



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De invloed van de onroerendgoedmarkt op het schriftelijkheidsvereiste en de bedenktijd

Breedveld, C.G.

Citation

Breedveld, C. G. (2022). De invloed van de onroerendgoedmarkt op het schriftelijkheidsvereiste en de bedenktijd. *Maandblad Voor Vermogensrecht*, 2022(7/8), 263-268. doi:10.5553/MvV/157457672022032007005

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3514504>

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

De invloed van de onroerendgoedmarkt op het schriftelijkheidsvereiste en de bedenktijd

*Prof. mr. C.G. Breedveld-de Voogd**

1 Inleiding

Sinds 1 september 2003 bepaalt art. 7:2 BW dat de koop van een woning door een consument-koper schriftelijk moet worden aangegaan en dat de koper gedurende drie dagen na de terhandstelling van de koopakte het recht heeft de koop te ontbinden. Twee instrumenten, het schriftelijkheidsvereiste en de bedenktijd, fungeren hier naast elkaar en ook afhankelijk van elkaar. De koopakte is immers nodig om het aanvangsmoment van de bedenktijd te markeren. In mijn proefschrift heb ik geschreven dat van het schriftelijkheidsvereiste kan worden gezegd dat dit het evenwicht tussen contracterende partijen niet verstoort, zolang dit voor zowel de verkoper als de koper het moment markeert waarop hij gebonden is.¹ De wettelijke bedenktijd verstoort dit evenwicht wel, aangezien alleen de koper hierop een beroep kan doen.

Twintig jaar zijn verstreken sinds de invoering van art. 7:2 BW. Inmiddels is er enige lagere jurisprudentie over de vraag wanneer de bedenktijd en het schriftelijkheidsvereiste al dan niet van toepassing zijn. Zoals al door velen bij de invoering van art. 7:2 BW is voorspeld, mag de rechter zich regelmatig buigen over vragen als: wanneer is sprake van een onroerende zaak, wanneer is sprake van een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, en wanneer is de koop 'schriftelijk' aangegaan?² De belangrijkste controverse in de rechtspraak en in de literatuur speelde zich kort na de invoering van art. 7:2 BW af en ging over de vraag of ook de verkoper zich erop mocht beroepen dat niet aan het schriftelijkheidsvereiste was voldaan. Deze vraag werd uiteindelijk beslist in het enige arrest van de Hoge Raad dat over art. 7:2

BW is gewezen.³ Dit arrest van 9 december 2011 (hierna: Schriftelijkheidsvereiste-arrest) biedt evenwel voldoende stof tot nadenken, ook met betrekking tot de vraag of micro-economische belangen een rol mogen spelen bij de gebondenheid van partijen aan hun gegeven woord.

In dit artikel zal ik stilstaan bij de vraag of partijen het schriftelijkheidsvereiste of de bedenktijdontbinding mogen inzetten om een hogere koopprijs te verkrijgen, een lagere koopprijs te bedingen of om alsnog de voorkeur te geven aan een ander woonhuis. De situatie op de onroerendgoedmarkt zal in veel gevallen invloed hebben op de frequentie waarin dergelijke gedragingen van partijen zich zullen manifesteren.

2 Marktresistent recht?

Rechtsregels horen een zekere duurzaamheid te hebben. Recht dat gisteren anders was dan vandaag en ook weer anders dan morgen heeft geen normatieve kracht, scoort laag op de schaal van de rechtszekerheid en kan niet inburgeren, in die zin dat burgers weten hoe zij bepaalde rechtshandelingen geldig tot stand moeten brengen. Deze duurzaamheid vereist ook dat een rechtsregel in de ene marktsituatie niet tot onrechtvaardiger resultaten leidt dan in de andere marktsituatie. Recht, en zeker burgerlijk recht, dient marktresistent te zijn. De Wet koop onroerende zaken, waarvan art. 7:2 BW deel uitmaakt, ontstond in een zogenaamde verkopersmarkt, waarin de roep dat de koper van een onroerende zaak meer bescherming verdiende dan de verkoper niet veel weerstand opriep.⁴ Zes jaar na de invoering op 1 september 2003 was dat anders. In de in 2009 uitgebrachte rapportage van het onderzoek 'Wet Koop

* Prof. mr. C.G. Breedveld-de Voogd is hoogleraar burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden.

1 C.G. Breedveld-de Voogd, *Vorm, vrijheid en gebondenheid bij de koop van een woning* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, par. 3.5.1 (zie <https://hdl.handle.net/1887/11858>).

2 Zie J.J. Dammingh, *Het schriftelijkheidsvereiste van artikel 7:2 lid 1 BW, Vastgoedrecht 2021*, afl. 2, p. 43-49 en I. Visser, *Kroniek. Consumenten en de koop van onroerende zaken*, TvC 2021, afl. 3, p. 163-173.

3 HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU7412, NJ 2013/273 m.nt. Jac. Hijma (Schriftelijkheidsvereiste).

4 Besluit van 25 juni 2003, houdende vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet van 5 juni 2003, houdende aanvulling van titel 7.1 (Koop en ruil) van het nieuwe Burgerlijk Wetboek met bepalingen inzake de koop van onroerende zaken alsmede vaststelling en invoering van titel 7.12 (Aanneming van werk) (Stb. 2003, 238), Stb. 2003, 272.

onroerende zaken; de evaluatie' staat over de bedenktijd het volgende:⁵

'Tot slot is de bedenktijd een zeer conjunctuurgevoelige en eenzijdige maatregel. Het biedt een eenzijdige bescherming doordat enkel de koper beschermd is. Het doet geen recht aan de (zeer wel mogelijke) situatie waar de verkoper zich in een zwakke positie bevindt. Indien sprake is van een sterke verkopersmarkt, rechtvaardigt de zwakke positie van de koper deze bescherming. In een kopersmarkt komt die rechtvaardiging echter te vervallen, terwijl de onrust voor en de onzekerheid van de verkoper wel blijven bestaan.'

Deze conjunctuurkritiek valt het schriftelijkheidsvereiste in deze rapportage niet ten deel. Hiervoor is dan wel vereist dat hierop de strikte leer wordt toegepast, dat wil zeggen: geen gebondenheid zonder akte. De opvatting dat de verkoper wel gebonden zou zijn aan een mondelinge wilsovereenstemming wordt door de onderzoekers verworpen. Hierbij nemen zij in aanmerking dat bij de totstandkoming van de Wet koop onroerende zaken de bescherming van de koper hoger op de agenda heeft gestaan dan die van de verkoper, maar dat de situatie ten tijde van de evaluatie in november 2009 anders is. Op dat moment kan niet langer van een verkopersmarkt worden gesproken waarin de kopers onder druk staan. In de strikte benadering wordt zowel de koper als de verkoper op gelijkwaardige wijze door het schriftelijkheidsvereiste beschermd.⁶

Het kan verkeren. De Wet koop onroerende zaken heeft al wat conjunctuurschommelingen meegemaakt: eerst een verkopersmarkt, dan rond de bankencrisis een kopersmarkt en nu weer een verkopersmarkt. Er zijn aanwijzingen dat de onroerendgoedmarkt afkoelt, omdat de hypotheekrente begint te stijgen. De vraag is of toepassing van art. 7:2 BW conjunctuurbestendig is, in die zin dat dit artikel zowel de belangen van de verkoper als die van de koper in een individuele zaak tot hun recht kan laten komen, hoe de situatie in de markt ook is. Duidelijk zal worden dat de aard van het schriftelijkheidsvereiste als element van de totstandkoming van de overeenkomst tot een ander beoordelingskader leidt dan de bedenktijd. Dezelfde redengeving van een partij om zich te onttrekken aan gebondenheid zal bij het schriftelijkheidsvereiste tot andere resultaten leiden dan bij de bedenktijd. Eerst zal het beroep op het schriftelijkheidsvereiste worden behandeld en daarna misbruik van bedenktijd.

3 Het beroep op het schriftelijkheidsvereiste

Mag alleen de koper zich erop beroepen dat aan de mondelinge overeenstemming geen rechtsgevolg toekomt of mag de verkoper daar ook een beroep op doen? Deze vraag heeft de wetenschap en de rechtspraak jarenlang verdeeld gehouden tot-

dat de procureur-generaal met betrekking tot deze vraag een vordering tot cassatie in het belang der wet instelt. In het Schriftelijkheidsvereiste-arrest hakt de Hoge Raad de knoop door. De casus is eenvoudig. Een particuliere verkoper en een particuliere koper hebben mondeling overeenstemming bereikt over de koop van een woning. De verkoper weigert de koopakte te ondertekenen, omdat hij naar zijn zeggen niet in staat is de financiering van een ander huis rond te krijgen. De koper vordert ontbinding van de koop met schadevergoeding. In een uitvoerig gemotiveerd arrest, waarin ruim aandacht wordt besteed aan de parlementaire geschiedenis bij art. 7:2 BW, oordeelt de Hoge Raad (r.o. 3.8):⁷

'Alles afwegend is de Hoge Raad van oordeel dat de hiervoor in 3.4 geformuleerde vraag, mede gelet op artikel 3:39 BW, als volgt moet worden beantwoord. Indien mondeling overeenstemming is bereikt over de verkoop van een woonhuis aan een particuliere koper en de verkoper weigert zijn medewerking te verlenen aan het opmaken en ondertekenen van een koopakte, dan mag (ook) de verkoper, mits hij een particulier is, zich erop beroepen dat aan deze mondelinge overeenstemming geen rechtsgevolg toekomt.'

Dit brengt volgens de Hoge Raad mee dat de particuliere verkoper of koper die weigert zijn medewerking te verlenen aan schriftelijke vastlegging van de mondelinge wilsovereenstemming, daartoe niet door een rechterlijk vonnis kan worden gedwongen. Voor toewijzing van een vordering tot schadevergoeding is om dezelfde reden geen ruimte. Er zijn echter geen regels zonder uitzonderingen. In het burgerlijk recht wordt deze deur geopend door de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. De Hoge Raad overweegt daartoe (r.o. 3.10):

'Niettemin kan onder zeer bijzondere omstandigheden worden geoordeeld dat een beroep op het ontbreken van een schriftelijke vastlegging van de bereikte wilsovereenstemming naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:2 lid 2 BW). Als zodanige omstandigheden kunnen in beginsel niet gelden dat de verkoper alsnog een hoger bod ontvangt van een derde, of dat de koper alsnog de voorkeur geeft aan de aankoop van een ander woonhuis, omdat de eis van schriftelijke vastlegging van de bereikte wilsovereenstemming hun nu juist de ruimte geeft alsnog ervan af te zien de beoogde koopovereenkomst te sluiten. (...)'

De Hoge Raad vertelt ons niet onder welke *zeer bijzondere omstandigheden* een beroep op het niet voldaan zijn aan het

⁵ A.L.M. Keirse e.a., Rapportage. Wet Koop onroerende zaken; de evaluatie, 2009, par. 9.3.2 (zie https://repository.wodc.nl/bitstream/handle/20.500.12832/1721/volledige-tekst_tcm28-70171.pdf?sequence=2&isAllowed=y).

⁶ Keirse e.a. 2009, par. 2.6.2.6.

⁷ De in r.o. 3.4 geformuleerde vraag luidt: 'Het gaat in deze zaak om de vraag hoe artikel 7:2 lid 1 BW moet worden uitgelegd indien mondeling overeenstemming is bereikt over de verkoop van een tot bewoning bestemde onroerende zaak of bestanddeel daarvan (hierna: woonhuis) aan een koper die een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf (hierna: een particuliere koper), maar de verkoper weigert zijn medewerking te verlenen aan het opmaken en ondertekenen van een koopakte.'

schriftelijkheidsvereiste onaanvaardbaar zou zijn, maar zegt wel welke omstandigheden dat in beginsel *niet* zijn. Deze omstandigheden zijn voor de beantwoording van onze economisch geïnspireerde onderzoeksvraag relevant. Wanneer de verkoper de koopakte niet wil tekenen omdat hij alsnog een hoger bod heeft ontvangen van een derde, dan geldt dat als zodanig niet als een zeer bijzondere omstandigheid die een beroep van de verkoper op het ontbreken van een getekende koopovereenkomst in de weg zou staan. De Hoge Raad behoudt het evenwicht door daaraan toe te voegen dat als zeer bijzondere omstandigheid ook niet valt aan te merken de situatie waarin de koper alsnog kiest voor een ander huis. De conclusie die hieruit kan worden getrokken, is dat beide partijen tot het ondertekenen van de koopakte in beginsel de vrijheid behouden de afwegingen te maken die horen bij het sluiten van een overeenkomst, zoals: ‘Wil ik deze zaak kopen of toch een andere?’ en ‘Ik verkoop niet aan hem, want hij biedt niet de hoogste prijs.’ Opvallend lijkt daarom dat deze overwegingen volgens het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden niet door de beugel kunnen bij het gebruik maken van een bedenktijd.

4 Misbruik van bedenktijd

Met betrekking tot de bedenktijd bij de consumentenkoop van roerende zaken bepaalt art. 6:230o BW dat de consument de overeenkomst ‘zonder opgave van redenen’ kan ontbinden. Deze woorden ontbreken in art. 7:2 lid 2 BW. Toch wordt algemeen aangenomen dat de koper van een woning in de ontbindingsverklaring geen inzicht hoeft te geven in de beweegredenen die hebben geleid tot het invoeren van de bedenktijd.⁸ In een procedure kan het invoeren van de bedenktijd ter discussie komen te staan doordat de verkoper zich op het standpunt stelt dat dit in strijd is met de redelijkheid en billijkheid, of dat de koper zich hierdoor schuldig maakt aan misbruik van bevoegdheid.⁹ Aangezien de bedenktijd zonder opgave van redenen kan worden ingeroepen, zullen de beweegredenen van de koper de rechter niet snel doen beslissen in het voordeel van de verkoper.¹⁰

Uit lagere jurisprudentie blijkt dat de beweegredenen van de koper niet precies hoeven aan te sluiten bij de ratio van de bedenktijd, zoals deze in de parlementaire geschiedenis is beschreven. Deze ratio is tweeledig:

1. het geven van gelegenheid aan de koper om aan de hand van de koopakte deskundigen te kunnen raadplegen; en

2. het herstellen van een overhaaste koopbeslissing.¹¹

Van misbruik van bevoegdheid of van handelen in strijd met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid zal niet snel sprake zijn wanneer de bedenktijd wordt uitgeoefend in overeenstemming met deze ratio. Maar ook wanneer de koper geen deskundigen heeft geraadpleegd of niet overhaast heeft beslist, hoeft dit blijkens de lagere jurisprudentie een beroep op de bedenktijd niet in de weg te staan. Zo beslist de voorzieningenrechter van de rechtbank Arnhem in 2009 (bankencrisis) dat de vrees van kopers dat zij hun huidige woning niet binnen redelijke tijd en gunstige voorwaarden kunnen verkopen, redengevend kan zijn in het wettelijk systeem van de bevoegdheid tot ontbinding.¹² De rechter wees het beroep op misbruik van bevoegdheid daarom af. Ook niet-economische argumenten kunnen door de beugel. De goed geïnformeerde koper die zich na de koop hierover ‘ongemakkelijk’ voelt, heeft volgens de rechtbank Rotterdam het recht een beroep te doen op de bedenktijd.¹³ De marges voor een beroep op misbruik van de bedenktijd via de band van misbruik van bevoegdheid dan wel de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid lijken niet ruim bemeten. Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden brengt ons in zijn arrest van 3 maart 2020¹⁴ evenwel de parlementaire geschiedenis bij art. 7:2 lid 2 BW in herinnering, waarin een geval ten tonele wordt gevoerd waarin een consument-koper de bedenktijd op een manier gebruikt die volgens de minister misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW) oplevert. Het hof gebruikt dit voorbeeld in een zaak waarin niet de koper een beroep op de wettelijke bedenktijd doet, maar de verkoper een beroep doet op een in de koopakte ten behoeve van de verkoper bedongen bedenktijd.

5 Het Bedenktijd-arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Verkopers verkopen aan kopers een woning voor een koopprijs van € 380.000. Zij hebben daarvoor op 23 oktober 2017 een koopovereenkomst getekend. In de koopovereenkomst is in art. 13 een bedenktijd ten behoeve van de koper opgenomen overeenkomstig het bepaalde in art. 7:2 lid 2 BW. Het bijzondere is echter dat in de betreffende koopovereenkomst deze bedenktijd op verzoek van verkopers ook op hen als verkoper van toepassing is verklaard. Hun argument daarvoor was ‘dat de koper niet in een betere positie moest verkeren dan de verkoper’. Op 25 oktober 2017 laten verkopers aan kopers weten dat zij besloten hebben het huis aan een derde te gunnen. Zij doen daarbij een beroep op de bedongen bedenktijd. Kopers vorderen in rechte betaling van de bedongen boete van € 38.000. De rechtbank Almelo wijst deze vordering af. In hoger beroep slaagt het beroep op misbruik van bevoegdheid

⁸ Asser/Hijma 7-I 2019/231.

⁹ In het consumentenrecht met betrekking tot overeenkomsten op afstand van roerende zaken lijkt deze weg niet te kunnen leiden tot verlies van het recht om de bedenktijd in te roepen; zie C.G. Breedveld-de Voogd, De grenzen van de bedenktijd, MvV 2015, p. 214-217.

¹⁰ Zie over de vraag of door een te vergaand gebruik van de zaak en beschadiging daarvan de koper het recht om de bedenktijdontbinding in te roepen verliest: ontkennend, Jac. Hijma, Bedenktijd in het contractenrecht, in: Wettelijke bedenktijd. Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2004, nrs. 71-72; bevestigend, C.G. Breedveld-de Voogd, Stelt het recht grenzen aan de uitoefening van de bedenktijd?, MvV 2005, p. 191-192, zie voor het vervolg Breedveld-de Voogd 2015, p. 214-217.

¹¹ Kamerstukken II 1995/96, 23095, nr. 5, p. 8 (MvA).

¹² Rb. Arnhem (vzr.) 26 maart 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BI1717.

¹³ Rb. Rotterdam 28 april 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN0964.

¹⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden 3 maart 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:1870.

echter wel. De juridische argumentatie hiervoor bestaat uit de volgende bouwstenen:

1. uitleg van de bedenktijdbepaling;
2. analoge toepassing rationes wettelijke bedenktijd; en
3. misbruik van bevoegdheid.

Eerst de uitleg. Bij de beantwoording van de vraag hoe partijen met betrekking tot de bedenktijdclausule elkaars verklaringen over en weer hebben opgevat en mochten opvatten, acht het hof relevant dat deze bepaling is opgenomen in de akte op verzoek van de verkopers, die wilden dat de wettelijke bedenktijd van drie dagen ook op hen van toepassing was. Dit door de verkopers zelf aangelegde verband met art. 7:2 lid 2 BW opent de weg naar de parlementaire geschiedenis van dit artikel voor wat betreft de vraag met welk doel deze bedongen bedenktijd al dan niet mag worden gebruikt. Kennelijk moet volgens het hof deze bedongen bedenktijd ook voor wat betreft zijn rationes analoog aan de wettelijke bedenktijd worden uitgelegd.¹⁵

Vervolgens besteedt het hof uitgebreid aandacht aan de rationes van de bedenktijd. Het hof begint met de weergave van de hierboven in paragraaf 4 weergegeven dubbele ratio (r.o. 5.4):

‘Met de wettelijk verplichte bedenktijd heeft de wetgever de koper bescherming willen geven tegen ondoordachte, impulsieve beslissingen. Hij wil hem de mogelijkheid geven nader onderzoek naar het betreffende pand te (laten) doen en een overhaaste koopbeslissing te herstellen. (...)’

De bedongen bedenktijd wordt analoog hieraan uitgelegd, hetgeen betekent dat volgens de koopovereenkomst beide partijen de mogelijkheid hebben op een ondoordachte, impulsieve (koop-/verkoop)beslissing terug te komen (r.o. 5.5, eerste alinea).

Dan gaat het hof in op het voorbeeld uit de wetsgeschiedenis waarin de koper de bedenktijd misbruikt (r.o. 5.5, vervolg):

‘Uit de wetsgeschiedenis, waarop [appellanten] c.s. zich hebben beroepen, blijkt dat de bedenktijd kopers niet is gegeven voor het maken van “een definitieve keuze”. Het volgende citaat uit de wetsgeschiedenis (Tweede Kamer, vergaderjaar 2000-2001, 23 095, nr. 10, p. 20, bijlage 1 bij memorie van grieven) is van belang:

“Ook moet worden bedacht dat het wetsvoorstel, evenals de reeds in werking getreden delen van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, is bedoeld om voor langere tijd een evenwichtige regeling van (in dit geval) de koop van onroerende zaken te geven, waarin zowel met de gerechtvaardigde

belangen van kopers als met die van verkopers als met die van bij de koop betrokken derden voldoende rekening wordt gehouden. De krappe woningmarkt waarvan thans sprake is, is derhalve voor het wetsvoorstel alleen in zoverre relevant dat de daarin opgenomen regels over de koop van onroerende zaken ook in zo’n woningmarkt tot aanvaardbare resultaten moeten leiden. Aan dit vereiste zou niet worden voldaan, indien een consument-koper met het oog op een krappe markt de bedenktijd zou kunnen gebruiken om een definitieve keuze te maken uit verscheidene door hem gekochte woningen. De belangen van de verkopers, alsmede die van eventuele potentiële andere kopers van de betrokken woningen, zouden daardoor onevenredig worden geschaad. Gelet op artikel 3:13 BW moet er echter van worden uitgegaan dat het zojuist geschetste gebruik van de bevoegdheid tot ontbinding binnen de bedenktijd, indien het zich al zou voordoen, misbruik van die bevoegdheid zou opleveren en derhalve onrechtmatig zou zijn.”

Ten slotte trekt het hof een parallel tussen het gedrag van deze imaginaire koper en dat van de verkopers in deze zaak (r.o. 5.5, slot):

‘Voor een koper gaat het in dit verband dus om een keuze uit meerdere woningen. Dit doortrekkend naar de verkoper is inderdaad goed te begrijpen het inzicht van [appellanten] c.s. dat het “gelijke” recht door deze niet mocht worden gebruikt voor het maken van een definitieve keuze uit meerdere gegadigden. Dat zou immers betekenen dat de verkoper daardoor in een betere positie komt dan de koper en de belangen van de kopers onevenredig worden geschaad. Die ongelijkheid hebben partijen juist willen voorkomen.’

Het hof overweegt dat niet is gebleken dat er van een ondoordachte, impulsieve verkoopbeslissing sprake is geweest, en komt tot de conclusie dat de gunstiger bieding van de derde heeft geleid tot de definitieve keuze van de verkopers voor verkoop aan deze derde, met ontbinding van de eerder gesloten koopovereenkomst. Tot dat doel – overweegt het hof – was de bedongen bedenktijd aan verkoper niet gegeven. Kopers hoefden er geen rekening mee te houden dat verkopers deze zouden (willen) gebruiken om alsnog met een andere gegadigde in zee te gaan. Daarom vindt het hof dat verkopers de bevoegdheid om de bedenktijd in te roepen hebben misbruikt. Het resultaat van ontbinding van de koopovereenkomst is daardoor niet bereikt.

Het door de verkopers ingestelde cassatieberoep is afgewezen met toepassing van art. 81 lid 1 Wet RO.¹⁶

¹⁵ De A-G merkt hierover op in zijn conclusie dat het noch onjuist, noch onbegrijpelijk is dat het hof zich bij zijn oordeel over de vraag welke verwachtingen van partijen naar aanleiding van art. 16 van de koopovereenkomst redelijk zijn, op de wetsgeschiedenis van art. 7:2 BW heeft georiënteerd. Dat ligt volgens hem alleszins voor de hand, omdat de verkopers zelf tussen beide bedenktijden een direct verband hadden gelegd (concl. A-G W.L. Valk 16 april 2021, ECLI:NL:PHR:2021:421, RvdW 2021/1018, al. 3.8).

¹⁶ HR 15 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1511, RvdW 2021/1018.

6 Een verschil in toepassing tussen het schriftelijkheidsvereiste en de bedenktijd

Huijgen vat de kern van het Bedenktijd-arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden als volgt samen:

‘Waar de koper volgens de parlementaire geschiedenis de bedenktijd niet mag gebruiken om zijn keuze uit te stellen ten aanzien van meerdere woningen, mag de verkoper met een geldig bedongen bedenktijd deze niet gebruiken voor het uitstellen van een keuze uit meerdere gegadigden.’¹⁷

Met Huijgen denk ik dat deze gebalanceerde benadering zeker verdedigbaar is. Hij werpt echter wel de vraag op hoe deze beslissing zich verhoudt tot het Schriftelijkheidsvereiste-arrest van de Hoge Raad. Zoals in paragraaf 3 uiteengezet, mag de verkoper die alsnog een hoger bod ontvangt van een derde, of de koper die toch de voorkeur geeft aan een ander woonhuis, zich op het ontbreken van de schriftelijke vastlegging van de wilsovereenstemming beroepen. Deze redenen kwalificeren op zichzelf niet als zeer bijzondere omstandigheden die met zich brengen dat een beroep op het ontbreken van de schriftelijke vastlegging van de bereikte wilsovereenstemming naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Het is daarom opvallend dat het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelt dat in deze situaties de bedenktijd door een contractspartij niet mag worden gebruikt om zich aan gebondenheid te onttrekken. Het verschil valt mijns inziens goed te verklaren vanuit de aard van het schriftelijkheidsvereiste en de aard van de bedenktijd.

7 De aard van het vormvoorschrift: handelingsvisie of formaliteitsvisie?

In mijn proefschrift onderscheid ik twee visies op de aard van het vormvoorschrift: de handelingsvisie en de formaliteitsvisie.¹⁸ In de formaliteitsvisie komen de wilsverklaringen vormvrij tot stand, maar is de rechtshandeling pas geldig wanneer de voorgeschreven vorm in acht wordt genomen. Er moet na de uitgebrachte wilsverklaringen nog slechts een formaliteit worden verricht. Op grond van de analyse dat vormvoorschriften constitutieve regels zijn, die aangeven hoe partijen moeten handelen om de beoogde rechtshandeling tot stand te brengen, kies ik voor de handelingsvisie. Het gaat er bij constitutieve regels als art. 7:2 BW juist om welke wilsverklaring als rechtshandeling rechtens geldt en tot gebondenheid leidt. Vormvoorschriften zien op de wijze waarop de wilsverklaringen die tot gebondenheid leiden, moeten worden afgelegd. Een vormvoorschrift onderstreept in wezen het handelingskarakter van de rechtshandeling. De vorm is de vormgeving van de verklaring waarmee de rechtshandeling tot leven komt.

Het is moeilijk om in het Schriftelijkheidsvereiste-arrest van de Hoge Raad een keuze voor een van deze visies te ontwaren. Voor de handelingsvisie pleit dat de Hoge Raad overweegt dat

aan de mondelinge overeenstemming geen rechtsgevolg toekomt. De toevoeging dat alleen de particuliere verkoper, en dus niet de professionele verkoper, hierop een beroep mag doen, lijkt weer niet in de handelingsvisie te passen, want als door het ontbreken van de vereiste vorm er nog geen rechtshandeling is, dan is moeilijk voor te stellen waar deze verkoper dan aan gebonden zou zijn.

Ook Hijma worstelt vanuit het nietigheidsperspectief met de dogmatische onderbouwing van het arrest. Uiteindelijk kiest hij voor de zienswijze dat er bij gebreke van een koopakte sprake is van een gewone (‘absolute’) nietigheid:

‘De mondelinge koop is nietig; beide partijen kunnen zich op de nietigheid als zodanig beroepen, maar op de professionele verkoper rust wel de verbintenis om, als de koper dat verlangt, het overeengekomene op schrift te stellen en te ondertekenen (aanvullende redelijkheid en billijkheid) (...)’¹⁹

Deze benadering is volgens Hijma ‘het meest wetsconform en zuiver in die zin, dat zij reflecteert dat partijen zich op een tusenstation bevinden: in het spoor van de wet onderweg naar een schriftelijke koop, maar daar nog niet aangekomen’.

Deze zienswijze op het arrest past in de handelingsvisie, de mondelinge wilsovereenstemming maakt deel uit van het traject van het tot stand komen van de koopovereenkomst, maar die is er pas als zij in de vereiste vorm is gegoten. Dit zou kunnen verklaren waarom de Hoge Raad in beginsel vasthoudt aan de contractsvrijheid van zowel de koper als de verkoper tot het moment waarop aan het schriftelijkheidsvereiste is voldaan. Alle overwegingen van partijen om deze rechtshandeling niet aan te gaan zijn tot dat moment in beginsel legitieme overwegingen. De verkoper mag totdat hij de koopakte ondertekent nog kiezen voor een andere gegadigde met een hoger bod. Ook de koper is tot de ondertekening van de koopakte nog vrij van de koop af te zien.

Dat neemt niet weg dat ook een beroep op het schriftelijkheidsvereiste in zeer bijzondere omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn. Dit is mijns inziens aan de orde wanneer de verkoper op een niet-aanvaardbare wijze de koper belemmert van zijn contractsvrijheid gebruik te maken. Dat kan het geval zijn wanneer hij, al dan niet opzettelijk, de koper in de waan brengt of laat dat deze reeds is gebonden op grond van zijn woord.²⁰

8 De aard van de bedenktijd

Het beroep op een bedenktijd vindt naar zijn aard plaats onder een ander gesternte. De partij die de bedenktijdontbinding inroept, is op dat moment al gebonden aan de overeenkomst. In dogmatisch opzicht vormt de bedenktijdontbinding een

17 W.G. Huijgen, Kan een verkoper met succes een bedenktijd als bedoeld in artikel 7:2 lid 2 BW voor zichzelf bedingen?, JBN 2021/9.

18 Breedveld-de Voogd 2007, par. 3.3.4-3.3.7.

19 Noot Jac. Hijma onder HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU7412, NJ 2013/273 (Schriftelijkheidsvereiste).

20 Breedveld-de Voogd 2007, par. 3.8.5.

uitzondering en een inbreuk op het beginsel dat overeenkomsten moeten worden nagekomen.²¹ In praktisch opzicht maakt de bedenktijd manipulatief handelen mogelijk. Dit komt doordat niet alleen degene die zich op de bedenktijd beroept zelf al gebonden is, maar ook diens wederpartij. De in de wetsgeschiedenis opgevoerde koper die verschillende huizen koopt, is een voorbeeld hiervan. De koper maakt gebruik van het comfortabele gegeven dat de verkopers van de gekochte huizen gebonden zijn, zodat hij nu dankzij de bedenktijd relatief rustig het beste of goedkoopste huis kan uitzoeken. Een ander voorbeeld is het geval waarin de koper na het intreden van de bedenktijd de koopovereenkomst dreigt te ontbinden wanneer de verkoper de prijs niet met bijvoorbeeld 10% verlaagt. In wezen poogt de koper op deze manier de onderhandelingen te heropenen vanuit de positie waarin de verkoper gebonden is, maar de koper nog kan kiezen tussen gebondenheid en ongebondenheid. Ook in deze situatie levert het beroep op de bedenktijd misbruik van recht op of zal de uitoefening daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn.²²

De aard van de bedenktijdontbinding, die inhoudt dat deze wordt toegepast in een situatie waarin beide partijen al aan elkaar gebonden zijn, brengt naar mijn mening mee dat deze ontvankelijker is voor de corrigerende leerstukken van ons recht dan het schriftelijkheidsvereiste. Bij de beantwoording van de vraag wanneer een correctie noodzakelijk is, is van belang of de bedenktijd is uitgeoefend met een ander doel dan waarvoor deze is gegeven. Dit zien we ook terug in het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, waarin zowel wordt getoetst aan de vraag of er sprake is van een overhaaste en ondoordachte verkoopbeslissing, als in aanmerking wordt genomen dat de bedenktijd niet is gegeven voor het maken van ‘een definitieve keuze’ tussen verschillende gegadigden. Van misbruik of van handelen in strijd met de redelijkheid en billijkheid zal echter niet snel sprake zijn wanneer de bedenktijd wordt uitgeoefend in overeenstemming met de ratio ervan.

In mijn proefschrift ben ik tot de conclusie gekomen dat op de uitoefening van de bedenktijdontbinding de algemeen corrigerende leerstukken kunnen worden toegepast. Juist omdat de bedenktijd voor de koper vergaande bevoegdheden met zich brengt, dient de uitoefening hiervan zonder meer in het licht te komen staan van de redelijkheid en billijkheid.²³ Deze leerstukken corrigeren de conjunctuurgevoeligheid van de bedenktijd.

In een verkopersmarkt biedt de bedenktijd de koper enige aanvullende bescherming naast het schriftelijkheidsvereiste. Echter, de bedenktijd zal de koper niet helpen rustig uit een paar ‘voorlopig’ gekochte huizen te kunnen kiezen, en de verkoper zal van een bedongen bedenktijd geen gebruik kunnen maken om aan een hogere bidder te kunnen verkopen. In een ko-

persmarkt zal de koper de wettelijke bedenktijd niet kunnen gebruiken om na het ondertekenen van de koopakte de verkoper te bewegen de koopprijs naar beneden aan te passen. In dat geval heeft de koper mijns inziens het recht om de bedenktijdontbinding daadwerkelijk in te roepen verwerkt.²⁴

9 Conclusie

De wettelijke bedenktijd is volgens de evaluatie van de Wet koop onroerende zaken een conjunctuurgevoelige en eenzijdige maatregel, omdat deze alleen de koper beschermt. Het schriftelijkheidsvereiste daarentegen beschermt zowel de verkoper als de koper en heeft daardoor niet alleen een functie in een kopersmarkt, maar ook in een verkopersmarkt.

Interessanter is dat het schriftelijkheidsvereiste ook in een meer juridisch perspectief een duurzamer karakter heeft dan de bedenktijd. Omdat het schriftelijkheidsvereiste zowel voor de koper als voor de verkoper de grens markeert tot waar een partij vrij is om een overeenkomst niet te sluiten, treedt de situatie waarin een beroep op het ontbreken van een koopakte naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, niet snel in. Hoewel het beroep op de wettelijke bedenktijd zonder opgave van redenen kan geschieden, speelt de ratio voor deze rechtsfiguur volgens het besproken arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden een rol bij de beantwoording van de vraag of het gebruik maken van een bedenktijd misbruik van recht oplevert. En zo kan het gebeuren dat een verkoper die van een ander dan de koper een hogere prijs krijgt geboden, wel een beroep mag doen op het schriftelijkheidsvereiste, maar niet op een analoog aan art. 7:2 lid 2 BW bedongen bedenktijd. De noodzaak tot het op de bedenktijd toepassen van corrigerende leerstukken, zoals de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid en misbruik van bevoegdheid, wordt naar mijn mening veroorzaakt doordat het beroep op de bedenktijd plaatsheeft in een situatie waarin beide partijen aan de overeenkomst zijn gebonden. Hierdoor kan de ontbindende partij gebruik maken van de onvrijheid van de ander. Dit maakt de bedenktijd als zodanig tot een instabiele en weinig duurzame rechtsfiguur. Toepassing van de algemeen corrigerende leerstukken kan er evenwel voor zorgen dat ook de bedenktijd resistent wordt tegen de schommelingen in de conjunctuur.

21 Breedveld-de Voogd 2007, par. 6.3.6.

22 Breedveld-de Voogd 2007, par. 6.4.10-6.4.11.

23 Breedveld-de Voogd 2007, par. 6.4.9.

24 Breedveld-de Voogd 2007, par. 6.4.10.