

Buitengerechtelijke deelontbinding

Clementine Breedveld-de Voogd

Tussen diafragma en sluitertijd bestaat een synallagmatisch verband.¹ Een groter diafragma vereist een kortere belichting en een kleiner diafragma vraagt onder dezelfde omstandigheden een langere belichting. Wie de basisregels van de analoge fotografie beheerst, kan ook het uiteindelijke beeld bepalen. Een landschap vereist meer scherptediepte en dus een kleiner diafragma met een langere sluitertijd. Een portret is in de meeste gevallen geslaagder als de achtergrond wat vaag blijft en het oog van de camera wat verder openstaat. Een loepzuivere beheersing van de regels bewerkstelligt echter nog geen mooi resultaat. De fotograaf bepaalt de compositie en kleurt en retoucheert het waargenomen beeld. Jaap Hijma heeft in zijn omvangrijke werk het recht als geen ander waargenomen en geordend. Het samen met Marianne Olthof geschreven *Compendium van het Nederlands vermogensrecht* is daar misschien wel het belangrijkste product van.² Ordening is de eerste taak van een schepper. Daarna volgt het bijslijpen en verfraaien van het resultaat. Alleen een geordend systeem kan worden overgedragen aan een student. Zo heb ik als jong docent jarenlang geprofiteerd van een door Jaap Hijma vervaardigd schema, waarmee het hele huwelijksvermogensrecht in twee colleges kon worden uitgelegd.

1. Koopprijsvermindering

Hijma analyseert in zijn artikel ‘Koopprijsvermindering’ of een teleurgestelde koper voor de remedie koopprijsvermindering kan kiezen en welke grondslagen hiervoor in aanmerking komen.³ Hij werd hiertoe geïnspireerd door een arrest van de Hoge Raad waarin de kopers een boerderij hadden gekocht, die een uitsluitend agrarische bestemming bleek te hebben.⁴ Verkopers hadden daarvan geen melding gemaakt bij de onderhandelingen, hoewel zij van deze bestemming wel op de hoogte waren. Hijma begint zijn onderzoek bij wat in zijn visie ‘de natuurlijke thuishaven’ is van de prijsverlaging: de gedeeltelijke ontbinding. Art. 6:270 BW bepaalt dat een gedeeltelijke ontbinding een evenredige vermindering inhoudt van de wederzijdse prestaties, in hoeveelheid of hoedanigheid. Dit betekent dat wanneer de teleurgestelde koper de zaak wil behouden, de prestatieplicht van de verkoper wordt verminderd in *hoedanigheid*. Zijn verplichting tot het leveren van

¹ G. Stüvermann, *Foto's met de reflexcamera*, Amsterdam-Brussel: Elsevier 1977, p. 25.

² Jac. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

³ Jac. Hijma, ‘Koopprijsvermindering’, *WPNR* 2018/7202, p. 566-574.

⁴ HR 18 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2885, *NJ* 2018/223 m.nt. Jac. Hijma (*Woonboerderij*).

een zaak zonder het litigieuze gebrek wordt verminderd tot een verplichting tot levering van een zaak met dat gebrek. De verplichting van de koper wordt verminderd in *hoeveelheid* door de koopprijs met een bepaald bedrag te reduceren.⁵ Voor een koper van een onroerende zaak, die na de koop een gebrek constateert waardoor hij tot de conclusie komt dat hij toch wat te veel heeft betaald of gaat betalen, is koopprijsvermindering een aantrekkelijke optie als hij de zaak wel wil behouden. Een onroerende zaak is meestal een doos van Pandora. Er ligt altijd wel groot of klein onheil op de loer. Kopers worden niet alleen, zoals in de Woonboerderij-zaak, geconfronteerd met onbekende publiekrechtelijke beperkingen, maar ook met erfdienstbaarheden, kettingbedingen of feitelijke gebreken zoals een kleinere oppervlakte dan in de advertentie stond, lekkende rioleringen, onveilige elektrische bedrading, boktorren in de binten etc. etc. Volgens Hijma zou de koper de koopprijsvermindering behalve op een gedeeltelijke ontbinding van de koopovereenkomst, ook nog op twee andere grondslagen kunnen baseren. De koper kan dit resultaat ook bewerkstelligen door in het kader van een vernietigingsvordering op grond van dwaling aan de rechter het verlangen tot wijziging van de overeenkomst voor te leggen. Met deze wijziging kan het nadeel dat de koper lijdt worden opgeheven (art. 6:230 lid 2 BW). De koper kan de koopprijsvermindering de facto ook bereiken door een vordering tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad of wegens non-conformiteit. Voor de teleurgestelde koper biedt gedeeltelijke ontbinding verschillende voordelen ten opzichte van de andere grondslagen. Op de schaduwkant van een van deze voordelen ga ik in deze bijdrage in. Voor de rechterlijke wijziging zal de koper de rechter moeten inschakelen. Hetzelfde geldt voor het verkrijgen van schadevergoeding. Immers, wie een verkoper tot betaling hiervan wil dwingen, zal toch een grosse nodig hebben. Datzelfde geldt voor een koopprijsvermindering gebaseerd op gedeeltelijke ontbinding die wordt ingeroepen *na* de overdracht van de verkochte zaak. Ook dan kan de verkoper pas gedwongen worden tot terugbetaling van het door de koper te veel betaalde bedrag, wanneer de rechter hierover een uitspraak heeft gedaan. Het spreekt voor zich dat koper en verkoper hierover ook tot een vergelijk kunnen komen door over de hoogte van deze ongedaanmakingsverbintenis (art. 6:271 BW)⁶ te gaan onderhandelen en een vaststellingsovereenkomst te sluiten (zie par. 3). In dat geval zal het contractuele evenwicht in stand blijven, omdat de koper de overdracht van de zaak met de gedeeltelijke ontbinding niet meer in gevaar kan brengen. Dit is anders wanneer de gedeeltelijke ontbinding wordt ingeroepen na het totstandkomen van de koopovereenkomst doch voor de overdracht van de zaak. Vanwege de problemen die een buitengerechterlijke gedeeltelijke ontbinding – verder: buitengerechterlijke deelontbinding –⁷ in deze fase creëert voor de overdracht van de zaak, kom ik tot de conclusie dat een dergelijke ontbinding op dat moment de toets der rechtvaardig-

5 Zie over de vraag hoe dit bedrag zou moeten worden berekend de bijdrage van Bart Krans in deze bundel.

6 Asser/Sieburgh 6-III 2018/695.

7 In Asser/Hijma 7-I 2019 wordt de term 'buitengerechterlijke deelontbinding' gehanteerd.

heid van art. 6:265 BW in beginsel niet kan doorstaan. Ik zal dit onderbouwen⁸ aan de hand van een casus die ik heb ontleend aan een vonnis van de rechtbank Noord-Holland van 2 maart 2016.⁹

2. Hogere servicekosten

De besloten vennootschap Heeh BV heeft twee appartementsrechten voor een bedrag van € 320.000,00 verkocht aan kopers. De appartementsrechten omvatten een woning met de daarbij behorende berging en een stallingsplaats. In de advertentie stond naast de vraagprijs van € 245.000,- vermeld dat de servicekosten € 154,- per maand bedroegen. Dit bedrag aan servicekosten is overgenomen in de door partijen getekende koopovereenkomst. De notaris informeert kopers enige dagen voor de geplande levering dat de periodieke bijdrage voor het appartement en de stallingsplaats € 193,79 per maand bedraagt. Kopers delen daarop de notaris mee dat dit bedrag onjuist is, omdat het bijna € 40,00 verschilt ten opzichte van het bedrag dat in de koopovereenkomst was opgenomen. De notaris antwoordt dat zij van de beheerder van de Vereniging van Eigenaren bericht heeft ontvangen dat deze eerder ten onrechte had meegedeeld dat de geraamde servicekosten van € 154,48 voor zowel de woning als de stallingsplaats golden. Deze servicekosten betroffen alleen de woning. Kopers hebben laten weten dat zij niet akkoord gingen met de hogere servicekosten. Ondanks dit protest gaat de levering van de appartementsrechten door. Daarna stellen kopers de verkoper aansprakelijk voor de geleden en nog te lijden schade.

Kopers dagen de verkoper voor de rechtbank en vorderen primair dat de rechtbank de koopovereenkomst gedeeltelijk ontbindt en de gevolgen ter opheffing van het door hen geleden nadeel wijzigt door de koopprijs te verminderen met een bedrag van € 25.151,60 althans met een door de rechtbank in goede justitie vastgesteld bedrag. Zij stellen ook een subsidiaire vordering in, namelijk dat de rechtbank voor recht verklaart dat sprake is van dwaling en op grond van art. 6:230 lid 2 BW de gevolgen van de overeenkomst ter opheffing van het door eisers geleden nadeel wijzigt door de koopprijs te verminderen met een bedrag van € 25.151,60, althans met een door de rechtbank in goede justitie vastgesteld bedrag. De rechtbank wijst de subsidiaire vordering toe op grond van art. 6:228 lid 1 sub a BW, omdat kopers niet behoefden te twijfelen aan de hoogte van de door de verkoper medegedeelde servicekosten van € 154,48 per maand. Op de primaire vordering, het beroep op non-conformiteit, gaat zij niet meer in. De rechtbank overweegt dat kopers daardoor niet in hun belang worden geschaad, nu de gevolgen van de primaire en de subsidiaire vordering feitelijk hetzelfde zijn. Het bedrag waarmee de koopprijs zou moeten worden verminderd wordt door de rechter echter belangrijk gematigd. Voor de vraag met welk bedrag de koopovereenkomst moet worden verminderd om

⁸ Dank aan Sjoerd Pennink, student-assistent te Leiden, voor zijn voorbereidende werkzaamheden voor dit onderzoek.

⁹ Rb. Noord-Holland 2 maart 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:1708.

het nadeel in de zin van art. 6:230 lid 2 BW op te heffen, overweegt de rechtbank dat kopers moeten worden gebracht in de situatie waarin zij zouden hebben verkeerd wanneer zij niet hadden gedwaald. Bepaald moet daarom worden welk bedrag de kopers minder aan koopprijs zouden hebben willen betalen. Kopers stellen dat dit bedraagt € 14.151,60 aan hogere servicekosten, te weten € 39,18 per maand gedurende dertig jaar, vermeerderd met € 10.000,00 omdat ook een koper in de toekomst minder zal willen betalen voor het appartement, in totaal derhalve € 24.151,60. De rechtbank gaat niet mee in deze berekening. In de eerste plaats oordeelt zij dat de toekomstige minderopbrengst van € 10.000,00 onvoldoende is onderbouwd en in de tweede plaats acht de rechtbank gezien de leeftijd van kopers niet aannemelijk dat zij nog dertig jaar in het appartement zullen wonen. De rechtbank begeeft zich niet op het gladde ijs van de schijnbare rekenkundige precisie, maar drukt op de contractuele resettoets door te overwegen:

‘Het gaat erom wat [eisers] bij een juiste voorstelling van zaken hadden kunnen bedingen. Niet onaannemelijk is dat Sluimers c.s. (de naam van kopers is hier kennelijk aan de anonimiseringstool ontkomen, toev. CGB) bij een juiste voorstelling van zaken, gelet op de totale maandelijkse kosten voor het appartement, een lager bod hadden gedaan en dat Heeh hiermee had ingestemd. In dit hypothetische geval waarbij als uitgangspunt geldt dat partijen over het bedrag van € 320.000,00 geen overeenstemming hadden bereikt maar hadden door onderhandeld, acht de rechtbank een aanpassing van de koopprijs met € 7.500,00 redelijk.’

Kopers krijgen ruim € 16.000 minder dan zij hadden gevorderd. Ook een bedrag aan buitengerechtelijke kosten wordt afgewezen. Het is daarom de vraag of deze kopers met de procedure niet meer aan advocaatkosten hebben moeten betalen dan deze hen heeft opgeleverd.

3. De gevolgen van de buitengerechtelijke deelontbinding

Ontbinding van een overeenkomst kan op twee wijzen worden teweeggebracht: door een constitutieve rechterlijke uitspraak of door een buitengerechtelijke schriftelijke verklaring (art. 6:267 BW). Beide mogelijkheden bestaan ook voor de gedeeltelijke ontbinding.¹⁰ De kopers in de in paragraaf 2 beschreven zaak hadden blijkens de inhoud van hun primaire vordering voor de gerechtelijke weg gekozen. Zij hadden op dat moment – na de levering van de zaak – ook voor de buitengerechtelijke ontbinding kunnen kiezen. In dat geval had de rechter naar mijn mening moeten beoordelen of deze gedeeltelijke buitengerechtelijke ontbinding

¹⁰ Bakels acht het opvallend dat de bevoegdheid tot prijsreductie buiten rechte kan worden uitgeoefend. F.B. Bakels, *Ontbinding van overeenkomsten (Monografieën BW nr. B58)*, Deventer: Kluwer 2011/41.

geldig was en had hij niet zonder meer de subsidiaire vordering in aanmerking mogen nemen. Bij deze beoordeling had de rechter in een declaratoir vonnis moeten beslissen welke vermindering van de koopprijs door de buitengerechtelijke deelontbinding teweeg is gebracht.¹¹ De buitengerechtelijk deelontbinding die na de levering wordt ingesteld, leidt dus evengoed als een gedeeltelijke ontbinding die in rechte wordt gevorderd tot een waardering door de rechter achteraf van de tegenover elkaar staande prestaties van partijen.

Het voordeel van de buitengerechtelijke ontbinding is echter dat partijen zich in de relatief korte periode tussen koop en levering al van de verplichtingen uit de overeenkomst kunnen bevrijden. Zo zal de verkoper na ingebrekestelling van de koper de koopovereenkomst kunnen ontbinden wanneer blijkt dat de koper de bedongen koopprijs niet voor de ondertekening van de akte van levering heeft overgemaakt op de kwaliteitsrekening van de notaris.¹² De koper kan de koopovereenkomst ontbinden wanneer de zaak bezwaard is met een last of beperking die daar niet op had mogen rusten of wanneer de zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt.¹³ Zolang het om een gehele ontbinding gaat is de situatie duidelijk. De verkoper hoeft de zaak niet meer te leveren en de koper hoeft de overeengekomen prijs niet meer te betalen.

De teleurgestelde kopers in de hierboven beschreven zaak willen de zaak echter wél geleverd krijgen. Met een buitengerechtelijke deelontbinding, ingeroepen voordat de levering moet plaatshebben, hadden zij mogelijk buiten rechte het beoogde gevolg kunnen bereiken: levering van de zaak tegen een lagere prijs zonder proceskosten. Stel dat de kopers van het appartementsrecht de overeenkomst tussen koop en levering gedeeltelijk ontbinden in dier voege dat de prestatie van de verkoper zodanig wordt verminderd dat hij verplicht is een appartement te leveren 'belast met' servicekosten van € 193,79 per maand (in plaats van € 154,48 p/m) en de prestatie van de kopers wordt verminderd zodanig dat de koopprijs wordt verlaagd met een bedrag van € 25.151,60. Moet de levering dan doorgaan tegen deze eenzijdig door de kopers bepaalde nieuwe koopprijs? Of kan de verkoper hiertegen terecht protesteren en zijn verplichting tot levering opschorten tot de door hem rechtvaardig geachte koopprijs op de kwaliteitsrekening van de notaris staat?

Een begin van een antwoord op deze vraag is gelegen in art. 6:270 BW: een gedeeltelijke ontbinding houdt in een evenredige vermindering van de prestaties in

¹¹ Asser/Hijma 7-I 2019/717.

¹² Zie art. 7:26 lid 3 BW en art. 3 Model koopovereenkomst voor een bestaande eengezinswoning (model 2018) Vastgesteld door de Nederlandse Vereniging van Makelaars in onroerende goederen en vastgoeddeskundigen NVM, VastgoedPRO, VBO Makelaar, de Consumentenbond en Vereniging Eigen Huis (verder te noemen NVM-akte-eengezinswoning). En dezelfde bepalingen in de Model koopovereenkomst voor een bestaand appartementsrecht (model 2018). Vastgesteld door de Nederlandse Vereniging van Makelaars en Taxateurs in onroerende goederen NVM, VastgoedPRO, VBO Makelaar, de Consumentenbond en Vereniging Eigen Huis (verder te noemen NVM-akte-appartement).

¹³ Art. 7:15 en art. 7:17 BW jo. art. 7:265 BW. Zie ook art. 6 jo. art. 14 NVM-akte.

hoeveelheid of hoedanigheid. De vraag resteert hoe dit effect op beide prestaties optreedt. Het antwoord op deze vraag vind ik in Asser-Hijma enigszins verborgen in de paragraaf met de titel *Waarderingsperikelen*.¹⁴ Hijma stelt hierin aan de orde in hoeverre de schuldeiser zich bij een buitengerechtelijke deelontbinding over het effect voor beide zijden van het synallagma zal moeten uitlaten. Volgens hem zal het in de regel voldoende zijn als de schuldeiser duidelijk maakt welke reductie hij aan de ene zijde van het synallagma aanbrengt. Een uitspraak over het effect op de tegenprestatie (i.e. zijn eigen prestatie) ligt praktisch gezien voor de hand, maar vormt volgens Hijma geen juridisch vereiste. Met andere woorden, door de buitengerechtelijke ontbinding waarin de prestatie van de verkoper in hoedanigheid wordt ontbonden, treedt van rechtswege het effect op dat de koopprijs wordt verminderd. Hoeveel dit is, blijft verborgen in de schoot van het recht. De nieuwe koopprijs bedraagt x, maar wat is x? Hijma merkt op dat partijen over de hoogte van dit bedrag een vaststellingsovereenkomst kunnen sluiten, waarin zij die vermindering op een bepaald bedrag vaststellen. Blijft er tussen hen onenigheid bestaan dan zal de rechter in een niet-constitutief vonnis moeten constateren dat een gedeeltelijke ontbinding heeft plaatsgevonden en welk effect die gedeeltelijke ontbinding heeft gehad voor de beide kanten van het contractuele synallagma.

Op het moment waarop de teleurgestelde kopers van het appartementsrecht de koopovereenkomst gedeeltelijk ontbinden voordat de levering heeft plaatsgevonden, weten partijen en de notaris maar een ding zeker: de verkoper moet de zaak leveren. Welk effect de ontbinding op de koopprijs heeft gehad is onduidelijk. Een oplossing kan buiten rechte worden gevonden doordat koper en verkoper in een vaststellingsovereenkomst de nieuwe koopprijs vaststellen. Of hiermee een werkelijk nieuw contractueel evenwicht wordt bereikt, betwijfel ik. De verkoper staat in deze heronderhandelingen onder druk. Wanneer, zoals in de zaak over de servicekosten, duidelijk is dat de verkoper is tekortgeschoten, staat wel vast dat de buitengerechtelijke ontbinding terecht is. Dan zit de koper in de heronderhandelingen op rozen. De verkoper zal dan aan deze koper moeten leveren, omdat de contractuele band niet is geslaakt. De koper heeft geen last meer van mogelijke andere kopers, die bereid zijn voor de zaak – zelfs inclusief het gebrek – meer te betalen dan hij. Tegengeworpen kan worden dat de tekortkomende verkoper deze situatie toch aan zichzelf te wijten heeft. Echter, zoals uit de zaak over de servicekosten blijkt, hoeft dit niet het geval te zijn. De incorrecte opgave van de servicekosten was te wijten aan een fout van de beheerder van de vereniging van eigenaren. Bovendien moet in het oog worden gehouden dat voor een rechtsgeldige ontbinding geen toerekenbaarheid van de tekortkoming is vereist.

De verkoper zou nog kunnen worden geholpen door het betoog dat hem een opschortingsrecht ter beschikking staat, indien de koper niet bereid is koopprijs x op kwaliteitsrekening van de notaris over te maken. Dat dit een zuiver theoretische oplossing is, blijkt al uit de term 'koopprijs x'. Alleen achteraf, wanneer de vaststellingsovereenkomst is gesloten of de rechter een uitspraak heeft gedaan,

¹⁴ Asser/Hijma 7-I 2019/717.

kunnen partijen weten hoe groot dit bedrag is en of de verkoper destijds terecht een beroep op de opschorting van de levering deed.

4. De notaris en het synallagmatisch verband

Het begrip synallagmatisch verband is in het kader van de gedeeltelijke ontbinding al een paar keer voorbijgekomen. Het maakt deel uit van de verbintenisrechtelijke mandarijnentaal en ziet op de samenhang die bestaat tussen de verbintenissen die voortvloeien uit een wederkerige overeenkomst. Een van de meest aansprekende voorbeelden van deze samenhang is art. 7:1 BW: de verkoper is verplicht een zaak te geven en de koper is verplicht om *daarvoor* een prijs te betalen.¹⁵ Het recht kent rechtsfiguren om deze samenhang te bewaken. Zo bewerkstelligt de ontbinding dat wanneer de ene verplichting uit overeenkomst wegvalt ook de tegenoverstaande verplichting wegvalt en kan men een contractuele verplichting opschorten zolang de ander niet nakomt. Bij de afwikkeling van de koopovereenkomst van een onroerende zaak is de praktische bewaking van deze ruilverhouding tussen partijen in handen gelegd van de notaris.¹⁶ In het arrest Baarns Beslag overweegt de Hoge Raad dat de betaling van de koopprijs en de levering van het gekochte met het oog op de belangen van beide partijen gelijktijdig dienen te geschieden en dat de notaris daarom tot taak heeft ervoor te zorgen dat enerzijds de verkoper geen risico loopt ter zake van de betaling van de koopprijs en anderzijds de koper geen risico loopt ter zake van de onbezwaarde verkrijging van de zaak.¹⁷ Deze *quid pro quo*-gedachte is ook tot uitdrukking gebracht in art. 7:26 lid 3 BW, dat bepaalt dat de koopprijs ten tijde van de ondertekening van de akte ten minste uit de macht van de koper moet zijn gebracht en pas na de inschrijving van de akte in de openbare registers in de macht van de verkoper behoeft te worden gebracht. Deze gelden, die de notaris in verband met zijn werkzaamheden als zodanig worden toevertrouwd, moeten op een zogenaamde kwaliteitsrekening worden gestort (art. 25 lid 1 Wna). De notaris is bij uitsluiting bevoegd tot het beheer en de beschikking over deze kwaliteitsrekening (art. 25 lid 2 Wna).

Deze taak met betrekking tot de nakoming van de koopovereenkomst, behoort tot de kerntaken van de notaris. Op hem rust ter zake een zwaarwegende zorgplicht jegens koper en verkoper.¹⁸ Wanneer de koper de koopovereenkomst voor de leveringsdatum gedeeltelijk ontbindt, bevindt de notaris zich in een lastig pakket: hoe stelt hij veilig dat de verkoper geen risico loopt ter zake van de koopprijs? Zolang niet duidelijk is wat de nieuwe koopprijs is, blijft ook onduidelijk welk

¹⁵ C.G. Breedveld-de Voogd, *Vorm, vrijheid en gebondenheid bij de koop van een woning* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, par. 6.5.1.

¹⁶ C.G. Breedveld-de Voogd, 'Notariële zorgverplichtingen bij onroerendgoedtransacties', in: *De Goede notaris. Over notariële deontologie* (Preadvies KNB 2010), Den Haag: Sdu Uitgevers 2010 par. 4.4.

¹⁷ HR 30 januari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4140, NJ 1982, 56 m.nt. W.M. Kleijn (*Baarns beslag*).

¹⁸ C.G. Breedveld-de Voogd, *Notariële zorgverplichtingen bij onroerendgoedtransacties* 2010, par. 5.2.

bedrag de notaris op zijn kwaliteitsrekening moet hebben ontvangen om de levering te laten doorgaan. Deze levering zal daarom moeten worden uitgesteld tot het moment waarop partijen het eens zijn over de nieuwe prijs ofwel tot de dag waarop de rechter hierover een niet meer aantastbare uitspraak heeft gedaan. Een praktische oplossing, die kan voorkomen dat de levering van de zaak op de lange baan moet worden geschoven, is dat de koper de oorspronkelijke koopprijs betaalt en de notaris na de levering niet dit gehele bedrag uitkeert aan de verkoper, maar deze op de kwaliteitsrekening onder zich houdt, totdat duidelijk is met welk bedrag de koopprijs moet worden verminderd. Deze mogelijkheid bestaat echter alleen als de partijen het eens zijn over de bandbreedte waarbinnen dit bedrag moet liggen. Zoals uit het Servicekostenvonnis en uit het Woonboerderijarrest is gebleken, schat de koper het bedrag dat hij terug kan krijgen vaak te hoog in.¹⁹ Daarnaast vindt deze oplossing zijn begrenzing in het bedrag dat de verkoper nodig heeft om de hypotheek af te lossen die nog op de te leveren zaak rust. Wanneer het bedrag, dat niet op de kwaliteitsrekening wordt achtergehouden, voor de hypotheekaflossing niet voldoende is, kan de verkoper niet onbelast leveren en kan om die reden de levering niet doorgaan. De buitengerechtelijke deelontbinding, die plaats heeft voor de levering van de onroerende zaak, brengt de levering in gevaar in die zin dat deze voor onbepaalde tijd zal moeten worden uitgesteld. In sommige gevallen kunnen (deel)oplossingen worden gevonden. Dat staat niet aan de weg aan mijn conclusie dat de buitengerechtelijke deelontbinding voor het onroerendgoedverkeer geen aanwinst is. Nadat de levering heeft plaatsgehad, kan een buitengerechtelijke ontbinding geen kwaad meer, maar in die situatie kan de koper evengoed voor de gerechtelijke weg kiezen.

5. Het ten onrechte niet ingevoerde tweede lid van artikel 6:270 BW

In art. 6:6.4.9. NBW, het latere art. 6:270 BW, was aanvankelijk een tweede lid opgenomen dat bepaalde:²⁰

‘Is in geval van een prestatie met een tekortkoming de tegenprestatie niet voor evenredige vermindering vatbaar of is de maatstaf waarnaar de vermindering moet plaatsvinden, niet op eenvoudige wijze te bepalen, dan kan de ontbinding slechts uitgesproken worden door de rechter.’

Dit was al een versoepeling ten opzichte van het Ontwerp Meijers waarin de buitengerechtelijke deelontbinding alleen mogelijk was indien beide prestaties

¹⁹ In het Woonboerderij-arrest vorderen de kopers een vermindering van de koopprijs van

€ 166.770. Het hof wijst € 70.000 toe. Zie voor het verschil in het Servicekostenvonnis par. 2.

²⁰ *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 1018.

deelbaar waren.²¹ Een dergelijk systeem getuigt van wijsheid omdat het ontbindingen tegengaat die afhankelijk zijn van de willekeur van een schuldeiser die wel de gebrekkige zaak wil behouden, maar daarvoor een eenzijdig bepaalde korting op de prijs in zijn hoofd heeft. Het is niet gezegd dat hij van een achteraf toetsende rechter deze korting ook krijgt toegekend, maar zijn *nuisance value* in het verkrijgen van een flinke reductie op de koopprijs is door een buitengerechterlijke ontbinding onevenredig toegenomen.

Het besluit dit tweede lid bij nader inzien niet in te voeren is mager gemotiveerd. De wetgever vond het 'niet strikt nodig' hier rechterlijke tussenkomst voor te schrijven. Verwezen wordt nog naar art. 37 FW dat er ook van uitgaat dat de ontbinding door een buitengerechterlijke verklaring tot stand komt en niet door tussenkomst van de rechter.²² Deze verwijzing naar het faillissementsrecht overtuigt niet. De situatie waarin de curator een overeenkomst, die door beide partijen in het geheel niet of slechts gedeeltelijk is nagekomen, niet gestand wil doen, valt toch slecht te vergelijken met een overeenkomst die door de verkoper ondeugdelijk is nagekomen.

Hijma kan zich vinden in het laten vervallen van het tweede lid van het ontwerp art. 6:270 BW:²³

'Waar de ontbinding zelf bij buitengerechterlijke verklaring kan geschieden (art. 6:267 BW) – en veelal ook aldus plaatsvindt – lijkt die schrapping mij terecht. Een systeem dat de aan de buitengerechterlijkheid verbonden onzekerheden in algemene zin accepteert, behoort in tweede verband niet meer voor omvangsperikelen te zwichten.'

Ik ben het eens met de waarneming dat aan 'buitengerechterlijkheid' onvermijdelijk onzekerheden zijn verbonden. Dit nadeel weegt echter niet op tegen het voordeel dat rechtssubjecten voor het slaken van ten onrechte knellende contractsbanden niet de rechter behoeven in te schakelen. Dat neemt niet weg dat het systeem *alle* onzekerheden van 'buitengerechterlijkheid' moet accepteren. Dat doet het ook niet. Een mooi voorbeeld van een uitzondering is art. 3:50 BW.²⁴ In dit kader moet in aanmerking worden genomen dat een buitengerechterlijke algehele ontbinding voor de schuldeiser geen spel is zonder nieten. Een koper die de koopovereenkomst ontbindt, verkrijgt de zaak niet. Hij zal daarom niet, ook al kan dit buitengerechterlijk, onbezonnen de koopovereenkomst geheel ontbinden. Bij een gedeeltelijke ontbinding is dit anders en daarom is lichtvaardig gebruik van deze mogelijkheid of

21 T.M. in: *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 1020.

22 NvW 1 Inv., in: *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6* 1990, p. 1833.

23 Jac. Hijma, 'Koopprijsvermindering', *WPNR* 2018/7202, par. 2.

24 Art. 3:50 lid 2 BW: 'Een buitengerechterlijke verklaring kan een rechtshandeling met betrekking tot een registergoed die heeft geleid tot een inschrijving in de openbare registers of tot een tot levering van een registergoed, bestemde akte, slechts vernietigen indien alle partijen in de vernietiging berusten.'

zelfs misbruik niet denkbeeldig.²⁵ Mijn bezwaar is niet dat buitengerechterlijke deelontbinding leidt tot omvangsperikelen, maar dat de onzekerheid over de omvang van de nieuwe koopprijs de nakoming frustreert van een overeenkomst die voor het leeuwendeel in stand is gebleven. Daarnaast kan deze mogelijkheid de wederpartij onder druk zetten om bij heronderhandelingen een koopprijs te accepteren die hij als vrij mens niet zou hebben geaccepteerd. In dit licht is de buitengerechterlijke ontbinding een verworvenheid, waarop uitzonderingen mogen worden geformuleerd. De invoering van het oorspronkelijke tweede lid van art. 6:270 BW zou daarom opnieuw moeten worden overwogen.

6. Belemmeringen voor de buitengerechterlijke deelontbinding

De koper die wegens een gebrek van de zaak de koopovereenkomst buitengerechterlijk gedeeltelijk ontbindt om nog voor de levering een koopprijsvermindering te bewerkstelligen zou tegengeworpen kunnen krijgen dat ‘de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt’ (art. 6:265 lid 1 BW). Toepassing van deze gezichtspunten op de casus over de servicekosten lijkt de verkoper weinig op te leveren. De tekortkoming is niet van bijzondere aard en ook niet van geringe betekenis, zeker als je in aanmerking neemt dat de koopovereenkomst niet geheel wordt ontbonden maar gedeeltelijk. Olthof leert ons in haar commentaar bij art. 6:265 BW dat we het breder moeten zien door op te merken: ‘De afweging of de tekortkoming ontbinding rechtvaardigt, geschiedt aan de hand van alle omstandigheden en dus niet alleen aan de hand van de in de wet genoemde gezichtspunten’.²⁶ In dit licht lijkt mij verdedigbaar dat een buitengerechterlijke deelontbinding die is ingeroepen om nog voor de levering een korting op de koopprijs te verkrijgen en die de levering van de zaak frustreert, door haar gevolgen niet te rechtvaardigen is.

Een buitengerechterlijke deelontbinding zou ook kunnen afstuiten op het gegeven dat de koopovereenkomst is gesloten overeenkomstig het model van de NVM.²⁷ Art. 6:265 BW en art. 6:270 BW zijn van regelend recht. In de NVM-akte is de ontbinding wegens tekortkoming geregeld in art. 14. Volgens dit artikel is ontbinding mogelijk zonder rechterlijke tussenkomst. In dat geval verbeurt de nalatige partij een boete van tien procent. Over de mogelijkheid van gedeeltelijke ontbinding wordt in de NVM-akte niet gesproken. Deze lijkt daar ook niet goed in te passen. Een aanwijzing hiervoor is dat in het geval de zaak niet geschikt is voor een normaal gebruik als woonhuis, de verkoper uitsluitend aansprakelijk is voor de herstellkosten, tenzij de verkoper een verwijt kan worden gemaakt (art. 6.3 NVM-

²⁵ Ook Hartlief heeft op dit gevaar gewezen in T. Hartlief, ‘Gedeeltelijke ontbinding. Enige opmerkingen en mededelingen over de ontbinding bij duurovereenkomsten en de actio quanti minoris’, *Online publication GROM VIII* (1991), par. 3.4.1.

²⁶ M.M. Olthof, in: *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 6:265 aant. 4.

²⁷ Dit geldt zowel voor de NVM-akte-eengezinswoning als voor de NVM-akte-appartement.

akte). Een gedeeltelijke ontbinding met aanpassing van de koopprijs zou deze regeling omzeilen.

7. Tijd om te sluiten

Buitengerechtigheid en de notie dat als het maar even kan de overeenkomst zoveel mogelijk in stand moet worden gelaten zijn met de invoering in 1992 van het huidige burgerlijk wetboek steviger in ons recht verankerd. Beide kunnen als verworvenheden worden gekenschetst. Toch kan de samenvoeging hiervan negatief uitpakken. De korte sluitertijd van de buitengerechterlijke ontbinding en het beperkte diafragma van de gedeeltelijke ontbinding leiden tot een duister plaatje. De onzekerheid over de nieuwe koopprijs brengt de nakoming van de overeenkomst in gevaar.

In veel opzichten verstaat Jaap Hijma de kunst het negatief zo af te drukken dat een helder positief beeld blijft hangen. Hij heeft dat niet alleen gedaan als wetenschapper, maar ook als docent, collega en afdelingsvoorzitter. In de samenvatting van zijn proefschrift 'Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen' komt dit ethos tot uitdrukking:²⁸

'Het uitgangspunt dient dan ook niet negatief, doch juist positief te zijn: de nietig genoemde rechtshandeling heeft – krachtens het zelfbeschikkingsprincipe – haar gevolgen, tenzij de toepasselijke regel van algemeen belang daaraan bepaaldelijk in de weg staat.'

Zo zal ik het afscheid van Jaap Hijma als hoogleraar burgerlijk recht dan maar bekijken: als de positieve reflectie van het zelfbeschikkingsprincipe.

²⁸ Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988, p. 402.