



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

De kwijtingsverklaring in transportakten: staat er wat er geldt en geldt wat er staat?

Wiersma, R.

Publication date

2011

Document Version

Final published version

Published in

Stof tot overpeinzing: liber amicorum voor Floris Bannier

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

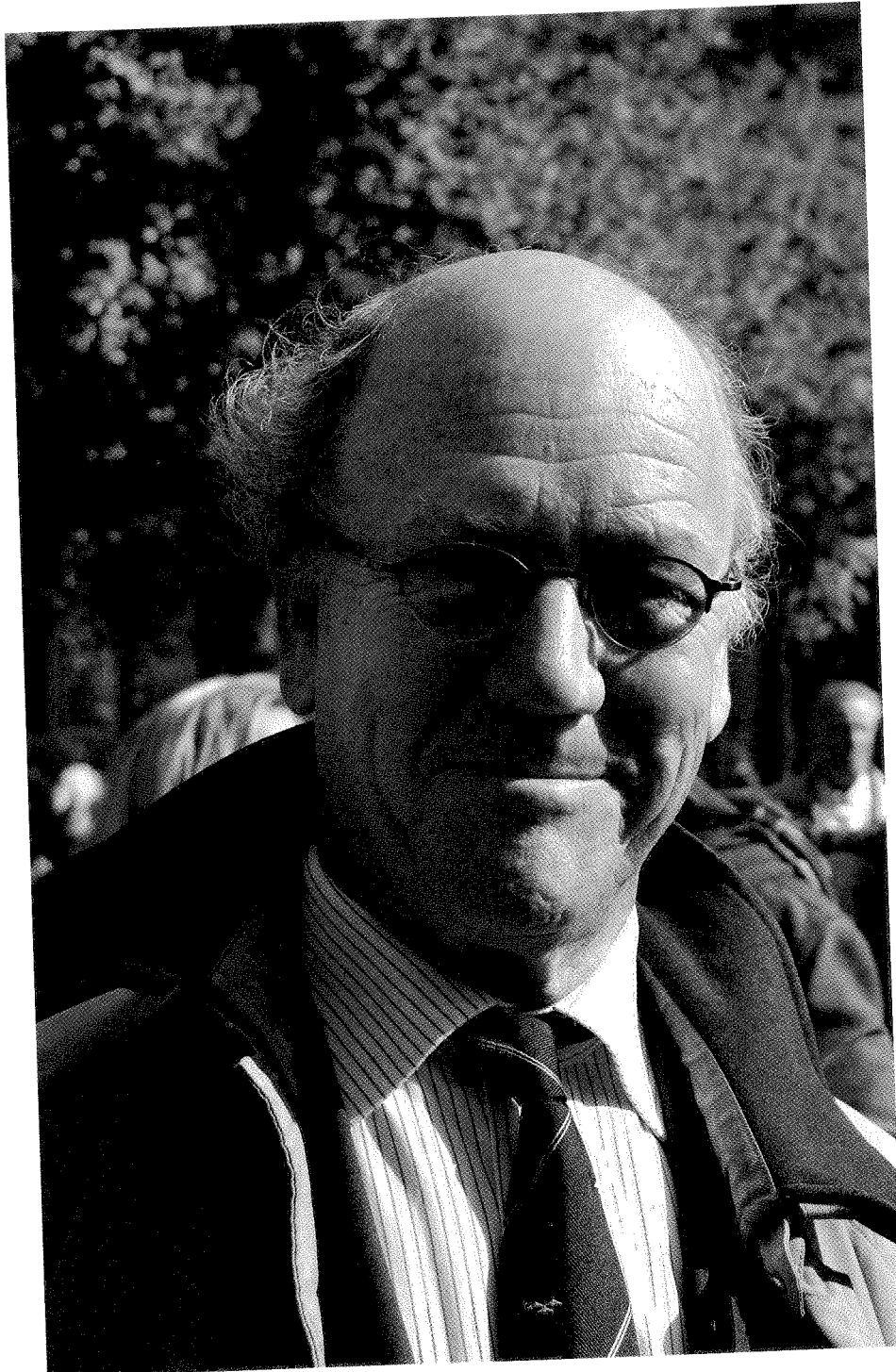
Wiersma, R. (2011). De kwijtingsverklaring in transportakten: staat er wat er geldt en geldt wat er staat? In W. Kernkamp (Ed.), *Stof tot overpeinzing: liber amicorum voor Floris Bannier* (pp. 189-192). Sdu Uitgevers.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

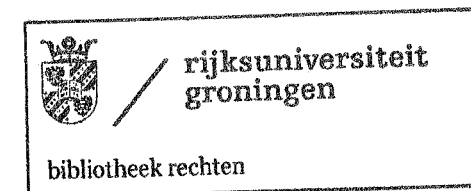
If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.



Stof tot overpeinzing

Liber amicorum voor Floris Bannier

ter gelegenheid van zijn afscheid als
bijzonder hoogleraar Advocatuur aan de
Universiteit van Amsterdam



Sdu Uitgevers
Den Haag, 2011

De kwijtingsverklaring in transportakten: staat er wat er geldt en geldt wat er staat?

Roon Wiersma¹

1. Enkele problemen rond de kwijtingsverklaring in transportakten

Wat een genoegen om met Floris Bannier op de werkplek en daarbuiten op te trekken: altijd vol esprit, belangstelling of bereidheid om uit zijn rijke ervaring te putten, altijd in voor een laatste nieuwtje als toehoorder of verteller en stevast bereid «*JBPr*» te verijken met zorgvuldige en steeds verrassende noten.

Dankzij mensen als Floris Bannier wordt het begrijpelijk dat de door een *WPNR*-lezer, tevens transporterende notaris, aangekaarte problemen waarvoor ik hier aandacht vraag, niet al eeuwenlang tot vinnige juridische scherpslijperij hebben geleid. In het *WPNR* van 3 september 2011, nr. 6897, legde deze *WPNR*-lezer een praktijkgeval met enkele vragen voor naar aanleiding van de standaardclausule in transportakten waarin koper en verkoper verklaren dat de koper de koopprijs heeft voldaan en dat deze daarvoor wordt gekweten. Deze standaardclausule wordt verder aangeduid als de kwijtingsverklaring. In hetzelfde *WPNR* gaf B.C.M. Waaijer op deze vragen antwoorden die, natuurlijk, afdoende en van effectieve kwaliteit zijn. Nochtans zou ik aan Floris Bannier en aan de lezers willen voorleggen of niet een eenvoudiger weg te overwegen valt.

Tot uitgangspunt wordt het meest normale geval genomen waarin de verkoper de verwerving van het registergoed hypothecair heeft gefinancierd, waarin de koper hetzelfde doet terwijl de transportakte de gebruikelijke kwijtingsverklaring bevat. Over die kwijtingsverklaring merkt B.C.M. Waaijer 'terzijde' op dat de kwijting onder het huidige BW goederenrechtelijk niet nodig is. Dit is natuurlijk geheel juist maar dat neemt niet weg dat het maar al te begrijpelijk voorkomt dat de praktijk sterk hecht aan een dergelijke kwijtingsverklaring. Zonder deze verklaring hangt er toch iets van suspense in de lucht van onzekerheid omtrent mogelijke wanprestatie door de koper, van ontbinding van de koop en het opkomen van ongedaanmakingsverbintenissen zoals bedoeld in artikel 6:271 BW. Dit zou even-

1 Mr. H.W. Wiersma is gastdocent privaatrecht aan de Universiteit van Amsterdam en redacteur «*JBPr*».

tueel voor de hypotheekbank van de koper moeilijkheden kunnen opleveren, waar een gereede kans bestaat dat deze hypotheekbank het recht van hypotheek slechts kan uitoefenen door de ongedaanmakingsverbintenissen van de koper jegens de verkoper illusoir te maken.

De kwijtingsverklaring faciliteert aldus een ongestoorde uitoefening van het recht van hypotheek van de hypotheekbank van de koper en dat is weer nodig, of stelt althans die hypotheekbank op hoge prijs, om aan de koper de koopsom te lenen. En met die lening wordt de koopsom voldaan en is er dus geen vuiltje meer aan de lucht, ook niet (meer) met de kwijtingsverklaring.

Hieruit volgt dat volstrekt gelijk oversteken niet mogelijk is. De koper moet eerst eigenaar worden, onder meer met behulp van de kwijtingsverklaring in de transportakte, en kan dan een hypotheek vestigen die ertoe zal leiden dat de koopsom wordt voldaan en de kwijtingsverklaring de waarheid weergeeft.

Hoe wordt dit alles al eeuwen opgelost? U raadt het al. Door mensen als Floris Bannier, B.C.M. Waaijer of transporterende notarissen met gebruikmaking van tact, finesses en beslistheid.

In het in het *WPNR* voorgelegde praktijkgeval weigerde de koper, na het ondertekenen van de transportakte met – uiteraard – de kwijtingsverklaring, de geleenovereenkomst en de hypotheekakte te ondertekenen. Gelukkig liep dit met een sisser af en kon de vragensteller/de notaris de koper op andere gedachten brengen. Maar wat te doen, zo vroeg hij zich af, wanneer dit niet was gelukt en a) de verkoper zich op het standpunt stelt dat de transporterende notaris de koopsom aan hem dient over te boeken en b) de koper zich op het onware standpunt stelt dat de koopsom is voldaan?

Hierover valt al dadelijk op te merken dat deze beide standpunten als het ware scharnieren om de inschrijving in de openbare registers van de transportakte: zonder inschrijving is geen eigendom overgegaan, heeft de verkoper in beginsel geen recht op de koopsom en tegenover de koper zal de notaris weinig moeite hebben met het aantonen dat de kwijtingsverklaring onjuist was zodat de koper evenmin vooralsnog recht heeft op inschrijving en daarmee op levering.

Kortom, de ook door B.C.M. Waaijer benadrukte juiste handelwijze van de notaris is het verhinderen van de inschrijving.

2. De beantwoording van B.C.M. Waaijer en een enkele kanttekening daarbij

Maar kan de notaris deze inschrijving in de openbare registers verhinderen? B.C.M. Waaijer wijst met reden in dit verband op artikel 3:89 lid 1 tweede zin BW volgens welke bepaling zowel de vervreemder als de verkrijger de akte – hier dus de transportakte – kan doen inschrijven.

Een dergelijk beroep op dit artikel 3:89 lid 1 tweede zin BW kwalificeert B.C.M. Waaijer als misbruik van bevoegdheid, nu de verkoper weet, of althans aan hem

bekend wordt gemaakt, dat nog geen hypotheekakte is ingeschreven zodat de kwijtingsverklaring niet kan slaan op de beschikbaarheid van de koopsom en nu de koper zelf weigert mee te werken aan het beschikbaar komen van de koopsom door de hypotheekakte niet te tekenen. Dit wordt dan nader geadstrueerd door erop te wijzen dat de kwijtingsverklaring blijkbaar een leemte bevat die met behulp van de Haviltex-normen moet worden aangevuld met hetgeen partijen over en weer redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, terwijl deze verwachting dan bestaat uit het gelijk oversteken.

Allerminst wil ik iets afdingen op deze uitkomsten en de Haviltex-normen zullen ongetwijfeld tevens aan deze uitkomsten bijdragen. Maar enkele *Schönheitsfehler* doen mij uitzien naar een aanvullende redengeving van deze uitkomsten. De Haviltex-normen zijn een onderdeel van de overbekende wilsvertrouwensleer en deze leer biedt naar haar aard geen waterdicht schot ter voorkoming dat een beroep op misbruik van recht hier niet kan mislukken. Het lijkt mij in algemene zin niet ondenkbaar dat een kundig verzonnen variëteit van bijzondere omstandigheden de opvatting ingang kan doen vinden dat een verkoper of koper erop mocht vertrouwen dat een afgelegde kwijtingsverklaring op waarheid is gebaseerd terwijl de hypotheekakte nog niet was ingeschreven en de voor de koopsom benodigde gelden nog niet ter beschikking waren gekomen.

Verder lijkt het mij enigszins oneigenlijk om uit te gaan van een 'leemte' in de kwijtingsverklaring omdat deze term leemte veronderstelt dat partijen deze zelf hadden kunnen, of wellicht zelfs moeten, aanvullen. Maar dat lijkt niet direct op de weg te liggen van transporterende partijen. Wanneer de kwijtingsverklaring allerlei clausules zou bevatten waarvan haar werking afhankelijk wordt gesteld, bijvoorbeeld de inschrijving van een hypotheekakte, dan zal dat waarschijnlijk averechts werken. Averechts in die zin dat de kwijtingsverklaring dan eerder zal oproepen tot nader onderzoek – tot de in paragraaf 1 geïntroduceerde suspense – of dit inderdaad is gebeurd, dan dat daarvan de suggestie uitgaat dat er sprake is van een normaal transport dat op correcte wijze is afgehandeld, ofwel dat zich niet een sporadische uitzondering hierop voordoet.

3. De constructie van een aan een kwijtingsverklaring gekoppelde wettelijke voorwaarde

Om bovenstaande redenen lijkt het mij welkom om uit te zien naar een constructie waarin er enerzijds ruimte is voor de opvatting dat partijen bij de kwijtingsverklaring mogen denken daarmee een simpele leveringsformaliteit te vervullen maar anderzijds voor de opvatting dat partijen ook bij de levering van registergoederen mogen uitgaan van elkaars redelijke partijbedoelingen.

Daartoe lijkt mij de constructie van een uit het stelsel van de wet voortvloeiende opschortende voorwaarde goed te kunnen dienen: met betrekking tot de kwij-

tingsverklaring in transportakten in de hier tot uitgangspunt genomen situaties wordt van rechtswege verondersteld dat deze wordt afgelegd onder de opschortende voorwaarde dat deze kwijtingsverklaring gevolgd zal worden door de inschrijving van de mede daarop betrekking hebbende hypotheekakte en de daaruit voortvloeiende betaling van de koopsom.

Dit stelsel van de wet laat zich dan toelichten aan de hand van de op het 'do ut des'-adagium geënte tekst van artikel 6:261 BW, van ons systeem van de openbare registers en van de wenselijkheid die openbare registers te doen aansluiten bij de werkelijkheid. Partijen leggen met de kwijtingsverklaring in die openbare registers een toestand vast die *zal* intreden wanneer aan de voorwaarden is voldaan van inschrijving van de mede daarop betrekking hebbende hypotheekakte en de daaruit voortvloeiende betaling van de koopsom. Dan is het een logische stap om aan die kwijtingsverklaring zelf eveneens en tevens een voorwaardelijk rechtskarakter toe te kennen.

Een licht beletsel voor deze constructie lijkt te zijn gelegen in artikel 6:21 BW waarin onder woorden wordt gebracht dat een voorwaarde 'bij rechtshandeling' tot stand komt, maar daaraan hoeft naar mijn idee niet zwaar te worden getild. De wetgever van ons BW heeft – in de toelichting-Meijers – met zoveel woorden naar voren gebracht dat voorwaarden ook uit de wet of een rechterlijke uitspraak kunnen voortvloeien.² En ook de Hoge Raad heeft zich, zoals bij Asser-Hartkamp, 4-II, te kennen wordt gegeven, bediend van de term wettelijke voorwaarde.³

En hiermee zou dan de weg vrij moeten zijn voor een eenvoudige riposte op het hier aan de orde gestelde oneigenlijke gebruik van de kwijtingsverklaring. Al zouden Floris Bannier en B.C.M. Waaijer hun hand natuurlijk niet hebben omgedraaid voor ingewikkelder varianten.

- 2 Zie *Parl. Gesch.* Boek 6, blz. 145. Ook bijvoorbeeld Asser-Hartkamp 4-II, nr. 276, of Hijma/Olthof, *Compendium Nederlands vermogensrecht*, nr. 305, wijzen hierop.
- 3 Zie a.w. nr. 276 met verwijzing naar HR 13 mei 1977, *NJ* 1978, 154 (ARB).