 maart 2011, LJN BP8991 (Ploum/Smeets Geelen II).

²⁴ Zie: HR 29 juni 2007, LJN AZ7617, NJ 2008/606 m.nt. JH (Pouw/Visser) alsmede HR 25 maart 2011, NJ 2013/5 m.nt. JH.

toch willen bepleiten dat in de jurisprudentie naar iets meer duidelijkheid voor de contractspartijen zou worden gezocht. Ik denk dan in een trant zoals ook elders verwoord,²⁵ bijvoorbeeld dat wat betreft de ‘bekwame tijd’ zoals bedoeld in lid 1 zowel bij de koop van roerende als van onroerende zaken een termijn van in beginsel twee maanden geldt, behoudens bijzondere omstandigheden die er toe leiden dat aan de koper een langere klachttermijn moet worden gegund.

4. Voorstel tot verbetering van het koop/leveringstraject van onroerende zaken

Zoals ik hierboven reeds heb aangegeven, zou ik nog terugkomen op de belangrijkste bepaling uit de wet Koop van onroerende zaken, te weten art. 7:2 BW. Vooraf constateer ik uitdrukkelijk dat in de evaluatie van die wet uit 2009 wordt geconstateerd dat deze bepaling niet goed dan wel onvoldoende werkt ter bescherming van kopers van onroerende zaken en aanpassing behoeft. Zo concludeert de evaluatie onder meer uitdrukkelijk dat het schriftelijkheidsvereiste door de wetgever dient te worden uitgebreid naar *alle* koopovereenkomsten met betrekking tot onroerende zaken. Voorts wordt in die evaluatie opgemerkt dat de bedenktijd niet moet worden verlengd maar moet worden vervangen of aangevuld met een *alternatief* beschermingsmechanisme, te weten een verplichte inschakeling van de notaris in de obligatoire fase.²⁶ De minister is op deze aanbevelingen nooit ingegaan.

Voordien was in mijn Leidse oratie uit 1997²⁷ voorgesteld om – kort samengevat – de koopakte ten aanzien van onroerende zaken tot een notariële akte te maken zodat vroegtijdige informatieverstrekking en Belehrung door het notariaat aan partijen verzekerd zou zijn. In dat geval zou die notariële koopakte – indien de financiering rond was – in de openbare registers kunnen worden ingeschreven en de onroerende zaak op die wijze kunnen worden geleverd. Kort gezegd is genoemd voorstel destijds afgewezen omdat volgens de toenmalige minister niet voldoende verzekerd was dat dergelijke koopakten uitsluitend zouden worden ingeschreven nadat de betaling van de koopprijs aan de verkoper was voldaan en voorts omdat onduidelijk was wat een en ander voor de notariskosten van de koper zou betekenen.

²⁵ Zie daarover: Asser/Hijma, 7-1* 2013, nr. 545a.

²⁶ Zie: A.L.M. Kierse en N.C. van Oostrom e.a., Rapportage wet Koop onroerende zaken; de evaluatie, p. 335/336.

²⁷ Zie: W.G. Huijgen, Rechtszekerheid of rechtsbescherming?, Ars Notariatus LXXX, p. 20 e.v..

Bij dit laatste werd wel toegegeven dat aangezien de leveringsakte in een dergelijk ‘stelsel’ in beginsel niet meer nodig was die kosten wellicht niet verder behoeften op te lopen.²⁸

Nadien is in de Eerste Kamer nog het voorstel gedaan om tot een zogenaamde tweewegenleer te komen. Deze tweewegenleer ten aanzien van de koop van onroerende zaken behelsde een keuzemogelijkheid voor de koper om ofwel de aankoop vast te leggen in een gewone onderhandse akte en dan de bescherming te genieten van de drie dagen bedenktijd van art. 7:2 lid 2 BW dan wel te kiezen voor inschakeling van een notaris en dan geen drie dagen bedenktijd te hebben.²⁹ Deze tweewegenleer is destijds met name door de minister verworpen omdat hij meende dat een verkoper de koper kon sturen ten aanzien van de keuze tussen ofwel de drie dagen bedenktijd dan wel de notariële inschakeling bij de koopakte.

De hiervoor genoemde bezwaren tegen meer notariële betrokkenheid in de obligatoire fase zijn eenvoudig te ondervangen. Zo kan het bezwaar tegen een notariële koopakte die onvoldoende zou verzekeren dat de akte uitsluitend wordt ingeschreven in de openbare registers indien de koopprijs aan de verkoper is betaald, worden ondervangen door een bepaling op te nemen in de trant van art. 525 lid 2 Rv dat geldt voor de executoriale verkoop van onroerende zaken. Het bezwaar tegen de tweewegenleer in die zin dat een koper zou kunnen worden beïnvloed door de verkoper ten aanzien van zijn keuze voor de drie dagen bedenktijd dan wel de notariële inschakeling kan eenvoudig worden ondervangen door – dwingendrechtelijk – te bepalen dat uitsluitend de koper de desbetreffende keuze toekomt. Ten slotte is het ook interessant om te bezien dat in de notariële praktijk thans een ontwikkeling is ingezet waarbij in één akte inderdaad de koopovereenkomst en de levering van de desbetreffende onroerende zaak wordt neergelegd zij het dat de levering plaatsvindt onder – kort gezegd – opschortende voorwaarde van betaling van de koopprijs alsmede het opmaken en inschrijven van de akte van kwijting voor de kooppennen.³⁰

In het licht van het vorenstaande kom ik dan tot een proeve van verbetering van art. 7:2 BW alsmede het daarmee samenhangende art. 3:89 BW welke artikelen naar mijn mening zouden

²⁸ Zie: Antwoorden op vragen gesteld in een ‘Verslag van een schriftelijk overleg’ d.d. 9 april 1999, TK 2000-2001, 23095, nr. 10, p. 25 e.v..

²⁹ Zie daarover: Brief MvJ, Kamerstukken I 2003-2004, 23095A, p. 5 e.v..

³⁰ Zie daarover: Notamail 13 juni 2014, nr. 146 alsmede Ministerie van Financiën 3 juni 2014, nr. BLKB/2014/194m (Stcrt 2014, nr. 15967) en daarover W.G. Huijgen, Notariële functie en aansprakelijkheid bij koop en verkrijging van onroerend goed, FTV 2014, 60. Recent is deze gedachte beschreven en verder uitgewerkt voor de *huidige* praktijk en stand van wetgeving door L.A.G.M. van der Geld, I. Visser en L.C.A. Verstappen, Een alternatieve werkwijze voor de overdracht van onroerende zaken, WPNR 7118 (2016), p. 665 e.v..

dienen te luiden:

- 7:2 BW:
1. De koop van een onroerende zaak of bestanddeel daarvan wordt aangegaan bij onderhandse of notariële akte ter keuze van de koper.³¹
 2. Indien van de koop tussen partijen als bedoeld in het eerste lid een onderhandse akte is opgemaakt moet die akte of een afschrift daarvan 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. (volgt verder de tekst van het bestaande art. 7:2 BW).

Het vernieuwde art. 3:89 lid 2 BW zou aldus dienen te luiden:

3:89 BW: Is van de titel van overdracht tussen partijen een notariële akte opgemaakt, dan wordt deze tezamen met een verklaring van de notaris dat de koopprijs in zijn handen is gestort als de tot levering bestemde akte aangemerkt, tenzij partijen anders zijn overeengekomen. Is van de titel van overdracht tussen partijen geen notariële akte opgemaakt, dan dient de tot levering bestemde akte nauwkeurig de titel van overdracht te vermelden; bijkomstige bedingen die niet de overdracht betreffen, kunnen in de akte worden weggelaten.

Ter toelichting op het hier voorgestelde vernieuwde art. 3:89 lid 2 BW diene dat ik – anders dan in mijn oratie uit 1997 – de gehele discussie over het al of niet bestaan van een goederenrechtelijke overeenkomst van levering buiten beschouwing laat. Ik merk op dat dit leerstuk ook in de huidige wettelijke regeling van het BW nergens voorkomt en dat de bovenvermelde redactie aansluit bij art. 3:89 lid 2 zoals dat luidde in de Vaststellingswet NBW.³² De discussie over de goederenrechtelijke overeenkomst kan hier derhalve buiten beschouwing blijven. Verder teken ik aan dat nu in het bovenvermelde lid 2 uitdrukkelijk de eis wordt gesteld dat slechts de notariële koopakte tezamen met een notariële verklaring inzake kwitantie van de kooppenningen in beginsel als tot levering bestemde akte worden aangemerkt, de inschrijving van de enkele – notariële – koopakte zonder notariële verklaring inzake kwitantie van de kooppenningen blijft voldoen als Vormerkung van het desbetreffende

³¹ Door het bepaalde in het huidige art. 7:2 lid 4 BW staat vast dat de keuze van de koper te allen tijde beslissend is en daarvan op geen enkele wijze kan worden afgeweken.

³² Zie het toenmalige art. 3.4.2.4 lid 3, later in het Gewijzigd Ontwerp vernummerd tot lid 2.

onroerend goed.³³ Slechts nadat ook de verklaring van de notaris inzake kwitantie van de kooppenningen is ingeschreven zal het onroerend goed ook geleverd zijn.

5. Conclusie

De huidige regeling van de koop in titel 7.1 BW voldoet naar mijn mening niet (meer) aan de oorspronkelijke doelstellingen van de NBW wetgever met boek 7 BW. Die werden destijds verwoord als het bereiken van een sobere en eenvoudige regeling. Naar het oordeel van de wetgever kon de regeling sober zijn omdat het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht in boek 6 BW was geregeld waardoor de bijzondere contracten op sobere wijze nader zouden kunnen worden geregeld in boek 7 BW. Daarnaast zou de regeling actueel moeten zijn en alle verschillende regelingen voor bijzondere vormen van (koop)contracten in het BW moeten staan en niet daarbuiten.

Mede door het veelvuldig ingrijpen van de wetgever gedurende de laatste vijftientig jaar in de koopregeling – al dan niet gedwongen door de Europese wetgever – zijn eenheid, transparantie en soberheid van de koopregeling in het gedrang gekomen. Ook bevinden nog steeds niet alle bijzondere koopregelingen zich in het vernieuwde BW.³⁴ Voorts heeft de wetgever *niet* de aanbevelingen van de evaluatie Wet koop onroerende zaken ter harte genomen. Al veel eerder was er forse kritiek op de wetgever door zijn keuze van bescherming van kopers van woningen uitsluitend mogelijk te maken langs de weg van een driedagenbedenktijd. Verplichte notariële inschakeling als alternatief zou hier een waardevolle mogelijke tweede weg kunnen zijn. Immers, juist die inschakeling van een deskundige kan ervoor zorgen dat beide partijen die betrokken zijn bij de koop van een onroerende zaak tijdig worden geïnformeerd en belehrt over alle rechten en verplichtingen die met de koop samenhangen.

Het vorenstaande brengt mij dan ook tot een tweetal hoofdaanbevelingen bij dezen. In de eerste plaats zou ik ervoor willen pleiten om – zeker nu het kooprecht zo'n uitvoerige regeling is geworden door alle toevoegingen en wijzigingen van de laatste jaren – een algemeen deel binnen titel 7.1 BW in te voeren en daarna verschillende bijzondere gedeeltes voor specifieke vormen van koop – men denke aan consumentenkoop, koop van roerende zaken (niet-

³³ Zie daarover art. 7:3 BW.

³⁴ Zie bijv. de nog steeds geldende Tijdelijke wet Huurkoop onroerende zaken alsmede de koop op afbetaling en de huurkoop die nog steeds in boek 7A BW zijn geregeld.

consumentenkoop) en koop van onroerende zaken – daarop te laten voortbouwen. In de tweede plaats zou ik wat betreft het traject van koop/levering van onroerende zaken een tweesporen-aanpak willen volgen. Dit sluit aan op de voorstellen die in het verleden al zijn gedaan. Ik bedoel daarmee dat kopers de keuze krijgen om ofwel te kiezen voor een onderhandse koopakte met drie dagen bedenktijd dan wel een notariële koopakte die tezamen met de kwitantie van de kooppenningen de eigendomsoverdracht bewerkstelligt. Aldus biedt de wettelijke regeling voor ‘elck wat wils’. In dat kader deed ik hierboven een concreet voorstel tot wetwijziging. Nu dit voorstel aan ieder de ruimte laat om de weg te kiezen die hij als koper wil gaan, hoop ik dat de wetgever hierin wil meegaan.

W.G. Huijgen