

Conformiteit en normaal gebruik.

H.W.Heyman

[Ontleend aan de binnenkort te verschijnen 2^e druk van Heyman & Bartels,
Vastgoedtransacties: Koop]

Inhoudsopgave

1. Normaal en bijzonder gebruik volgens art. 7:17 lid 2 BW (par. 7.8.1 -3 uit 2^e druk; 8.8.1-3 uit 1^e druk), **p. 1**
2. De normaal-gebruik-clausule in art. 6.3 NVM-model koopovereenkomst (par. 8.4 uit 2^e druk; 9.4 uit 1^e druk), **p. 8**
3. Conclusie A-G Van Peurseem, ECLI :NL :PHR :2020 :686 in de zaak (12) Kopers/Heijmans Vastgoed BV, **p. 21**

7.8 Normaal en bijzonder gebruik volgens art. 7:17 lid 2 BW

7.8.1 Inleiding

343. De koper mag verwachten dat de zaak de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet hoefde te betwijfelen, alsmede de eigenschappen die nodig zijn voor een bijzonder gebruik dat bij de overeenkomst is voorzien. Aldus luidt de tweede zin van art. 7:17 lid 2 BW.

De wetgever heeft het algemene verwachtingspatroon van de koper nader willen concretiseren. Op het eerste gezicht lijkt hij daarin niet erg te zijn geslaagd. De formulering met betrekking tot het normale gebruik is ongelukkig: de koper mag verwachten wat hij niet hoeft te betwijfelen. Bedoeld is kennelijk: de koper mag er in principe, dat wil zeggen in het normale geval, op rekenen dat hij het gekochte normaal kan gebruiken, ook al kunnen er uitzonderlijke situaties zijn waarin zelfs die verwachting niet gerechtvaardigd is, bijvoorbeeld als iemand een

oud pand koopt dat volledig gerenoveerd moet worden. Voor het bijzonder gebruik geldt het omgekeerde. De koper mag er niet van uitgaan dat het verkochte geschikt is voor een gebruik dat afwijkt van het normale, tenzij dat is overeengekomen.

Ook aldus opgevat heeft de bepaling nog steeds een hoog opendeurgehalte. De betekenis ervan ligt naar onze mening echter in de bewijspositie van partijen. De koper die beweert dat er sprake is van non-conformiteit, zal moeten bewijzen – althans beargumenteren – dat hij het gebrek waar het om gaat, niet hoefde te verwachten. Als hij nu aantoont dat dit gebrek het normale gebruik van de zaak verhindert, dan is daarmee de non-conformiteit in beginsel gegeven. Het is dan vervolgens aan de verkoper om te bewijzen, dat in dit bijzondere geval deze koper in de gegeven omstandigheden met de kans op het bestaan van een dergelijk gebrek rekening had moeten houden. Met andere woorden: de ‘normaalgebruikregel’ verlegt een deel van de bewijslast voor het aantonen van non-conformiteit van de koper naar de verkoper. Zie voor een voorbeeld het arrest van het hof in de zaak Dohrman/Goorhuis (HR 12 februari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2852, NJ 1999/584). Zie daarover ook J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht I*, 4e druk 2004, p. 499.

Voor bijzonder gebruik geldt het omgekeerde. Daar ligt de bewijslast dat de overeenkomst daarin voorziet volledig op de koper. In die zin heeft de regel dus wel degelijk praktisch belang, al lijkt ook zonder deze regeling eenzelfde verdeling van de bewijslast op grond van de redelijkheid voor de hand te liggen (vgl. art. 150 Rv).

7.8.2 *Normaal gebruik*

344. De betekenis van art. 7:17 lid 2 BW is niet dat non-conformiteit beperkt is tot ongeschiktheid voor normaal gebruik. Ook andere gebreken kunnen meebrengen dat het gekochte niet contractconform is.

De regel betreffende het normale gebruik in de tweede zin van art. 7:17 lid 2 BW mag niet worden gelezen als de invulling van het in de eerste zin genoemde algemene verwachtingspatroon. Dat zou ertoe leiden dat alleen ongeschiktheid voor normaal gebruik de zaak non-conform maakt. Andere gebreken zouden daarmee buiten het conformiteitsbegrip komen te vallen. Dat is uitdrukkelijk niet de bedoeling van de wetgever. Gebreken die aan het normale gebruik in de weg staan, vormen slechts een onderdeel, zij het een voor de praktijk uitermate belangrijk onderdeel, van de gebreken die tot non-conformiteit kunnen leiden. Zie Parl. Gesch. BW Boek 7, p. 125, waar wordt opgemerkt dat geschiktheid voor gebruik is te beschouwen als een species van het algemene criterium dat de zaak niet de eigenschappen bezit die de koper mag verwachten. Aldus ook HR 25 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5383, JOR 2005/168 (Fabels/Meenderink), m.nt. J.J. Damingh. In die zaak bestond het gebrek hierin dat in het verleden verbouwingen waren verricht, die niet voldeden aan de reeds toen geldende geluidsnormen, en in het ontbreken van een bouwvergunning. De verkoper betoogt dat er geen sprake is van non-conformiteit, omdat geen afbreuk wordt gedaan aan het normale gebruik nu afwijking van de voorschriften in casu geen (directe) gevolgen heeft voor de veiligheid of de bruikbaarheid van de woning. Dit betoog vindt bij het hof, de A-G en de Hoge Raad terecht geen gehoor. De Hoge Raad overweegt hierover (in r.o. 3.5.3) als volgt: “De conformiteitseis van art. 7:17 BW brengt mee dat de koper van een woning, behoudens anders luidende afspraken, ervan mag uitgaan

dat de bouw van de woning of een verbouwing destijds is geschied met inachtneming van de op dat moment geldende voorschriften, ook als die voorschriften niet direct betrekking hebben op gebruiksbepalende eigenschappen of veiligheidsaspecten van de woning.” Ook in een uitspraak over de verkoop van een tankstation met vervuilde grond wijst de Hoge Raad er nog eens uitdrukkelijk op dat, “(...) ook indien de aanwezigheid van bodemvervuiling niet in de weg zou staan aan het gebruik van het tankstation (zoals het hof heeft geoordeeld), toch sprake kan zijn van non-conformiteit indien [koper] op grond van mededelingen van [verkoper] de aanwezigheid van bodemverontreiniging niet behoefde te verwachten” (HR 23 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3733, Ploum/Smeets I).

345. Het gaat bij de geschiktheid voor normaal gebruik in art. 7:17 BW om het aangeven van een ondergrens: in het algemeen gesproken mag een koper toch op zijn minst genomen verwachten dat hij normaal gebruik van zijn aankoop zal kunnen maken. In principe zullen dus ook andere gebreken die niet het normale gebruik belemmeren, of die zelfs in het geheel geen betrekking hebben op het gebruik, non-conformiteit kunnen opleveren. Slechte staat van schilderwerk of voegwerk, bodemverontreiniging die geen gevaar oplevert voor de gezondheid, een geringere grond- of vloeroppervlakte, het niet voldoen aan bouwvoorschriften, et cetera belemmeren niet het (normale) gebruik, maar verminderen wel de waarde en/of het genot. Als de koper zo'n gebrek niet hoefde te verwachten, is sprake van non-conformiteit. Zie ook HR 25 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5383, JOR 2005/168 en de conclusie van A-G Wuisman bij HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7617, NJ 2008/606. Hierbij moet wel worden opgemerkt dat door de structuur van het NVM-contract in de praktijk de nadruk is komen te liggen op de gebreken die het normale gebruik belemmeren, omdat het model voor andere gebreken een algemene exonerationebepaling bevat. Zie daarover hierna hoofdstuk 9.

346. De bepaling omtrent de geschiktheid van het verkochte voor normaal gebruik bevat evenmin als de conformiteitsregel in het algemeen een wettelijke garantie, maar een resultaatsverbintenis.

De normaalgebruikregel is geen zelfstandige norm (*lex specialis*), maar vormt een onderdeel van de algemene conformiteitsregel met betrekking tot een bepaalde belangrijke categorie van eigenschappen: die welke betrekking hebben op het gebruik van het verkochte. Dus ook hier is geen sprake van een wettelijke garantie, maar van een resultaatsverplichting. In de praktijk speelt het normale gebruik vooral een rol via de bepaling van art. 6.3 (eerder 5.3) van het NVM-contract. Gewoonlijk wordt aangenomen dat die bepaling wel een garantie bevat. Ook kan echter worden verdedigd dat de clause alleen een uitzondering vormt op de algemene exoneratione voor gebreken in art. 6.1. Daarover nader nr. 369-373.

347. De vraag of de verkochte zaak geschikt is voor normaal gebruik, heeft betrekking op de zaak als geheel en niet op ieder onderdeel daarvan afzonderlijk.

Bij non-conformiteit moet het gaan om serieuze gebreken. Dat geldt a fortiori voor gebreken waarvan beweerd wordt dat zij het normale gebruik van het gekochte verhinderen. Dus niet alles wat aan een pand niet 'normaal' functioneert, zoals een wc-raampje dat niet goed sluit, een deur die klemt, een afvoer die lekt, et cetera, is een gebrek dat tot gevolg heeft dat het onroerend goed niet geschikt is voor normaal gebruik. Zie voor afwijzing van een beroep op non-conformiteit wegens een niet goed functionerende open haard Rechtbank Dordrecht 10 november 2005, ECLI:NL:RBDOR:2005:AU6385, NJF 2006/31.

Een redelijke wetstoepassing brengt mee dat gekeken wordt naar het normale gebruik van het gekochte als geheel en niet van ieder afzonderlijk onderdeel daarvan op zichzelf. Een niet-functionerend onderdeel zal op zichzelf, mits van voldoende belang, wel non-conformiteit tot gevolg kunnen hebben, maar dat zal niet snel het geval zijn op grond van ongeschiktheid voor normaal gebruik. Dat laatste is alleen denkbaar als het onderdeel zo wezenlijk is dat het normale gebruik van het geheel daardoor wordt aangetast. Het klemmende wc-raampje zal wegens gebrek aan belang überhaupt geen non-conformiteit tot gevolg kunnen hebben. Bij de niet-functionerende open haard is dat op zichzelf wel denkbaar, maar niet omdat sprake is van een eigenschap die nodig is voor het normale gebruik van het onroerend goed als geheel. Een slechte fundering, ernstige bodemverontreiniging of een door boktorren aangevreten dakconstructie zal wel tot ongeschiktheid voor normaal gebruik van het hele pand kunnen leiden. Hetzelfde zal kunnen worden gezegd van een centrale verwarmingsketel die moet worden vervangen of van een afgekeurde elektrische bedrading. Zie voor dit laatste Hof Leeuwarden 10 augustus 2005, ECLI:NL:GHLEE:2005:AU0836, NJF 2005/418.

348. Hiermee zijn wij beland bij de belangrijkste – maar tegelijk de moeilijkste – vraag die zich in de praktijk bij de toepassing van de normaalgebruikregel voordoet: wat is 'normaal'? De uitgebreide rechtspraak wijst uit dat die vraag in een concrete casus lang niet altijd gemakkelijk is te beantwoorden.

In de rechtspraak gaat het vrijwel altijd om het begrip 'normaal gebruik' zoals verwoord in art. 6.3 van de NVM-akte. Dat maakt echter geen verschil. Het gaat zowel in art. 6.3 van het NVM-model als in de wettelijke regel van art. 7:17 BW om hetzelfde begrip 'normaal' gebruik.

349. Om te beginnen kan worden vastgesteld dat het gebruik van het woord 'normaal' een zekere mate van objectivering inhoudt. Wordt het verwachtingspatroon van de koper in algemene zin bepaald door alle omstandigheden van het geval, bij de toets aan het normale gebruik wordt daarvan juist afstand genomen en gaat het om een toets aan de objectieve maatstaf van de verkeersopvatting. Aldus ook Asser/Hijma 7-I 2019/500.

Voor de uitleg van het begrip 'normaal gebruik' in art. 6.3 NVM-model besliste de Hoge Raad dat de Haviltex-maatstaf bij een dergelijke standaardbepaling meebrengt dat aansluiting moet

worden gezocht bij het gangbare spraakgebruik. In casu ging het om de vraag of onder normaal gebruik van een pand ook kan worden begrepen het slopen daarvan en het verrichten van nieuwbouw. De Hoge Raad oordeelde dat dit naar gangbaar spraakgebruik niet het geval is (HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2414, NJ 2010/62). Bij de verwijzing naar het spraakgebruik gaat het om dezelfde objectieve toets als bij de verwijzing naar de in het verkeer geldende opvattingen.

350. Het begrip 'normaal' heeft zowel betrekking op het soort gebruik als op het niveau daarvan.

Wat 'normaal' als objectieve maatstaf inhoudt, wordt allereerst bepaald door de aard en bestemming van het object: een woning, een fabriekshal, een bouwperceel of een tuin. Het is normaal dat je in een onroerende zaak die is gebouwd als woning en ook als zodanig wordt verkocht, ook daadwerkelijk kan wonen, dat je in een fabriekshal een productieproces kan huisvesten, et cetera. Dat spreekt voor zichzelf.

Normaal gebruik verwijst ook naar een absoluut minimaal gebruiksniveau. In een huis moet je ook 'normaal' kunnen wonen, dat wil zeggen op een manier en met een mate van leefcomfort die naar huidige objectieve maatstaven voldoen aan datgene wat als normaal kan worden beschouwd. Een onbewoonbaar verklaarde woning voldoet daaraan niet. Hetzelfde geldt voor een woning die onbewoonbaar is wegens extreem burengerucht. Aldus bijvoorbeeld Rechtbank Arnhem 30 augustus 2006, ECLI:NL:RBARN:2006:AZ2615.

Is daarnaast de hoogte van dat (minimum)gebruiksniveau tevens afhankelijk van het niveau van het object? Kunnen aan het normale gebruik van een luxe villa hogere eisen worden gesteld dan aan het normale gebruik van een doorzonwoning in een Vinexwijk of van een appartement in een achterstandswijk? Wij beantwoorden deze vraag bevestigend. Juist het objectieve, aan het spraakgebruik gerelateerde, karakter van de normaalgebruiktoets brengt mee dat die varieert met het niveau van het object.

351. Niet van belang is of de koper zelf het gekochte ook normaal gebruikt.

De eigenschappen die nodig zijn voor normaal gebruik, mag de koper verwachten ook als hij er op een andere manier gebruik van maakt. Stel dat iemand een woning of een kantoorpand koopt en dat gaat gebruiken als opslag en archiefruimte. De vloeren blijken het gewicht van de archiefkasten niet te kunnen dragen wegens verrotting, boktorren, zwam of ander ongemak. Kan de koper nu de verkoper aanspreken wegens ongeschiktheid voor 'normaal gebruik'? Die zal allicht antwoorden: hier is helemaal geen sprake van normaal gebruik. Als de koper vervolgens aantoonbaar dat de vloerbelasting bij zijn gebruik niet hoger is dan bij normale bewoning, zal er toch sprake zijn van non-conformiteit. Het gaat erom dat de koper mocht verwachten dat het verkochte de eigenschappen bezit die nodig zijn voor normaal gebruik en die zijn hier niet aanwezig. Dat de koper zelf de zaak op een andere manier gebruikt, doet daarbij dan niet ter zake

352. Er kunnen ook gebreken zijn die op het moment van de koop nog geen ernstige problemen opleveren, maar waarvan duidelijk is dat zij dat op (afzienbare) termijn wel zullen gaan doen als er niet wordt ingegrepen. Ook in dat geval voldoet het gekochte bij de aflevering niet aan de overeenkomst wegens ongeschiktheid voor normaal gebruik, mits de verslechtering duidelijk veel sneller gaat dan bij normale veroudering en slijtage.

Ter onderbouwing van deze stelling vermelden wij een paar voorbeelden uit de rechtspraak. Het Hof Leeuwarden (10 augustus 2005, ECLI:NL:GHLEE:2005:AU0836, NJF 2005/418) verstond onder normaal gebruik dat koper “geen gebreken behoefde te verwachten die het woongenot wezenlijk aantasten. Daarbij gaat het niet enkel om gebreken die het woongenot onmiddellijk in de weg staan, maar ook om gebreken die op afzienbare termijn zouden moeten worden verholpen, om ook in de toekomst het woongenot te kunnen behouden.” Volgens de Rechtbank Dordrecht (18 oktober 2006, ECLI:NL:RBDOR:2006:AZ1068, NJF 2007/6) levert paalrot non-conformiteit op omdat dit *op termijn* het normale gebruik aantast. Zie in deze lijn ook Rechtbank Rotterdam 25 maart 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ1318 en Hof Amsterdam 14 september 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN6949.

Als omschrijving van normaal gebruik van een woning wordt tegenwoordig in de rechtspraak min of meer standaardmatig de volgende formulering gebruikt: “dat in een woning gewoon moet kunnen worden op een voldoende veilige manier, met een zekere mate van duurzaamheid en zonder dat het woongenot wezenlijk wordt aangetast.”

353. Men bedenke ten slotte dat het ook hier allemaal regelend recht betreft. Wat onder normaal gebruik in een concreet geval moet worden verstaan, kan door partijen bij hun overeenkomst (nader) worden bepaald.

Aldus bijvoorbeeld de huidige redactie van art. 6.3 NVM-model (2017). Soms zal dat tot gevolg hebben dat in plaats van normaal gebruik juist een vorm van bijzonder gebruik wordt overeengekomen, bijvoorbeeld slopen en vervangen door nieuwbouw.

7.8.3 *Bijzonder gebruik*

354. Eigenschappen van de verkochte zaak die nodig zijn voor een bijzonder gebruik, mag de koper alleen dan verwachten – en de verkoper is daarvoor dus alleen dan aansprakelijk – als dat bijzondere gebruik bij de overeenkomst uitdrukkelijk of stilzwijgend is voorzien. Een stilzwijgende voorziening wordt door de Hoge Raad bij de koop van vastgoed niet snel aangenomen.

De woorden 'uitdrukkelijk of stilzwijgend' komen in de tekst van art. 7:17 lid 2 BW niet voor. Art. 33 LUVI, waaraan de bepaling is ontleend, bevat die toevoeging wel. Op grond van de Parl. Gesch. BW Boek 7, p. 122 en 125, waaruit blijkt dat de Nederlandse wetgever de LUVI-bepaling heeft willen overnemen, wordt ervan uitgegaan dat ook stilzwijgend voorzien in bijzonder gebruik naar huidig Nederlands recht mogelijk is. Aldus Asser/Hijma 7-I 2019/509. Ondertussen rijst wel de vraag wat het verschil is tussen het mogen verwachten van een eigenschap (i) 'op grond van de overeenkomst' (art. 7:17 lid 1 BW) of (ii) omdat de overeenkomst er stilzwijgend in voorziet. Het eerste geldt voor alle eigenschappen, het tweede alleen voor eigenschappen die nodig zijn voor bijzonder gebruik. Het lijkt voor de hand te liggen om aan te nemen dat in het eerste geval alle omstandigheden – waaronder de aard van het object en dergelijke – kunnen meewegen, terwijl in het tweede geval het accent ligt op de onderhandelingen en het gedrag van partijen. Maar erg duidelijk is het niet. Wat daarvan zij, uit de rechtspraak van de Hoge Raad valt af te leiden dat – in elk geval bij vastgoedtransacties – niet snel wordt aangenomen dat de verkoper kan worden aangesproken op het ontbreken van eigenschappen die nodig zijn voor een bijzonder gebruik, zoals het slopen van een pand en de vervanging daarvan door nieuwbouw of het ingrijpend verbouwen ervan. De Hoge Raad is terughoudend in het aannemen van een stilzwijgende garantie of resultaatsverplichting van de verkoper op dit punt enkel op grond van het feit dat het door de koper voorgenomen gebruik aan de verkoper bekend is. Zie HR 28 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2508, NJ 1998/658 (Durlinger/Laura Bakens) en HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2414, NJ 2010/62. Verder dan het aanvaarden van een mededelingsplicht voor de verkoper die weet dat het door de koper voorgenomen gebruik (waarschijnlijk) niet mogelijk is, gaat de Hoge Raad tot op heden niet. Anders Hijma die aanneemt dat, als de verkoper het voorgenomen gebruik van de koper kent zonder daarop te reageren, bijvoorbeeld door duidelijk te maken dat hij er niet voor wil instaan dat dit ook uitvoerbaar zal blijken, dat voorgenomen gebruik dan in beginsel stilzwijgend in de overeenkomst is verdisconteerd (Asser/Hijma 7-I 2019/509). Gezien de rechtspraak is het aan te raden om voorgenomen bijzonder gebruik expliciet in de overeenkomst te regelen.

Bijzonder gebruik vormt het spiegelbeeld van normaal gebruik: het is alle gebruik dat afwijkt van het normale.

Aldus ook Hijma die aangeeft dat er geen tussencategorie moet worden aangenomen tussen normaal en bijzonder gebruik (Asser/Hijma 7-I 2019/507). Dat neemt niet weg dat art. 7:17 BW wel drie typen van conformiteitsgebreken kent: (i) gebreken die in de weg staan aan normaal gebruik, (ii) gebreken die in de weg staan aan bijzonder gebruik, en (iii) gebreken die aan geen van beide in de weg staan, maar wel non-conformiteit opleveren. Zie ook paragraaf 7.8.2. De bijzonderegebruikregel ziet niet op eigenschappen die eveneens nodig zijn voor normaal gebruik. Die worden door de normaalgebruikregel beheerst. Wel kan het zijn dat een zaak die niet geschikt is voor normaal gebruik, wel geschikt is voor een bepaald bijzonder gebruik. Zo is een gebouw waarvan het dak is ingestort, niet geschikt voor normaal gebruik, maar dat gebrek staat niet in de weg aan het bijzonder gebruik slopen en nieuwbouw plegen.

8.4 De normaalgebruikclausule in art. 6.3 NVM-model koopovereenkomst

368. De NVM-koopakte bevat in art. 6.3 een bepaling inzake het normaal gebruik (was tot 2014 art. 5.3). Die bepaling luidt (voor zover hier van belang) als volgt: “De onroerende zaak zal bij de eigendomsoverdracht de feitelijke eigenschappen bezitten die nodig zijn voor een normaal gebruik als:(in te vullen door partijen).

Verkoper staat niet in voor andere eigenschappen dan die voor een normaal gebruik nodig zijn, noch voor de afwezigheid van gebreken die dat normale gebruik belemmeren en die aan koper kenbaar zijn op het moment van het tot stand komen van deze koopovereenkomst.”

De formulering van de eerste zin heeft tot gevolg dat de verkoper moet instaan voor het op de stippellijn ingevulde door koper voorgenomen gebruik.

Deze bepaling bevat een tamelijk ruim geformuleerde uitzondering op de exoneratie van art. 6.1 als het gaat om eigenschappen die nodig zijn voor het normale gebruik van het verkochte, die in de regel wordt opgevat als een garantie. De sterk verbreide toepassing van de NVM-akte, plus het feit dat een soortgelijke clausule ook in andere koopcontracten veelvuldig voorkomt, heeft ertoe geleid dat deze clausule in de rechtspraak over conformiteitskwesities een zwaar accent heeft gekregen. Bijna steeds stelt in die gevallen de koper dat het verkochte gebreken vertoont die het ongeschikt maken voor een normaal gebruik.

Als de koper immers aantoont dat zulks inderdaad het geval is, maakt hij de beste kans om de verkoper daarop met succes te kunnen aanspreken. In andere gevallen zal hij het bewijs moeten leveren dat het beroep door de verkoper op het exoneratiebeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, omdat hij het gebrek kende ofwel behoorde te kennen en hem bovendien een ernstig verwijt kan worden gemaakt van zijn onwetendheid. Dat ligt in de regel veel moeilijker, zodat teleurgestelde kopers de neiging vertonen naar de reddingsboei van het normale gebruik te grijpen. De normaalgebruikclausule moet tegenwoordig worden uitgelegd in samenhang met de sterk in populariteit toegenomen ‘ouderdomsclausule’ die het moeten instaan van de verkoper voor het normale gebruik weer – soms in zeer sterke mate – afzwakt. Zie daarover hierna paragraaf 8.6.

Daarnaast zijn er voor de verkoper die wordt aangesproken op grond van de normaalgebruikclausule nog twee andere verdedigingslijnes: (i) het gebrek was voor koper kenbaar; en (ii) uitleg van art. 6.3 via de Haviltex-maatstaf brengt mee dat in de omstandigheden van dit geval de koper niet mag verwachten dat de clausule het gebrek dekt.

Zie voor een overzicht van de overvloedige hoeveelheid rechtspraak Groene Serie Verbintenissenrecht, ad art. 6:75 BW aantekening 7.5.4.1 (C. Cauffmann & P. Croes, bijgewerkt tot 19 maart 2020) en de rechtspraakoverzichten van M. van Rossum in TvC 2016-1 en 2017-2.

368a. Voor de goede orde wijzen wij erop dat bij kennisneming van de oudere rechtspraak er rekening mee moet worden gehouden dat vóór juli 2003 de eerste zin van het huidige art. 6.3 (toen nog 5.3) als volgt luidde: “De onroerende zaak zal bij de eigendomsoverdracht de feitelijke eigenschappen bezitten die voor een normaal gebruik nodig zijn”, gevolgd door een tweede zin: “Koper is voornemens de onroerende zaak te gebruiken als (...)”. Het in de tweede zin door partijen vermelde gebruik werd door de rechtspraak destijds niet uitgelegd als contractuele invulling van het normaal gebruik in de eerste zin. Zie HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2414, NJ 2010/62 m.nt. Wissink (De Rooij/Van Olphen).

De enkele vermelding van het gebruik dat koper voor ogen stond, in casu sloop en de bouw van twee villa's, werd niet aldus opgevat dat de verkoper voor de mogelijkheid daarvan had in te staan, omdat dit het normaal gebruik van het gekochte zou zijn. De betekenis van een standaardclausule waarover niet is onderhandeld dient volgens de Hoge Raad te worden vastgesteld aan de hand van het normale spraakgebruik. Naar gangbaar spraakgebruik valt sloop en nieuwbouw nu eenmaal niet onder het normale gebruik van een gebouw. Op de koper die stelt dat de verkoper de mogelijkheid van dit gebruik desondanks toch had gegarandeerd rust volgens de Hoge Raad de bewijslast van die stelling gebaseerd op andere gronden dan die enkele vermelding in art. 6.3 van de koopakte.

Een voorbeeld van een geval waarin de koper daar wel in slaagde, levert het arrest PontMeyer/Archon (HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD0669, NJ 2008/355) waarin de Hoge Raad oordeelde dat de door het hof genoemde omstandigheden rechtvaardigden dat koper Archon de vermelding dat zij voornemens was het perceel te gaan gebruiken voor projectontwikkeling mocht opvatten als een garantie door verkoper dat woningbouw mogelijk was en niet werd belemmerd door ernstige bodemverontreiniging. Daarvoor waren voldoende aanknopingspunten in de tekst van de koopakte te vinden, terwijl ook de prijs duidde op een verkoop van grond geschikt voor woningbouw. Deze rechtspraak heeft voor koopovereenkomsten met een normaalgebruikclausule conform het huidige NVM-model (zoals dat luidt sinds juli 2003 en waarin wel de koppeling met het door de koper voorgenomen gebruik wordt gemaakt) haar relevantie voor een belangrijk deel verloren. Aldus ook Wissink in zijn noot in NJ 2010/62 (nr. 8).

Partijen kunnen bij de huidige formulering van de clausule ook een wijze van gebruik noemen dat objectief, naar verkeersopvatting en algemeen gangbaar spraakgebruik, niet als 'normaal' kan worden beschouwd, maar veeleer als bijzonder gebruik zou moeten worden betiteld. Dat zal bijvoorbeeld het geval zijn als partijen verklaren dat zij als normaal gebruik van een gebouw beschouwen het slopen daarvan en vervangen door nieuwbouw. Een dergelijke clausule zal dan opgevat moeten worden als een overeenkomst met betrekking tot bijzonder gebruik dat aldus bij de overeenkomst is voorzien op een zodanige manier dat de verkoper daarvoor dezelfde (garantie)verplichting heeft als hij voor het normale gebruik zou hebben gehad. Voor echt normaal gebruik hoeft hij dan echter niet meer in te staan.

Wij wijzen er nog op dat de huidige formulering van art. 6.3 het instaan door de verkoper voor normaal gebruik beperkt tot de *feitelijke* eigenschappen van het verkochte. De bepaling ziet dus sinds juli 2003 niet langer op het instaan voor immateriële eigenschappen zoals een publiekrechtelijke bestemming.

369. De normaalgebruikclausule zoals geformuleerd in art. 6.3 van het NVM-model wordt meestal opgevat als een garantie. In de feitenrechtspraak wordt tot nog toe vrijwel zonder uitzondering hiervan uitgegaan. Ook in de literatuur treft men dit standpunt gewoonlijk aan, maar er zijn ook enkele auteurs die menen dat de bepaling geen garantie inhoudt. De Hoge Raad heeft hierover nog geen uitspraak gedaan. Het NVM-contract-2017 heeft wel de gevolgen van de uitleg als garantie afgezwakt tot aansprakelijkheid voor de kosten van herstel. Zie daarover nr. 371.

De opvatting dat in art. 6.3 NVM-model sprake is van een garantie, is in de rechtspraak wijdverbreid, maar nauwelijks gemotiveerd. Veelal bestaat hierover ook geen geschil en wordt daarvan als vanzelfsprekend uitgegaan. Zo werd er in de zaak van de woonboerderij te Beesd (HR 28 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4606, NJ 2000/575 m.nt. WMK, Christiaanse/Van Dijk) in alle instanties zonder meer van uitgegaan dat art. 6.3 (toen nog 5.3) een garantie inhoudt. Aldus ook in Hof Den Bosch 6 december 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AY2639, NJF 2007/271. In r.o. 4.11 stelt het hof: "(...) in artikel 5.3 van de koopovereenkomst (...) is door Dommers [verkoper, toev. HH/SB] een uitdrukkelijke garantie gegeven." Deze kwalificatie is op zichzelf van weinig praktisch belang als men uitgaat van een diffuus, multi-interpretabel begrip garantie. Dan kan men daar immers nog vele kanten mee op. Gaat men uit van de hiervoor (paragraaf 8.3) verdedigde benadering waarin tot uitgangspunt wordt genomen dat een garantie meebrengt dat een beroep op overmacht is uitgesloten, dan is het anders. De toerekenbaarheid staat dan in beginsel vast, zodat het – eveneens in beginsel – niet meer van belang is of de verkoper enig verwijt kan worden gemaakt en of hij het gebrek wel of niet kende.

Auteurs die art. 6.3 – naar het schijnt – zien als garantie, zijn onder andere Kleijn, NJ-noot bij Woonboerderij Beesd-arrest (HR 28 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4606, NJ 2000/575); Van Velten 2009, p. 176, die zich kennelijk bij Kleijn aansluit; Hockx, Koop en levering van vastgoed 2006/2007, p. 204; Dammingh, JOR 2006/117; Tjittes VRA 2006/2.6 (anders nog in WPNR 2006/6659).

Wij tekenen hierbij aan dat een beroep voor deze zienswijze op het Woonboerderij Beesd-arrest twijfelachtig is, aangezien de Hoge Raad weliswaar spreekt over een garantie, maar daarover geen oordeel geeft omdat het punt niet in geschil was.

370. Voor de uitleg als garantie pleit vooral de tekst van de tweede zin die aanvangt met de woorden 'De verkoper staat niet in voor (...)'. Dit kan immers gemakkelijk – a contrario – worden gelezen als: de verkoper staat wel in voor de eigenschappen die nodig zijn voor een normaal gebruik.

Aldus bijvoorbeeld Hof Arnhem 11 april 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AX6155, NJF 2006/247. Dit is een van de weinige uitspraken waarin de uitleg van art. 6.3 wel in geschil was en waarover het hof dus een gemotiveerd oordeel moest geven. Nu specifieke verklaringen van partijen omtrent het normaal gebruik niet zijn gesteld of gebleken, oordeelt het hof – in

navolging van HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2414, NJ 2010/62 (De Rooij/Van Olphen) – dat het bij de uitleg van art. 6.3 aankomt op de “betekenis die particuliere partijen als de onderhavige aan de bewoordingen daarvan naar gangbaar spraakgebruik mochten toekennen”. Volgens die uitleg “mag de koper redelijkerwijs begrijpen dat de verkoper – behoudens de voor koper kenbare gebreken – ervoor ‘instaat’ dat het verkochte geschikt is voor normaal gebruik”. Voor de vraag wat naar gangbaar spraakgebruik ‘instaan voor’ betekent, raadpleegt het hof Van Dale. Dat geeft als betekenis ‘zich aansprakelijk stellen’ of ‘garanderen’. Daarmee komt het hof tot de conclusie dat “het niet-toerekenbaarheidsverweer is geëcarteerd”.

Een recentere uitspraak waarin deze vraag expliciet aan de orde kwam, is het arrest van het Hof Den Haag van 16 november 2010 (ECLI:NL:GHSGR:2010:BO6658, NJF 2011/17). Dit hof overwoog als volgt:

“Met incidentele grief 1 klaagt de gemeente over de overwegingen in het vonnis onder 4.1. en 4.6. waarin de rechtbank in artikel 7 onder c van de koopovereenkomst de garantie leest dat het verkochte bij levering de feitelijke eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik nodig zijn. De gemeente verzet zich hiertegen; het artikellid scheidt volgens haar geen garantieverbintenis, maar een ‘resultaatsverbintenis zonder primaire prestatieplicht’. Verder merkt zij op dat voor schadevergoeding bij non-conformiteit toerekenbaarheid een vereiste is. 11. Artikel 7 onder c luidt als volgt: Het verkochte zal bij het notarieel transport of bij eerdere ingebruikname alsdan met inachtneming van alle voorwaarden en verplichtingen van deze overeenkomst de feitelijke eigenschappen bezitten, die voor een normaal gebruik nodig zijn. Lid e van dit artikel bepaalt het volgende: Verkoper staat niet in voor andere eigenschappen dan die voor een normaal gebruik nodig zijn, noch voor gebreken, die dat normale gebruik belemmeren en die aan koper kenbaar zijn op het moment van het tekenen van deze overeenkomst. Aan de hand van de zogeheten Havilex-maatstaf dienen deze bepalingen aldus te worden uitgelegd dat de verkoper garandeert dat het verkochte bij de eigendomsoverdracht de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik nodig zijn, met uitzondering van op het moment van het tekenen van de koopovereenkomst voor de koper kenbare gebreken die het normale gebruik belemmeren. Verklaringen of gedragingen van Joal waaruit kan worden afgeleid dat de gemeente redelijkerwijs had mogen opmaken dat Joal dit anders heeft begrepen of verklaringen of gedragingen van de gemeente waaruit Joal had moeten opmaken dat zij dit anders had moeten begrijpen, zijn gesteld noch gebleken. In geval van een tekortkoming wegens schending van de conformiteits in artikel 7:17 BW impliceert genoemde garantie dat de tekortkoming aan de verkoper kan worden toegerekend, ook als hij het gebrek niet kende of behoorde te kennen. De rechtbank heeft een en ander niet miskend. De bekritiseerde overwegingen zijn juist. De grief faalt.” Het Haagse hof maakt derhalve een duidelijke keuze voor het garantiekaracter van de normaalgebruikbepaling, die aansluit bij hetgeen gewoonlijk in de rechtspraak – zij het minder expliciet – wordt aangenomen. Daarbij moet in aanmerking worden genomen dat het debat over dit punt in de literatuur nog te weinig is gevoerd. De kans dat de Hoge Raad zich over een dergelijke vraag van contractuitleg zal uitspreken, achten we klein, aangezien het daarbij vrijwel steeds om een vraag van feitelijke aard gaat.

Deze benadering laat nog wel ruimte voor een andere uitleg, indien partijen wel over het ‘instaan voor normaal gebruik’ hebben onderhandeld. In die situatie zal hetgeen partijen daarover hebben verklaard bij de uitleg van de bepaling in beginsel prevaleren boven de objectievere uitleg aan de hand van het gangbare spraakgebruik.

Verder moet worden bedacht dat, ook al staat vast dat sprake is van een garantie, daarmee nog niet gegeven is hoever die zich uitstrekt. Ook dat is immers een kwestie van uitleg. Denkbaar is dus dat die uitleg meebrengt dat de verkoper toch de dans ontspringt omdat de garantie van art. 6.3 in casu het gebrek in kwestie niet dekt, zodat dit onder de exoneratie van art. 6.1 blijft vallen. Ook is denkbaar dat de werking van een garantie beperkt wordt in die zin dat een beroep daarop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar wordt geacht. Dat zijn echter andere vragen, die niet mogen worden verward met het punt dat wij hier bespreken: kwamen partijen al dan niet een garantie overeen.

371. De tekst van art. 6.3 NVM-model laat ook een andere uitleg toe. Die komt hierop neer dat de clause alleen een uitzondering bevat op de algemene exoneratie van art. 6.1, maar geen garantie. De conformiteitsverplichting die in art. 6.1 volledig was weggecontracteerd, keert weer terug in art. 6.3, maar nu beperkt tot eigenschappen die het normaal gebruik betreffen. In deze uitleg wordt in art. 6.3 met 'instaan voor' niet bedoeld 'garanderen', maar het neutralere 'verplicht zijn tot...', een betekenis waarin die uitdrukking wel vaker wordt gebezigd bijvoorbeeld nog in de verborgengebreekenregeling naar oud BW (zie art. 1541 en 1542 oud BW juncto art. 1544 en 1545 oud BW).

Aldus opgevat bevat art. 6.3 geen garantie, maar alleen een gewone resultaatsverplichting.

De bedoeling is dan niet om de aanwezigheid van die eigenschappen te garanderen, maar alleen om de exoneratie voor de afwezigheid daarvan (in art. 6.1) terzijde te stellen. Voor gebreken betreffende het normale gebruik keert de overeenkomst daardoor terug naar de regel van art. 7:17 lid 2 BW, inclusief de daarin besloten liggende onderzoeksplicht van de koper. Dat laatste wordt tot uitdrukking gebracht in de tweede zin. Die beperkt de resultaatsverplichting vervolgens weer door daarvan de gebreken uit te sluiten die voor de koper bij het aangaan van de koop kenbaar waren, en eveneens – in feite ten overvloede – de gebreken die geen betrekking hebben op het normale gebruik. Deze beperking wordt – enigszins ongelukkig – tot uitdrukking gebracht met de woorden 'De verkoper staat niet in voor...'. Aan 'instaan voor' komt – evenals aan 'garanderen' – in een juridische context wel primair maar niet steeds de vaste betekenis van het aanvaarden van risicoaansprakelijkheid toe. Ook voor een uitleg naar gangbaar spraakgebruik is Van Dale niet steeds doorslaggevend. Zie het Hoog Catharijne-arrest (HR 22 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1930, NJ 1996/300). Zie over de betekenis van het begrip garantie nr. 360 e.v.

372. Waar het om gaat, is dus of op grond van de tekst van art. 6.3 NVM-model – uitgelegd via de Haviltex-methode – de verkoper erop bedacht moet zijn, respectievelijk de koper mag verwachten, dat de verkoper volledige risicoaansprakelijkheid aanvaardt voor feitelijke gebreken die het normale gebruik belemmeren in die zin dat de verkoper ook schadeplichtig zal zijn als de tekortkoming – in casu de non-conformiteit – hem volgens de wet (art. 6:75 BW) niet kan worden toegerekend. De woorden 'De verkoper staat niet in voor' kunnen ook worden gelezen als: 'De verplichting van de verkoper strekt zich niet uit tot...'. Niet instaan voor is een uitdrukking die veel gebruikt wordt om een exoneratie tot uitdrukking te brengen. Het

tegendeel van 'niet instaan voor' is in dat geval niet: wel instaan voor (= garanderen), maar 'verplicht zijn tot...'. Zo gelezen bevat de clause van art. 6.3 een gewone resultaatsverbintenis, die een geslaagd beroep op overmacht niet uitsluit en die tevens – door haar beperking tot voor de koper verborgen (niet-kenbare) gebreken – voor gebreken die voor de koper wel kenbaar zijn de exoneratie van art. 6.1 – als hoofdregel – weer laat herleven.

De terugkeer in art. 6.3 naar *de regel* van art. 7:17 lid 2 BW betekent niet dat die bepaling zelf weer van toepassing is. De wettelijke regeling is en blijft vervangen door de contractuele van art. 6 NVM-model, die enerzijds in lid 1 met een algemene exoneratie daarvan fundamenteel afwijkt, maar die anderzijds in lid 3 daar voor een onderdeel weer bij aansluit door die exoneratie voor gebreken betreffende het normale gebruik buiten werking te stellen. Zie C.M.H. Vlaanderen, WPNR 2000/6410 en de daar aangehaalde rechtspraak. In deze geest ook de conclusie van A-G Huydecoper bij HR 12 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7630. Uit die conclusie blijkt tevens het praktisch gevolg van deze benadering voor de vraag hoe ver de mededelingsplicht van de verkoper reikt in een geval dat wordt beheerst door de contractuele regeling van art. 6 NVM-model in plaats van door de wettelijke regel van art. 7:17 BW. Daarover hierna nr. 376.

373. De uitleg van art. 6.3 NVM-model als resultaatsverbintenis verdient naar onze mening de voorkeur boven die als garantie, omdat de resultaatsverbintenis leidt tot een evenwichtiger risicoverdeling die de koper voldoende bescherming biedt zonder de 'onschuldige' verkoper te zwaar te belasten. Zie ook ons standpunt over de risicoverdeling op grond van de wet, zoals hiervoor is uiteengezet in nr. 337 e.v.

De resultaatsverbintenis legt op de verkoper reeds het risico van waardevermindering van de zaak. De koper kan immers door gehele of gedeeltelijke ontbinding of door nakoming te verlangen dit risico op de verkoper afwentelen. Dat geldt ook als de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend.

Het gaat te ver om aan een algemeen geformuleerde standaardclause in een modelcontract via uitleg het nog verdergaande risico van een garantie te verbinden. Daardoor zou de verkoper – ook als hem niets te verwijten valt – ook nog aansprakelijk worden voor schadevergoeding en de contractuele boete verbeuren. Een dergelijk vergaand rechtsgevolg kan slechts worden aanvaard als op grond van de overeenkomst daarover in redelijkheid geen twijfel kan bestaan. Aan die eis voldoet art. 6.3 NVM-akte niet. Een impliciete garantie wordt terecht niet snel aangenomen. Zie hiervoor nr. 367.

In deze geest ook C.M.H. Vlaanderen, WPNR 2000/6410; M.M. van Rossum, WPNR 2006/6665. Door Vlaanderen en Van Rossum wordt verdedigd dat art. 6.3 NVM-model een beroep op overmacht niet onder alle omstandigheden uitsluit. Niet duidelijk is of zij bedoelen dat er in hun visie geen sprake is van een garantie of dat dit wel zo is maar dat het gaat om een ander – zwakker – type garantie waaraan een minder sterke werking toekomt. Een garantie, gesteld in algemene bewoordingen zoals het geval is bij art. 6.3, zou zo'n zwakkere garantie kunnen zijn. Nu het begrip garantie geen vastomlijnde juridische inhoud heeft, is dat laatste op zichzelf mogelijk. Er ontstaat dan een soort tussenfiguur, die tussen een 'echte' garantie en een

resultaatsverbintenis in ligt. Naar onze mening is dat geen verhelderend concept en ligt verwarring op de loer. Wij geven er de voorkeur aan om alleen over een garantie te spreken als overmacht is uitgesloten.

Wij delen overigens niet de mening van Van Rossum (t.a.p.), dat de Hoge Raad in het arrest De Rooij/Van Olphen (HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2414, NJ 2010/62) heeft beslist dat art. 6.3 NVM-akte geen garantie inhoudt. Aldus ook annotator Wissink (nr. 12). De Hoge Raad oordeelde dat, nu normaal gebruik van een onroerende zaak naar gangbaar spraakgebruik niet mede omvat het slopen daarvan, de toevoeging dat de koper voornemens is de zaak te gebruiken als bouwperceel, dit niet anders maakt. Die beslissing betreft de reikwijdte van de bepaling – slopen valt er niet onder – en niet haar rechtskarakter: garantie of resultaatsverbintenis.

373a. De door ons bepleite uitleg van de normaalgebruikclausule is tot op heden in de (feiten)rechtspraak niet gevolgd. Die blijft vasthouden aan de uitleg als garantie. De Hoge Raad is er nog niet aan te pas gekomen en dat zal ook niet gauw gebeuren aangezien contractuitleg een zaak van de feitenrechter is. Wel is het NVM-contract op dit punt aangepast.

Bij zijn bespreking van de wijzigingen die in 2014 zijn aangebracht in het NVM-model heeft Dammingh aandacht besteed aan ons standpunt dat de uitleg als garantie de ‘onschuldige verkoper’ die het gebrek zelf ook niet kende ten onrechte opzadelt met ook de vergoeding van alle gevolgschade, hetgeen het evenwicht tussen partijen waarnaar het contract streeft verstoort. Dammingh heeft voorgesteld om de bepaling aan te passen, niet in die zin dat geen sprake meer zou zijn van een garantie, maar wel dat de reikwijdte van de garantie wordt beperkt tot de verplichting voor de verkoper tot vergoeding van de herstelkosten. Voor bijkomende gevolgschade is de verkoper dan niet langer aansprakelijk, tenzij hem een verwijt treft (WPNR 2014/7044).

Bij de herziening in 2017 is art. 6.3 NVM-contract conform het voorstel van Dammingh aangepast. Aan de tekst is het volgende toegevoegd:

Voor gebreken die het normale gebruik belemmeren en die niet aan de koper bekend of kenbaar waren op het moment van het tot stand komen van deze koopovereenkomst is verkoper uitsluitend aansprakelijk voor de herstelkosten. Bij het vaststellen van de herstelkosten wordt rekening gehouden met de aftrek van nieuw voor oud.

Verkoper is niet aansprakelijk voor overige (aanvullende) schade, tenzij verkoper een verwijt treft.

Zie hierover J.J. Dammingh WPNR 7219/2018. Het BOG-model is op dezelfde wijze aangepast in 2019.

Hiermee is hetzelfde praktische resultaat bereikt als wij met onze uitleg als resultaatsverplichting wilden bereiken en is het praktische belang van de hier besproken uitlegkwestie van de baan, althans voor zover het gaat om koopovereenkomsten conform de NVM-modellen van na 2017/2019. Voor eerdere NVM-koopcontracten waarover later nog procedures ontstaan voor eerst dan aan het licht gekomen gebreken blijft de bovenstaande

discussie over het karakter van de normaal-gebruik-clausule – garantie of resultaatsverplichting? – nog wel relevant. Hetzelfde geldt voor andere koopcontracten, waarin wel een soortgelijke formulering is gebruikt als in art. 6.3 NVM-model, maar zonder de latere aanpassing daarvan in 2017 (respectievelijk 2019). Om die reden hebben wij deze uitlegkwesitie in de huidige druk van dit boek gehandhaafd.

374. De rechtsgevolgen van art. 6.3 NVM-model zijn niet alleen afhankelijk van de hiervoor behandelde vraag of die bepaling een garantie dan wel een resultaatsverbintenis bevat. Deze worden – zoals voor elk contractueel beding – eveneens bepaald door uitleg (volgens de Haviltex-maatstaf), door de aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 BW) en eventueel ook door aanpassing door de rechter op grond van dwaling (art. 6:230 BW) of veranderde omstandigheden (art. 6:258 BW). Hetzelfde geldt voor (andere) garanties in de koopovereenkomst.

Voor deze algemene verbintenisrechtelijke leerstukken wordt verwezen naar Asser/ Sieburgh 6-III 2018/218 e.v., 341 e.v., 378 e.v. en 436 e.v. Zie ook M.M. van Rossum & P.H.L.M. Kuypers, *Garanties in de rechtspraktijk*, *Recht & Praktijk* nr. CA12, 2015; J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht I 2004*, hoofdstuk 4, par. 3. Wij beperken ons hier tot enkele rechterlijke uitspraken die betrekking hebben op vastgoedtransacties.

Een voorbeeld van inperking van art. 6.3 (opgevat als garantie) biedt de uitspraak van de Rechtbank Arnhem van 20 september 2006, ECLI:NL:RBARN:2006:AZ3972, NJF 2006/566. Het gaat in die zaak om de koop van een ‘monumentale’ woonboerderij uit 1890 ‘in authentieke staat’ (overigens alweer te Beesd) die ingrijpend moest worden gerenoveerd. Koper klaagt over aantasting van de dakconstructie door houtrot, boktor, et cetera. De rechtbank stelt vast dat enige aantasting door houtworm kenbaar was en dat de koper (Kroeze) die ook heeft geconstateerd. Dat had voor hem aanleiding moeten zijn voor nader onderzoek. Nu hij een dergelijk voor de hand liggend onderzoek heeft nagelaten, kan hij zich er niet op beroepen dat de woning niet aan de overeenkomst beantwoordt. Hierop aansluitend overweegt de rechtbank dat art. 6.3 van de koopakte dit niet anders maakt. De betekenis van die bepaling moet volgens de rechtbank – onder verwijzing naar het arrest De Rooij/Van Olphen (HR 23 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2414, NJ 2010/62) – worden vastgesteld door middel van uitleg volgens de Haviltex-maatstaf. De rechtbank vervolgt dan: “Bij de [uitleg, HH/SB] van die bepaling zijn de hierboven genoemde omstandigheden opnieuw van doorslaggevend belang, namelijk dat sprake is van verkoop van een te renoveren monumentale woning door een particulier zonder noemenswaardige deskundige bijstand aan een koper met ingrijpende verbouwingsplannen, terwijl partijen voorafgaand aan de totstandkoming van de koopovereenkomst niet over de staat van het dak of het geven van garanties cq exoneraties hebben gesproken en waarvoor partijen – naar ter comparitie is verklaard – simpelweg de standaardtekst van de NVM-koopovereenkomst hebben gebruikt zonder overigens bijstand van een NVM-makelaar te genieten. Berkhout voert terecht aan, hetgeen Kroeze ter comparitie ook heeft erkend, dat Berkhout in de jaren voorafgaande aan de verkoop normaal in de woning heeft gewoond en dat dat dus ook mogelijk was. Een [verdergaande garantie, HH/SB] mocht Kroeze onder de omstandigheden van het geval niet uit de bepaling afleiden. Of Berkhout nu

al dan niet de toelichting op de modelovereenkomst onder ogen heeft gehad is daarbij niet van doorslaggevend belang. De rechtbank ziet in art. 6.3 van de koopovereenkomst dan ook [geen garantie, HH/SB] dat het dak niet zou zijn aangetast door houtrot, houtworm en/of boktor." De rechtbank vervolgt nog met de overweging dat het voorgaande anders zou kunnen liggen als de verkoper een mededelingsplicht zou hebben geschonden, maar dat is in deze zaak niet het geval. In appèl wordt deze uitspraak bekrachtigd. Zie Hof Arnhem 18 maart 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BD1170, NJF 2008/257. Het hof overwoog nog dat van een 93-jarige verkoper minder mededelingen over de staat van het pand mogen worden verwacht dan in het algemeen het geval is.

In dezelfde geest luidt de uitspraak van het Hof Den Bosch van 2 mei 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AY9835, NJF 2006/440. Ook hier ging het om een tegenvallende verbouwing van een oude boerderij (ditmaal te Ravenstein). De rieten kap en de dakgebinten waren (wederom) aangetast door houtworm en boktor. De koper doet een beroep op de garantie voor normaal gebruik in art. 6.3 van de koopovereenkomst. Het hof stelt vast dat inderdaad sprake is van een garantie, zodat de verkoper aansprakelijk is voor een gebrek dat hem niet bekend is als dat gebrek het normale gebruik verhindert. Het hof overweegt over de vraag of aan de garantieverplichting is voldaan het volgende: "Het gaat in het onderhavige geval om de verkoop van de 'deel' van een 110 jaar oude boerderij, die in het verleden als veestal was gebruikt, hetgeen appellant [koper, HH/SB] bekend was, althans niet gesteld of gebleken is dat dit niet het geval is geweest. Appellant heeft derhalve een veestal gekocht waarvan hij mocht verwachten dat deze geschikt was om tot woning te worden verbouwd (HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2414). Aldus dient de door geïntimeerde [verkoper, HH/SB] in artikel 6.3 van de koopovereenkomst gegeven garantie te worden verstaan. Dat de veestal bij levering daadwerkelijk de eigenschappen bezat die appellant mocht verwachten en geschikt was om tot woning te worden verbouwd, blijkt uit het feit dat appellant de veestal thans als woning in gebruik heeft. Dat hij daarbij meer werkzaamheden heeft moeten laten uitvoeren dan hij aanvankelijk dacht dat het geval zou zijn, waaronder werkzaamheden aan aanwezige onderdelen van de veestal zoals de gebinten en de kapconstructie, doet daaraan niet af. Het ging immers, zoals gezegd, om een 110 jaar oude veestal die zich in oorspronkelijke staat bevond en waaraan de tand des tijds – duidelijk zichtbaar – niet ongemerkt voorbij was gegaan."

In de beide uitspraken die zojuist zijn aangehaald, wordt art. 6.3 NVM-model opgevat als een garantie, wat zoals gezegd tot nu toe vaste (feiten)rechtspraak is. Maar de reikwijdte van die garantie wordt vervolgens door middel van uitleg in verband met de omstandigheden van het geval beperkt, zodat het gebrek daar niet onder valt. Opmerkelijk is dat de rol van de redelijkheid en billijkheid hier in de uitleg lijkt te worden verdisconteerd volgens de leer van de zogenoemde normatieve uitleg. Er wordt niet gewerkt met een afzonderlijk beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (conform art. 6:248 BW), wat bij het inperken van exoneraties juist wel gebeurt. Zie over normatieve uitleg J.M. van Dunné, Normatieve uitleg van rechtshandelingen, diss. Leiden 1971 en Verbintenissenrecht I, 2004, passim.

Ook valt op dat in beide uitspraken in het midden wordt gelaten of het gebrek voor de koper zodanig kenbaar was dat het op grond van de beperking in de tekst van de garantiebepaling zelf daarvan al was uitgesloten. De uitsluiting wordt in elk geval niet daarmee onderbouwd. Dat de koper enige kennis omtrent het gebrek bezat en dat hij de afwezigheid daarvan niet zonder nader onderzoek mocht verwachten, was in beide gevallen duidelijk. Dit gegeven

wordt echter niet als zelfstandige grondslag voor de beslissing gehanteerd, wat ons inziens ook mogelijk was geweest (zie bijvoorbeeld Hof Arnhem 14 maart 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:BC0957, NJ 2007/655), maar wordt eerder opgevat als een van de omstandigheden die de uitleg omtrent de reikwijdte van het garantiebeding mede bepaalt. Zie over het belang van de bijzondere kennis van de koper hierna nr. 377.

Dat de reikwijdte van de normaalgebruikclausule geen vast gegeven is maar afhangt van de omstandigheden van het geval is inmiddels bevestigd door de Hoge Raad. In een zaak, waarin het wederom ging om een oude boerderij die – voor de koper kenbaar – in zeer slechte staat verkeerde, was door verkopers wel de garantie voor normaal gebruik als gezinswoning gegeven. Toen de koper nadat de staat van de boerderij toch nog zwaar tegenviel de verkoper aansprak op de garantie voor normaal gebruik oordeelde zowel de rechtbank als het hof dat onder deze omstandigheden aan koper geen beroep op die garantie toekwam, omdat hij daar in de gegeven situatie niet te veel van mocht verwachten. De Hoge Raad overwoog: “Naar het kennelijke oordeel van zowel de rechtbankals het hof moet immers de omvang van die garantie uitgelegd worden in het licht van hetgeen eisers (kopers HH/SB) op grond van de overeenkomst, mede gelet op de kenbare ouderdom en gebreken van de boerderij, aan eigenschappen mochten verwachten. Dat oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk.... Dat brengt mee dat het hof tot uitgangspunt mocht nemen dat vanwege de voor eisers kenbare leeftijd en gebreken van de boerderij, geen hoge eisen mogen worden gesteld aan de eigenschappen die voor het normale gebruik van deze boerderij als gezinswoning nodig zijn.” (HR 7 oktober 2016 ECLI:NL:HR:2016:2287) Wel kreeg de koper gelijk op het punt van de bodemverontreiniging. De Hoge Raad achtte de klacht dat het hof niet duidelijk had gemaakt waarom het saneringsplichtige deel van het terrein wel maar het niet saneringsplichtige deel geen inbreuk maakte op de garantie voor normaal gebruik. Zie over dit arrest Van Rossum, TvC 2017-2 (par. 2.1.4); C.G. Breedveld-de Voogd, MvV 2016/12 en JBN 2017/22; F.J. de Vries en Th. C.M. Willemse, Tijdschrift voor Agrarisch Recht, 2018/6 In laatstgenoemd artikel wordt de non-conformiteit, waaronder ook die op grond van art. 7:15 BW wordt begrepen, specifiek bij de koop van woonboerderijen besproken. Inderdaad valt uit de rechtspraak af te leiden dat wie zijn naam graag verbonden ziet aan een arrest van de Hoge Raad een goede kans maakt door een woonboerderij te kopen.

375. De verplichting van de verkoper in art. 6.3 NVM-model om in te staan voor normaal gebruik van het verkochte is – zoals uit het voorgaande is gebleken – een geducht wapen in handen van de teleurgestelde koper. De verdediging van de verkoper richt zich behalve op een beperkte uitleg van het beding en op het verweer dat te laat is geklaagd (art. 7:23 BW), begrijpelijkerwijs vooral op de uitzondering dat het gebrek in casu voor de koper kenbaar was. Is dat het geval, dan valt het gebrek niet onder de (garantie)verplichting van art. 6.3, maar herneemt de algemene exoneration van art. 6.1 haar werking. Het gebrek blijft dan voor risico van de koper. Dat is alleen anders als deze met succes aanvoert dat het beroep op de exoneration naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, omdat de verkoper het gebrek kende of behoorde te kennen en hem bovendien een ernstig verwijt treft dat hij het niet heeft gemeld.

Het vorenstaande doet de vraag rijzen of wij in het kader van de aansprakelijkheid van de verkoper op grond van een contractuele normaalgebruikclausule (zoals art. 6.3 NVM-model of varianten daarvan) opnieuw en op dezelfde wijze van doen krijgen met de onderzoeks- en mededelingsplicht als bij toepassing van de wettelijke regeling in art. 7:17 BW het geval is. Die vraag zou bevestigend moeten worden beantwoord als een art. 6.3-clausule tot gevolg zou hebben dat daarmee terug wordt gekeerd tot toepasselijkheid van het aanvullende wettelijke recht. Dat is – zoals we eerder al opmerkten – echter niet het geval. De hele ‘gebrekenproblematiek’ blijft beheerst door de bepalingen van het contract. Daarin staat voorop dat het risico voor gebreken in beginsel geheel op de koper wordt gelegd. Daarop wordt een uitzondering gemaakt voor gebreken die betrekking hebben op het normale gebruik, maar die uitzondering vervalt weer als het gebrek voor de koper kenbaar is. Kenbaar verwijst naar de onderzoeksplicht van de koper. Of die bestaat en hoever die strekt, is in zijn algemeenheid niet te beantwoorden, afhankelijk als dat is van alle omstandigheden van het geval, de redelijkheid en billijkheid, de verkeersopvatting e tutti quanti. In dat opzicht is er geen verschil met de onderzoeksplicht bij art. 7:17 BW. Dat laatste geldt niet voor de mededelingsplicht. Door de algemene exoneration ligt het risico voor gebreken in beginsel geheel bij de koper en die is bij kenbare gebreken (weer) van toepassing. Dat betekent dat er alleen een spreekplicht voor de verkoper bestaat als deze het gebrek kent of onbekendheid hem ernstig kan worden verweten. Een verdergaande spreekplicht die ook zou bestaan als de verkoper het gebrek behoort te kennen of met de mogelijkheid daarvan rekening behoort te houden (vgl. nr. 332), zou van de uitzondering op de (garantie)verplichting van de normaalgebruikclausule nauwelijks iets overlaten. Als het gebrek kenbaar is voor de koper, zal het dat normaliter – of wellicht zelfs a fortiori – immers ook zijn voor de verkoper met als gevolg dat op deze vrijwel altijd een spreekplicht rust die prevaleert boven de onderzoeksplicht van de koper.

376. Het vorenstaande was aan de orde in een zaak waarin het erom ging of een gebrek – verwerking van asbest in het dak van de woning – voor koper kenbaar was als bedoeld in art. 6.3 NVM-model. Het Hof Arnhem (14 maart 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:BC0957, NJ 2007/655) oordeelde dat dit het geval was, omdat een deskundige had vastgesteld dat de asbest voor een makelaar eenvoudig was te constateren en de kennis van zijn makelaar aan de koper moet worden toegerekend. Het cassatieberoep tegen deze beslissing werd verworpen met een beroep op art. 81 Wet RO. Zie HR 12 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7630.

De conclusie voor dit arrest van A-G Huydecoper bevat niettemin interessante beschouwingen over de uitleg van art. 6.3 NVM-model. Het is de moeite waard de beschouwingen van Huydecoper tamelijk uitvoerig te bespreken. Om te beginnen stelt de A-G vast dat art. 7:17 BW geheel van regelend recht is en dat het dus aankomt op de uitleg van de koopakte, in het bijzonder art. 6.3, zodat een beroep op verkeerde toepassing van art. 7:17 BW niet aan de orde kan komen. Vervolgens gaat hij in op de vraag wat onder ‘kenbaar’ moet worden verstaan. Hij merkt op dat dit begrip “een vrij brede ruimte voor interpretatie laat – zo ongeveer variërend van ‘kenbaar = bekend’ als meest beperkte uitleg, tot: ‘kenbaar = alles wat bij (uiterst) zorgvuldig onderzoek aan het licht zou zijn gekomen’, als meest ruime. In het bestreden arrest heeft het hof Arnhem gekozen voor een uitleg die tussen de geschetste uitersten een midden kiest, namelijk zo ongeveer: ‘kenbaar = wat bij het redelijkerwijs te vergen onderzoek aan het licht zou komen’.” Dat die uitleg door het hof hem de juiste lijkt, verwoordt de A-G met het

understatement: “Het dringt zich enigszins op dat een dergelijk, naar het ‘redelijke midden’ neigende uitleg, niet gauw als ongerijmd zal kunnen worden aangemerkt.”

Vervolgens gaat Huydecoper in op de stelling van de koper dat ook de makelaar van de verkoper het gebrek redelijkerwijs had behoren te ontdekken en dat daarom diens verwijtbare onwetendheid aan de verkoper had moeten worden toegerekend. Het hof heeft – volgens de koper – ten onrechte de omissie van zijn eigen makelaar wel toegerekend aan de opdrachtgever, maar dezelfde omissie van de makelaar van de verkoper niet. Dat is onjuist en onlogisch. Deze stelling gaat volgens Huydecoper niet op, omdat dat zou leiden tot ‘enigszins paradoxale uitkomsten’. Hij licht dat als volgt toe: “10) Bij de door het hof aanvaarde uitleg, kwam voor risico van de koper de aanwezigheid van gebreken die bij onderzoek, zoals dat redelijkerwijs gevegd mocht worden, vastgesteld zouden zijn – met uitzondering van gebreken die de verkoper kende (of, denk ik, met een door het hof niet toegevoegde nevingedachte: die de verkoper niet kende, terwijl dat hem ernstig te verwijten viel). Zou men nu de voor risico van de verkoper komende categorie gebreken weer (zeer) aanmerkelijk uitbreiden door daar ook die gebreken onder te scharen, voor het niet-opmerken waarvan (niet aan de verkoper maar) aan door deze geraadpleegde deskundigen (enig) verwijt kan worden gemaakt, dan zou het effect van de garantieclausule in belangrijke mate neerkomen op: geven met de ene hand en nemen met de andere. 11) Met de ene hand zou het risico van ontoereikend onderzoek immers geplaatst worden bij de koper; maar met de andere hand zou een zeer groot deel van de relevante gebreken – namelijk die gebreken die door de verkoper ingeschakelde deskundigen bij het van dezen redelijkerwijs te vergen onderzoek hadden behoren op te merken – weer terugkeren bij de verkoper (ook als die verkoper zelf niets van diens onwetendheid omtrent die gebreken te verwijten zou zijn).

Daarbij ligt het bepaald in de rede dat gebreken die de koper bij betrachtning van redelijke zorg had kunnen opmerken óók door de verkoper hadden kunnen worden opgemerkt – het valt immers moeilijk in te zien (zoals het middel met recht benadrukt), dat wat de een niet had mogen ontgaan, voor de ander wel verborgen kon blijven. De risicoverdeling zoals die in de door het hof voor juist gehouden uitleg beoogd zou zijn, zou daarmee dus op (zeer) losse schroeven komen te staan. Het zal duidelijk zijn dat deze aspecten pleiten vóór de uitkomst die het hof voor juist heeft gehouden, en tegen de uitkomsten waar het middel voor opkomt.”

377. Hoezeer de bijzondere omstandigheden van het geval – in het bijzonder de deskundigheid van de koper – een doorslaggevende rol kunnen spelen bij het beoordelen van de vraag waar de (garantie)verplichting van de verkoper om ‘in te staan voor’ normaal gebruik eindigt en de ‘kenbaarheid’ van het gebrek – of de twijfel daaraan – bij de koper begint, wordt duidelijk uit het arrest Rebel/Resim (HR 20 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG8788). In die zaak had de Stichting Personeel- en Kinderfonds KPN (KPF) een bungalowpark te Uddel verkocht aan Rebel Beheer Zeeland, die het had doorverkocht aan Resim e.a. (diverse vennootschappen die zich bezighouden met projectontwikkeling en parkbeheer). Resim was van plan het park te gaan ‘uitponden’ door verkoop van de bungalows aan individuele kopers. In het park was op sommige plaatsen zichtbaar asbest gebruikt. Tussen partijen bestond daarover geen onduidelijkheid. Later bleek echter dat ook in de muren van de bungalows asbest was verwerkt, die onzichtbaar was weggewerkt tussen spaanplaat binnen en metselwerk buiten. In de koopakte tussen Rebel en Resim was zowel de normaalgebruik-clausule opgenomen als de verklaring van verkoper Rebel: “Het is verkoper niet bekend dat zich in het registergoed

asbesthoudende materialen bevinden.” Zie over onbekendheidsverklaringen hierna nr. 378-380.

Zowel de rechtbank als het hof had geoordeeld dat de onzichtbare en dus voor koper niet kenbare asbest via de normaalgebruik-clausule non-conformiteit opleverde. In cassatie sneuvelt dit oordeel op een motiveringsklacht die samenhangt met de omstandigheden van dit geval, waarin de deskundigheid van de koper een bijzondere rol speelt. De Hoge Raad overweegt hierover het volgende: “4.2.4 Rebel heeft in de feitelijke instanties aangevoerd, kort gezegd, dat Resim een professionele koper is, dat de bestuurders van twee van de vennoten van Resim als aannemer, bouwstoffenhandelaar en projectontwikkelaar bij uitstek bekend zijn met de bouwkundige aspecten van bouwmaterialen en ervan op de hoogte waren dat het bungalowpark in de jaren zeventig gebouwd is en dat in die periode veelvuldig asbesthoudend materiaal werd gebruikt in bouwprojecten. In dat verband heeft Rebel betoogd dat de door Resim geconstateerde aanwezigheid van direct zichtbare asbesthoudende materialen gereede twijfel bij haar had moeten wekken omtrent de afwezigheid van niet direct zichtbare asbesthoudende bouwmaterialen, en dat Resim heeft nagelaten om voorafgaand aan de totstandkoming van de koopovereenkomst een nader onderzoek in te stellen naar de eventuele aanwezigheid van asbest of inlichtingen daaromtrent in te winnen of de bouwtekeningen te bestuderen, waaruit zij had kunnen opmaken dat ook in de constructieve delen asbesthoudende of asbestverdachte materialen zijn gebruikt. De onderdelen 2f-k, die zich voor gezamenlijke behandeling lenen, klagen dat het hof, onder meer, de in dit kader op Resim rustende onderzoeksplicht heeft miskend, althans de door Rebel gestelde op Resim rustende onderzoeksplicht op ontoereikende gronden heeft verworpen. Laatstbedoelde klacht is gegrond. Het oordeel van het hof (rov. 5.4 van het tussenarrest) dat Rebel miskent dat het hier gaat om asbesthoudende materialen die door metselwerk en spaanplaat aan het oog zijn onttrokken, en die alleen ontdekt konden worden als een muur was opengehakt, levert onvoldoende grond op voor de verwerping van het betoog van Rebel als hiervoor weergegeven. De klachten van de onderdelen 2f-k behoeven voor het overige geen behandeling. Hetzelfde geldt voor onderdelen 2b en 2d.”

Dus als bij de koper serieuze twijfel behoort te bestaan over de afwezigheid van een gebrek, kan hij geen beroep doen op de contractuele (garantie)verplichting van de verkoper om in te staan voor normaal gebruik van het gekochte, ook niet als dat gebrek op zichzelf in bouwkundig opzicht ‘verborgen’ is en alleen via hak- en breekwerk zichtbaar kan worden. Dit is in lijn met de laatste zin van de algemene goedetrouwbepaling van art. 3:11 BW, die luidt: “Onmogelijkheid van onderzoek belet niet dat degene die goede reden tot twijfel had aangemerkt wordt als iemand die de feiten of het recht behoorde te kennen.” Bovendien bestond in dit geval kennelijk ook de mogelijkheid om het asbest via de bouwtekeningen op het spoor te komen.

377a. Tot besluit van deze paragraaf wijzen wij er nog op dat ook het KNB-model een soort normaalgebruikclausule kent, die echter alleen inhoudt dat de verkoper instaat voor het gebruik dat hij zelf van het verkochte heeft gemaakt, geformuleerd – evenals in het NVM-model - in de negatieve vorm dat hij niet voor ander gebruik instaat.

Deze bepaling zal als een garantie moeten worden opgevat nu deze is opgenomen in artikel 2 met het opschrift 'Garanties van de verkoper'. De beperking in het NVM-model dat verkoper niet instaat voor gebreken die het gegarandeerde gebruik belemmeren als deze voor de koper bekend waren of behoorden te zijn, ontbreekt hier. Dat geldt eveneens voor de beperking in het NVM-model dat de verkoper in geval van overmacht alleen aansprakelijk is voor de herstellkosten en niet voor de gevolgschade. Rechtspraak waarin deze clause een rol speelde, hebben wij niet aangetroffen.

ECLI:NL:PHR:2020:686

Instantie

Parket bij de Hoge Raad

Datum conclusie 10-07-2020

Datum publicatie 21-08-2020

Zaaknummer 19/03174

Inhoudsindicatie

Verbintenissenrecht; koop; art.7:17 BW; non-conformiteit nieuwbouwwoningen wegens lichthinder winteropenstelling tennispark? Mededelingsplicht-onderzoekspllicht?

Conclusie

PROCUREUR GENERAAL

BIJ DE

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Nummer 19/03174

Zitting 10 juli 2020

CONCLUSIE

G.R.B. van Peurseem

In de zaak

1. [eiser 1]

2. [eiser 2]

3. [eiser 3]

4. [eiser 4]

5. [eiser 5]

6. [eiser 6]

7. [eiser 7]

8. [eiser 8]

9. [eiser 9]

10. [eiser 10]

11. [eiser 11]

12. [eiseres 12]

(hierna per opvolgend tweetal: [eisers 1+2], [eisers 3+4], [eisers 5+6], [eisers 7+8], [eisers 9+10] respectievelijk [eisers 11+12] en gezamenlijk ook: de Kopers)

eisers tot cassatie

verweerders in voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep

adv. mr. M.J. van Basten Batenburg

tegen

Heijmans Vastgoed B.V.

(hierna: Heijmans)

verweerster in cassatie

eiseres in voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep

adv. mr. M. Littoij

Deze zaak gaat over de aansprakelijkheid van Heijmans jegens de Kopers op grond van non-conformiteit van aan hen verkochte woningen door lichthinder van een belendende tennisbaanverlichting in de wintermaanden. Ook schending van een mededelingsplicht van Heijmans speelt een rol in de zaak. Bij de rechtbank krijgen de Kopers gelijk, bij het hof niet. Volgens het hof heeft Heijmans geen mededelingsplicht geschonden over de beoogde winteropenstelling van het naastgelegen tennispark, omdat niet is voldaan aan het kenbaarheidsvereiste. Het had op de weg van de Kopers gelegen nader onderzoek te doen naar het bestaan van een winteropenstelling en dat hebben zij volgens het hof onvoldoende gedaan. Bij sluiting van de koopovereenkomsten moesten de Kopers er rekening mee houden dat er binnen afzienbare tijd een winteropenstelling zou komen.

In cassatie wordt hier volgens mij deels terecht tegen opgekomen. Over het hoofd lijkt te worden gezien dat de primaire stelling van de Kopers is dat sprake is van non-conformiteit door dermate ernstige lichtoverlast, zodat de woningen ongeschikt zijn voor normaal gebruik.

De klachten van het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep zie ik niet slagen.

1. Feiten en procesverloop¹

1.1 Op 22 mei 2007 is door het college van Burgemeester en Wethouders van [de gemeente] (hierna: de gemeente) [het voorontwerp] vastgesteld (hierna: het voorontwerp). De bedoeling van het voorontwerp was dat [het voorontwerp] ontwikkeld zou worden tot een woningbouwlocatie. Op dat moment was de locatie aan de rand van [de gemeente] nog onbebouwd. In het voorontwerp is – onder meer – opgenomen:

“Tennisvereniging

Direct ten noorden van het plangebied bevindt zich een tennisvereniging met gravelbanen. In de winter is de vereniging gesloten. Voor tennisbanen met verlichting geldt, op basis van de publicatie Bedrijven en Milieuzonering (VNG, 2001), een richtafstand van 50 m. De beoogde woningen bevinden zich op minimaal 45 m van de tennisbanen. De tennisbanen en de dichtstbijzijnde woningen worden echter van elkaar gescheiden door een perceel met bomen van ongeveer 25 m breed, een weg en een groenstrook. De verwachting is dat de beoogde woningbouw geen onaanvaardbare lichthinder van de tennisbanen zal ondervinden. Zonodig worden maatregelen getroffen in de vorm van kappen op de verlichting om de eventuele lichthinder nog meer te beperken. (...”

1.2 Het vigerende [bestemmingsplan] (hierna: het bestemmingsplan) is op 29 januari 1987 in werking getreden. In het bestemmingsplan is het onderhavige gebied als plangebied aangewezen. In de toelichting bij het bestemmingsplan is met betrekking tot de tennisvereniging – onder meer – het volgende opgenomen:

“1.3. Bestaande toestand binnen het plangebied

(...)

Nabij de westelijke begrenzing van het plangebied is het [sportpark] gesitueerd.

Dit park voorziet in een viertal voetbalvelden en een vijftiental tennisbanen met de daartoe benodigde gebouwen.

(...)

2.5.

Sport en recreatie

(...)

Het aan de westzijde van het plangebied gelegen [sportpark] bestaat uit twee delen, te weten een deel ten behoeve van de zogenaamde veldsporten (voetbal) en een deel waarop het gemeentelijke tennispark is gesitueerd. Deze sportvoorzieningen zijn van algemeen gemeentelijk belang. (...”

1.3 Heijmans exploiteert een projectontwikkelings- en vastgoedbedrijf op het gebied van woningbouw. Zij heeft in het kader van [het project](hierna: [het project]) 48 eengezinswoningen te [de gemeente] gerealiseerd, verkocht en geleverd.

1.4 Rijnland Makelaars B.V. en [A] B.V. (hierna: de makelaars) hebben van Heijmans de opdracht gekregen om als verkopende makelaars de woningen in het nieuwbouwproject te verkopen.

1.5 Op 14 juni 2008 heeft een informatiebijeenkomst plaatsgevonden voor de verkoop van de woningen.

1.6 De Kopers hebben in de periode van juli 2008 tot met april 2009 met Heijmans koop- en aannemingsovereenkomsten gesloten met betrekking tot nog te bouwen woningen (hierna: de koopovereenkomsten). De verkoop is via een loting geschied. De woningen zijn gelegen aan de [a-straat] te [de gemeente], direct naast [het tennispark] te [de gemeente] (hierna: het tennispark).

1.7 De woningen zijn uiteindelijk in de periode van 26 mei 2010 tot en met 23 juni 2010 aan de Kopers opgeleverd.

1.8 In oktober 2010 zijn zeven tennisbanen in [het tennispark] omgebouwd van gravel naar all weather-banen. Daarbij is ook de lichtinstallatie aangepast en uitgebreid.

1.9 Naar aanleiding van klachten van de Kopers over overlast van de verlichting op de tennisbanen, heeft de gemeente (Milieu-inspectie van de Afdeling ruimtelijk beheer) Lichtconsult.nl opdracht gegeven om lichtmetingen uit te voeren en de resultaten te toetsen aan de richtlijnen van de Nederlandse Stichting voor Verlichtingskunde (NSVV). De zogenaamde grenswaarden voor lichtemissie zijn onderverdeeld in ecologie-zones: E1 betreft natuurgebieden met een zeer lage omgevingshelderheid, E2 betreft gebieden met een lage omgevingshelderheid (in het algemeen buitenstedelijke en landelijke woongebieden), E3 betreft gebieden met een gemiddelde omgevingshelderheid (in het algemeen woongebieden) en E4 betreft gebieden met een hoge omgevingshelderheid (stedelijke gebieden met intensieve nachtelijke activiteiten). Lichtconsult.nl heeft de [a-straat] te [de gemeente] met aanliggende terreinen en gebouwen aangemerkt als "ecologie-zone E3: Woongebieden met gemiddelde omgevingshelderheid". In het eerste rapport van Lichtconsult.nl zijn enkele overschrijdingen geconstateerd van de grenswaarden voor lichtoverlast. In het tweede rapport van 10 maart 2011 van Lichtconsult.nl is vastgesteld dat uit de metingen is gebleken dat – na het kantelen van de lampen van enkele lichtmasten – de grenswaarden volgens de NSVV-richtlijnen voor de lichtsterkte en de verticale verlichtingssterkte niet worden overschreden.

1.10 Op 25 januari 2011 hebben [eisers 1+2] namens de Kopers een brief aan Heijmans gestuurd waarin – onder meer – is opgenomen:

"Inmiddels zijn bijna alle woningen bewoond en zijn de nieuwe Kopers geconfronteerd met een enorme lichtoverlast welke afkomstig is van de tennisbaanverlichting van de achter de woningen gelegen tennisvereniging [het tennispark].

Deze lichtoverlast komt met name door een openstelling van de tennisvereniging in het winterseizoen.

Tot en met het vorige seizoen was er echter sprake van een wintersluiting van de tennisvereniging, welke wintersluiting een belangrijke waarborg was tegen de overlast van de tennisbaanverlichting.

Van het opheffen van de wintersluiting zijn wij als (toekomstige) Kopers niet op de hoogte gebracht.

Namens de Kopers (...) verzoek ik u mij mede te delen op welk moment en door wie de verantwoordelijken bij Heijmans Vastgoed B.V. op de hoogte zijn gebracht van het opheffen van de wintersluiting van [het tennispark]. (...)"

1.11 Op 18 februari 2011 heeft de projectleider van Heijmans, [betrokkene 1], bij e-mail – onder meer – als volgt geantwoord:

"De lichtoverlast die u ervaart van de tennisvereniging is in principe een kwestie van de gemeente die er voor moet zorgen dat e.e.a. aan de wettelijke eisen voldoet. Natuurlijk lopen wij niet weg voor onze verantwoordelijkheid aangezien wij een huis aan u hebben verkocht. Wij hebben dan ook een lichtonderzoek bekostigd. Later is gebleken dat de lichtsterkte toch meer is dan toegestaan. Naar ik heb begrepen is er door experts overleg geweest en zijn de lampen nu gedraaid om de overlast te beperken (...).

Wij hebben er altijd op aangedrongen dat er bepaalde lampen omgedraaid moesten zijn voordat er opgeleverd zou worden, dit is dan ook gedaan. Dit zodat onze kopers geen overlast zouden ervaren. Teruglezend in de vele verslagen is het omdraaien van de lampen gekoppeld aan het aanleggen van de "winterharde" banen. Wij zijn hier dus van in kennis gesteld maar hebben dit

nooit ervaren als het belangrijkste; het omdraaien van de lichtmasten en het beperken van de overlast heeft namelijk altijd onze prioriteit gehad. (...)"

1.12 Bij besluit van 24 maart 2011 heeft de gemeente een verzoek tot handhaving ten aanzien van het tennispark afgewezen. Het verzoek was ingediend door [eisers 5+6], [eisers 1+2] en [eisers 7+8] De gemeente was van oordeel dat uit het rapport van Lichtconsult.nl volgde dat de lichtmasten van de tennisvereniging voldeden aan de NSVV-richtlijnen. Bij beslissing op bezwaar van 14 februari 2012 heeft de gemeente de bezwaren van de desbetreffende Kopers ongegrond verklaard.

1.13 Een aantal van de Kopers heeft op 30 maart 2011 met de verantwoordelijke wethouder, de projectleider [het voorontwerp]-[het project] ([betrokkene 2]) en een notuliste gesproken. In de notulen van het gesprek is – onder meer – opgenomen:

"(...)

Raadsbrieven

Buurtbewoners hebben twee brieven aan de gemeenteraad geschreven in verband met lichthinder van de lichtmasten van de tennisvereniging. (...)

In de reactie wordt o.a. uitgelegd dat het voorontwerp-bestemmingsplan geen juridische status heeft. Daarom moet gekeken worden naar het vigerende bestemmingsplan. Op grond van het vigerende bestemmingsplan was de aanleg van tennisbaan 7 toegestaan. Volgens [eiser 7] heeft het voorontwerp-bestemmingsplan wel een juridische status. (...)

Winteropening tennisvereniging

Door de winteropening van de tennisvereniging is de lichthinder erger volgens [eiser 7]. Hij verwijst naar het voorontwerp-bestemmingsplan. Daarin staat dat de tennisvereniging in de winter is gesloten. Daarnaast geeft [betrokkene 3] aan dat jaren geleden een vergunning verleend is aan de tennisvereniging, zodat deze het hele jaar open mag zijn. Zij vindt het daarom raar dat in het ontwerp-bestemmingsplan staat dat de tennisvereniging 's winters niet open is. (...)

[betrokkene 2] legt uit dat het voorontwerp-bestemmingsplan geen juridische status heeft en dat het "oude" bestemmingsplan daarom geldt. (...)

De wethouder stelt dat het oude bestemmingsplan geldend is en hier geen wijziging op doorgevoerd is. Daarnaast geeft [betrokkene 2] aan dat Heijmans ruim vóór 2008 mondeling op de hoogte is gesteld van het feit dat er 's winters getennist zou worden. Dit is voor het eerst op schrift teruggevonden in notulen (actielijst) van eind 2008. (...).

De bewoners hadden expliciet naar de (...) opening van de tennisvereniging gevraagd bij de makelaar. Deze zei dat er 's winters niet getennist zou worden. (...)"

1.14 Bij brieven van 19 maart 2012 hebben de Kopers Heijmans, de makelaars en de gemeente (hierna: Heijmans c.s.) aansprakelijk gesteld voor de schade die zij hebben geleden en nog zullen lijden.

1.15 Heijmans c.s. hebben hierop ieder afzonderlijk gereageerd en elke aansprakelijkheid van de hand gewezen. Heijmans heeft, voor zover relevant, het volgende geschreven:

"(...) In juni 2008 is de verkoop van de woningen in de eerste fase van [het project] gestart. Op de contracttekeningen zijn de tennisbanen duidelijk weergegeven. Heijmans Vastgoed B.V. is tijdens een overleg met de gemeente op 19-11-08 ervan op de hoogte gebracht dat als gevolg van de aanleg van winterharde banen de lampen vervangen/gedraaid moesten worden om lichtoverlast voor de nabij gelegen woningen te voorkomen. Er staat tevens genoemd in het verslag van dit overleg dat aanleg van de winterbanen niet op korte termijn zou gebeuren. Heijmans Vastgoed B.V. heeft altijd het standpunt verkondigd dat haar kopers geen lichtoverlast zouden mogen ondervinden van de lampen van de tennisbanen, uitgaande van de (objectieve) wettelijke normen.

De lampen dienden dan ook vervangen/gedraaid te zijn vóór de oplevering van de eerste woning in fase 1. (...)."

1.16 In eerste aanleg² hebben de Kopers voor zover in cassatie van belang een verklaring voor recht gevorderd dat Heijmans jegens de Kopers aansprakelijk is voor de door Kopers geleden en nog te lijden schade, welke schade nader dient te worden opgemaakt bij staat en te vereffenen volgens de wet en met veroordeling van Heijmans in de proceskosten³.

1.17 De rechtbank heeft de vordering tegen Heijmans toegewezen. De rechtbank heeft geoordeeld dat ten aanzien van de woningen van de Kopers sprake is van non-conformiteit. De mate van lichthinder zoals deze door de Kopers in de wintermaanden wordt ondervonden, acht de rechtbank van zodanige aard dat de verkochte woningen niet de eigenschappen bezitten die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan de Kopers de aanwezigheid niet behoeften te betwijfelen (rov. 4.3). In dat kader heeft de rechtbank (ook) geoordeeld dat Heijmans een op haar rustende mededelingsplicht heeft geschonden door de Kopers niet te informeren over de voorgenomen ombouw van de tennisbanen naar *all-weather*-banen (rov. 4.5); Heijmans kan zich daarom niet op een mogelijke schending van de onderzoeksplicht door Kopers beroepen (in rov. 4.4-4.11). De rechtbank heeft verder vastgesteld dat er sprake is van langdurige lichthinder met een hoge intensiteit (in rov. 4.12-4.13).

Voor zover in cassatie van belang heeft de rechtbank daartoe als volgt overwogen:

"Lichthinder

4.12. In het kader van de beoordeling of sprake is van non-conformiteit van de woningen van de Kopers, is voorts de aard en omvang van de gestelde lichthinder van belang. De rechtbank stelt vast dat de sprake is van langdurige lichthinder met een hoge intensiteit, namelijk tijdens de wintermaanden van oktober tot en met maart, iedere dag (behalve zondag) vanaf 17.00 uur tot 23.00 uur. Gedurende die periode is het vanaf 17.00 uur al donker. De Kopers hebben tijdens de voortgezette comparitie onweersproken verklaard dat het gaat om 44 lampen die de tennisbanen moeten verlichten, en die op relatief korte afstand tot de woningen staan en daarmee zorgen voor ernstige lichtoverlast. De lampen zijn niet voorzien van kappen om de lichtintensiteit te dempen, evenmin is tijdens de wintermaanden sprake van een dempend bladerdek van de nabijgelegen bomen. Ook zijn er geen andere beschermende maatregelen getroffen. Eén van de Kopers ([eiser 7]) heeft ter comparitie een foto getoond met daarop de verlichting, genomen vanaf de eerste verdieping van de woning (in de slaapkamer). Heijmans heeft de getrouwheid van die foto niet weersproken. De rechtbank heeft uit eigen waarneming kunnen constateren dat op die foto sprake was van een verblindend licht dat de woning(en) inschijnt.

4.13. De mate en ernst van lichthinder in relatie tot de ligging van de woningen worden verder gedeeltelijk onderschreven in het rapport van Lichtconsult.nl en het deskundigenbericht van de STAB. Opvallend in dit verband is dat STAB in het deskundigenbericht gemotiveerd heeft uiteengezet dat moet worden uitgegaan van grenswaardegebied E2, dat overeenkomt met een buitenstedelijk en landelijk woongebied. STAB heeft geconcludeerd dat de normering zoals die door de Gemeente op advies van Lichtconsult.nl is gehanteerd (namelijk E3) eigenlijk niet past bij de landelijke omgeving van de woningen. Lichtconsult.nl heeft het gebied [het project] ingedeeld als stedelijk gebied E3, waarmee de grenswaarde voor de lichtsterkte bijna tweemaal hoger uitvalt dan wanneer wordt uitgegaan van E2. De rechtbank volgt het deskundigenbericht van STAB in dit opzicht en leidt daaruit af dat de Kopers mochten verwachten dat zij een woning kochten in een buitenstedelijke en landelijke omgeving. Het gaat er in deze kwestie immers om wat de Kopers mochten verwachten toen zij de woningen kochten. Ten aanzien van de getrouwheid van het tweede rapport van Lichtconsult.nl overweegt de rechtbank dat de Kopers gemotiveerd en onweersproken hebben gesteld dat Lichtconsult.nl bij de tweede test (nadat enkele lichtkappen waren gedraaid) niet alle woningen heeft bezocht of opnieuw heeft uitgemeten. De rechtbank volgt de conclusies uit dit rapport om die reden niet."

1.18 Heijmans is met zeven grieven in hoger beroep gekomen en de Kopers hebben verweer gevoerd in appel.

1.19 In het bestreden arrest van 9 april 2019 heeft het hof de vordering van de Kopers afgewezen. Voor zover in cassatie van belang is daartoe het volgende overwogen:

“4.2. Heijmans heeft in haar grieven allereerst aan de orde gesteld dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat sprake is van non-conformiteit van de woningen van de Kopers.

4.3. Op grond van art. 7:17 lid 1 BW moet de verkoper een zaak leveren die aan de overeenkomst beantwoordt. Een zaak beantwoordt niet aan de overeenkomst (en is daarmee ‘non-conform’) indien de zaak, gelet op de aard van de zaak en de mededelingen die de verkoper over die zaak heeft gedaan, niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. De koper mag verwachten dat de zaak de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen, zo bepaalt art. 7:17 lid 2 BW. Daarbij hoeft het niet alleen te gaan om eigenschappen van de zaak. Ook daarbuiten gelegen factoren kunnen mede van invloed zijn op de vraag of de zaak aan de overeenkomst beantwoordt.

4.4. In dit verband rijst allereerst de vraag of Heijmans als verkoper van de woningen gehouden was de Kopers te informeren over de voorgenomen winteropenstelling van het tennispark. Op grond van artikel 7:17 BW rust op de verkoper een mededelingsplicht indien hij beschikt of behoort te beschikken over bepaalde informatie en begrijpt of moet begrijpen dat hij deze informatie aan de koper moet geven om te voorkomen dat de koper zich over bepaalde punten een onjuiste voorstelling zou maken. Of op de verkoper ten tijde van het sluiten van de overeenkomst een mededelingsplicht rustte, is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval. Daarbij moet in ogenschouw worden genomen dat de regel juist ertoe strekt ook aan een onvoorzichtige koper bescherming te bieden tegen de nadelige gevolgen die zijn veroorzaakt door het verzwijgen van relevante gegevens.

4.5. Ook indien met de Kopers wordt aangenomen dat Heijmans ten tijde van het sluiten van de koopovereenkomsten (of de levering van de woningen) wist dat de tennisvereniging een winteropenstelling wilde realiseren – Heijmans heeft dit bestreden –, rustte op Heijmans alleen dan een mededelingsplicht jegens de Kopers als het voor haar voldoende kenbaar was dat een winteropenstelling van wezenlijk belang voor hen was. De stelplicht hiervan en de bewijslast bij betwisting rusten op de Kopers. Daarbij is van belang dat de Kopers niet gemeenschappelijk hebben gehandeld; de koopovereenkomsten zijn tot stand gekomen in de periode van juli 2008 tot en met april 2009. Voor [eisers 1+2], [eisers 3+4], [eisers 5+6], [eisers 7+8], [eisers 9+10], en [eisers 11+12] dient afzonderlijk te worden onderbouwd dat zij Heijmans op de hoogte hebben gesteld dat de mogelijkheid van een (toekomstige) winteropenstelling voor ieder van hen cruciaal was. Dat dit zo was, is in het licht van de gemotiveerde betwisting door Heijmans onvoldoende concreet onderbouwd. De Kopers hebben weliswaar gesteld dat de winteropenstelling in verband met de avondverlichting van essentieel belang was voor hun beslissing om de respectieve koopovereenkomsten al dan niet te sluiten, maar dat zij dit ook op enig moment aan Heijmans duidelijk hebben gemaakt volgt niet uit hun stellingen, noch uit de gedingstukken. Dat de Kopers hierover met Heijmans hebben gesproken is door Heijmans gemotiveerd weersproken en niet nader feitelijk onderbouwd. Deze wetenschap kan ook niet worden ontleend aan de stelling van de Kopers dat zij bij de makelaars hebben geïnformeerd naar de wintersluiting van het tennispark. Ook indien van de juistheid van deze stelling wordt uitgegaan – de makelaars hebben dit in eerste aanleg bestreden – betekent dit nog niet dat het ook voor Heijmans duidelijk was dat de winteropenstelling van cruciaal belang was.

4.6. De Kopers hebben evenmin feiten en omstandigheden aangedragen waaruit volgt dat het voor Heijmans duidelijk had moeten zijn dat de winteropenstelling in verband met de avondverlichting voor hen van belang was. De Kopers hebben in dit verband nog een beroep gedaan op het onder 4.10 van het eindvonnis gegeven oordeel dat uit de stukken en verklaringen van de Kopers volgt

dat Heijmans had moeten weten dat de winteropenstelling voor hen van essentieel belang was om de koopovereenkomsten (al dan niet) te sluiten. Het hof is echter van oordeel dat uit de gedingstukken en verklaringen van de Kopers hoogstens kan worden afgeleid dat een winteropenstelling voor de Kopers van belang was, maar niet of dit ook voor Heijmans voldoende duidelijk was. De stelling van de Kopers dat Heijmans de winteropenstelling voor Kopers heeft achtergehouden, omdat bekendheid van dit feit de verkoop van de woningen geen goed zou doen, is onvoldoende onderbouwd. De enkele omstandigheid dat in de notulen van de algemene ledenvergadering van [het tennispark] van maart 2008 is opgenomen dat de gemeente destijds geen toestemming wilde geven voor meer lichtfaciliteiten omdat de gemeente vrees had dat dan de verkoop van de nieuwbouwwoningen gevaar zou lopen, acht het hof een ontoereikende onderbouwing dat ook Heijmans daar van uit ging. Dit oordeel brengt mee dat op Heijmans geen verplichting rustte om de Kopers eigener beweging te informeren over de beoogde winteropenstelling. Indien het bestaan van een winteropenstelling van zo wezenlijk belang was als de Kopers stellen, had het op hun weg gelegen daar nader onderzoek naar te doen, bijvoorbeeld door navraag te doen bij de tennisvereniging. Voor zover de Kopers menen dat zij voldoende onderzoek hebben gedaan door kennis te nemen van de inhoud van het voorontwerp, volgt het hof hen hierin niet. Aan dit voorontwerp, dat niet het karakter heeft van een besluit, konden de Kopers niet de gerechtvaardigde verwachting ontlenen dat er geen winteropenstelling zou komen.

4.7. Voor het antwoord op de vraag of de afgeleverde zaak aan de overeenkomst beantwoordt in een geval waarin een gebrek pas na de koop (of levering) ontstaat, is (ook) van belang of de koper al dan niet behoefde te verwachten dat het gebrek op enig moment na de koop zou ontstaan. Heijmans heeft op basis van dit uitgangspunt terecht aangevoerd dat de Kopers er ten tijde van het sluiten van de koopovereenkomsten rekening mee moesten houden dat er binnen afzienbare tijd een winteropenstelling zou komen. Op het tennispark stonden immers al lichtmasten en enkele jaren voor het sluiten van de koopovereenkomsten was al een vergunning verleend voor een winteropenstelling op het tennispark.

4.8. Deze overwegingen leiden tot de conclusie dat het beroep op de non-conformiteit niet kan slagen.

(...)

4.11 Het hof passeert de bewijsaanbiedingen van de Kopers, nu geen gespecificeerd bewijs is aangeboden van feiten die, indien bewezen, kunnen leiden tot een andere beslissing.

4.12 Uit het bovenstaande volgt dat de grieven gedeeltelijk slagen. Het hof zal het vonnis van de rechtbank vernietigen. De vordering van de Kopers zal alsnog worden afgewezen.

Dit brengt mee dat de grieven voor het overige geen bespreking meer behoeven. De Kopers zullen worden veroordeeld tot terugbetaling van hetgeen ter uitvoering van het vonnis is betaald. Zij zullen bovendien als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten van beide instanties."

1.20 De Kopers hebben tijdig cassatieberoep ingesteld. Heijmans heeft geconcludeerd tot verwerping van het principaal cassatieberoep en heeft voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. De Kopers hebben geconcludeerd tot verwerping van het incidenteel cassatieberoep. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk laten toelichten, waarna is gedupliceerd.

2 Bespreking van het principaal cassatieberoep

Inleiding

2.1

Het cassatiemiddel richt zich tegen rov. 4.3-4.8, 4.11 en het dictum, waarin het hof heeft geoordeeld dat het beroep van de Kopers op non-conformiteit niet slaagt. Het bestaat uit drie onderdelen (nrs. 1.1-3.1) met subonderdelen.

Onderdeel 1.1 en *onderdeel 2.1* klagen over het oordeel over art. 7:17 BW in rov. 4.3-4.8.

Onderdeel 3.1 klaagt dat het hof (impliciet) een rechtens onjuiste stelplicht en/of bewijslast heeft aangenomen die op de Kopers zou rusten.

2.2

Hierbij moet het volgende voorop worden gesteld⁴. Titel 1 van Boek 7 BW bevat de koopregeling. Art. 7:17 lid 1 BW bepaalt dat de afgeleverde zaak aan de overeenkomst moet beantwoorden. Is dit niet het geval, dan is er sprake van non-conformiteit. De bepaling ziet op materiële gebreken van de zaak: feitelijke verschillen tussen de overeenkomst en de afgeleverde zaak⁵. De bepaling is van regeland recht, tenzij het gaat om consumentenkoop (art. 7:6 lid 1 BW).

2.3

De afgeleverde zaak moet op het moment van de aflevering aan de overeenkomst beantwoorden⁶. De omstandigheid dat een gebrek pas na de koop is ontstaan, sluit niet uit dat de zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt op de grond dat koper niet behoefde te verwachten dat een dergelijk gebrek binnen een bepaalde tijd na aankoop zou ontstaan⁷.

2.4

Art. 7:17 lid 2, eerste volzin, BW omschrijft wanneer de zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt en er dus sprake is van non-conformiteit: een zaak beantwoordt niet aan de overeenkomst indien zij, mede gelet op de aard van de zaak en de mededelingen die de verkoper over de zaak heeft gedaan, niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. Bepalend is dus het gerechtvaardigde verwachtingspatroon van de koper omtrent de eigenschappen van de zaak⁸. Hetgeen de koper aan eigenschappen van de gekochte zaak mag verwachten (op het moment van contracteren) hangt af van alle relevante omstandigheden van het geval⁹. Relevante gezichtspunten zijn¹⁰: de aard van de zaak; de hoogte van de prijs; het soort winkel waarin de zaak is verkocht; de omstandigheden waaronder de koop plaatsvond, de deskundigheid van koper en verkoper en de mededelingen die de verkoper over de zaak heeft gedaan¹¹.

2.5

De verwachtingen van de koper ten aanzien van de eigenschappen van de zaak zullen dus mede worden bepaald door eventuele mededelingen die de verkoper daaromtrent heeft gedaan¹². In de regel mag de koper afgaan op de mededelingen van de verkoper. Althans voor zover deze mededelingen zodanig specifiek, serieus en vertrouwenwekkend waren dat de koper daarop in redelijkheid mocht afgaan¹³. Voor het antwoord op de vraag welke eigenschappen de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten, is niet alleen van belang van welke eigenschappen de verkoper is uitgegaan en hetgeen hij daarover aan de koper heeft meegedeeld, maar ook wat koper ten tijde van sluiten overeenkomst wist dan wel redelijkerwijs had kunnen weten¹⁴.

2.6

Art. 7:17 lid 2, tweede volzin, BW omschrijft nader wat de koper op grond van de overeenkomst mag verwachten: de koper mag verwachten dat de zaak de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen, alsmede de eigenschappen die nodig zijn voor een bijzonder gebruik dat bij de overeenkomst is voorzien. Het gerechtvaardigde verwachtingspatroon van de koper wordt aldus nader geconcretiseerd voor het gebruik dat van de zaak zal worden gemaakt¹⁵. Dit betreft geen limitatieve invulling: ook zonder ongeschiktheid voor normaal of bijzonder gebruik kan er sprake kan zijn van non-conformiteit¹⁶.

2.7

Bij de vraag of sprake is van (non-)conformiteit wordt veelal betekenis toegekend aan de onderzoeksplicht van de koper en de mededelingsplicht van de verkoper¹⁷. Of op de koper en de

verkoper een onderzoeksplicht respectievelijk mededelingsplicht rust hangt ook af van alle relevante omstandigheden van het geval¹⁸. Ik noemde hiervoor al een aantal relevante gezichtspunten in 2.4.

2.8

In gevallen van non-conformiteit kan de mededelingsplicht van de verkoper een rol spelen¹⁹. Indien de verkoper beschikt of behoort te beschikken over bepaalde informatie en begrijpt of moet begrijpen dat hij deze informatie aan de koper moet geven om te voorkomen dat deze zich over bepaalde punten een onjuiste voorstelling zou maken, heeft de verkoper een mededelingsplicht²⁰. Indien de verkoper een op hem rustende mededelingsplicht heeft geschonden, dan kan hij zich in het algemeen niet met succes tegen een beroep op non-conformiteit verweren door aan te voeren dat de koper zijn onderzoeksplicht heeft geschonden²¹.

2.9

De onderzoeksplicht van de koper hangt samen met zijn verwachtingen²². De koper mag alleen die eigenschappen verwachten waarvan hij de aanwezigheid niet behoeft te betwijfelen. Indien de koper twijfelt dan wel behoort te twijfelen, dan is de koper gehouden zelf onderzoek te (laten) doen²³. Bij niet-naleving van zijn onderzoeksplicht komt de koper geen beroep op non-conformiteit toe²⁴. Het schenden van de onderzoeksplicht door de koper zal in het algemeen niet aan de koper kunnen worden tegengeworpen door een verkoper die op het bewuste punt zijn mededelingsplicht heeft geschonden (vgl. hiervoor in 2.8).

2.10

Art. 7:17 lid 5, eerste volzin, BW bepaalt dat de 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 zijn²⁵. Deze blokkeringsbepaling voor kennisgevallen is in de wet gekomen bij de implementatie van Richtlijn 1999/44/EG (art. 2 lid 3) en geldt voor alle kooptypen²⁶. Het redelijkerwijs bekend kunnen zijn uit lid 5 van de conformiteitsbepaling moet in de woorden van Hijma "bescheiden worden opgevat" ("blokkering voor een extreem geval") en legt krachtens de bedoeling van de regering (hier) geen onderzoeksplicht op de koper, maar voorkomt dat de koper zich er op beroept dat hem het gebrek onbekend was terwijl het gebrek hem vrijwel onmogelijk kon zijn ontstaan²⁷.

De klachten

2.11

Onderdeel 1.1 richt zich met rechts- en motiveringsklachten tegen het oordeel van het hof over art. 7:17 BW in rov. 4.3-4.8 dat het beroep van de Kopers op de non-conformiteit niet slaagt. De uitwerking volgt in de subonderdelen 1.1.1-1.1.4.

2.12

Subonderdeel 1.1.1 klaagt dat het hof in zijn overwegingen heeft miskend dat de non-conformiteit van een zaak in de zin van art. 7:17 BW niet alleen wordt bepaald door, of afhankelijk is van, een op de verkoper rustende mededelingsplicht, althans van mededelingen van de verkoper, maar van het normaal gebruik van de zaak en de verwachtingen die de koper ten tijde van de aankoop mocht koesteren. Het rechtsgevolg van non-conformiteit kan intreden ook zonder dat sprake is van schending van een mededelingsplicht van de verkoper. Door zich te beperken tot de vraag of verkoper Heijmans al dan niet een op haar rustende mededelingsplicht heeft geschonden, geeft het hof blijk van een onjuiste, want te beperkte maatstaf. Een schending van een mededelingsplicht door een verkoper levert niet zonder meer een (voldoende) voorwaarde op voor het optreden van het beoogde rechtsgevolg, hoewel een dergelijke schending een omstandigheid kan zijn op grond waarvan dat rechtsgevolg kan intreden. In de overwegingen van het hof ligt een te strikte lezing van de rechtsregel van art. 7:17 BW besloten, omdat het hof in rov. 4.4-4.6 niet toetst aan alle aangevoerde omstandigheden van het geval, en zijn beslissing in essentie baseert

op de vraag of Heijmans een mededelingsplicht heeft geschonden. Ook zonder een schending van een dergelijke op Heijmans rustende mededelingsplicht kan echter sprake zijn van non-conformiteit.

Subonderdeel 1.1.2 voert aan dat het voorgaande, mede in samenhang gelezen met rov. 4.7, er evengoed toe leidt dat geconcludeerd moet worden dat het hof van een onjuiste rechtsopvatting van art. 7:17 BW uitgaat, omdat het hof in rov. 4.7 slechts de verwachtingen van de koper(s) bespreekt, en niet (eerst) beoordeelt of sprake is van de mogelijkheid van normaal gebruik van de geleverde zaak. Daarbij is de motivering van rov. 4.7 ook op zichzelf gezien onjuist, omdat in die overweging niet aangesloten wordt bij de juiste maatstaf, namelijk die van het in acht nemen van alle omstandigheden van het geval, zoals toetsing aan art. 7:17 BW vereist.

Subonderdeel 1.1.4 klaagt dat het oordeel van het hof in rov. 4.4-4.7 onbegrijpelijk is, omdat het hof hierin niets opmerkt over het van de zijde van de Kopers gestelde niet mogelijke normale gebruik van de zaak, terwijl het gaat om een essentiële stelling uit de gedingstukken.

2.13

Samengevat begrijp ik deze klachten zo: het oordeel in rov. 4.3-4.8 dat het beroep op non-conformiteit niet slaagt is onjuist, althans kleeft daar een motiveringsgebrek aan, nu daarin niet voldoende kenbaar de essentiële stelling van de Kopers is betrokken dat hier sprake is van non-conformiteit in de vorm van het niet bezitten van de eigenschappen die voor normaal gebruik van woningen nodig zijn wegens de objectief gezien ernstige lichthinder door de winteropenstelling van het naastgelegen tennispark.

2.14

Dat lijkt mij doel te treffen.

We zagen hiervoor in 2.2-2.10 dat voor conformiteit beslissend is het gerechtvaardigde verwachtingspatroon van de Kopers over de eigenschappen van de woningen. En wat de Kopers aan eigenschappen mogen verwachten op het moment van contracteren hangt af van alle relevante omstandigheden van het geval. De Kopers mochten verwachten dat de woningen de eigenschappen bezaten die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan zij de aanwezigheid niet behoeften te betwijfelen (art. 7:17 lid 2, tweede volzin, BW).

2.15

In feitelijke instanties hebben de Kopers gesteld dat er sprake is van non-conformiteit door de structurele en objectief ernstige lichthinder als gevolg van de winteropenstelling van het tennispark, zodat de woningen niet de eigenschappen bezaten die voor een normaal gebruik nodig zijn²⁸. De Kopers hebben verder ook gesteld dat Heijmans een op haar rustende mededelingsplicht heeft geschonden door hen niet te informeren over de voorgenomen winteropening van het tennispark²⁹.

2.16

Wij zagen dat de rechtbank op de volgende manier tot een non-conformiteitsoordeel kwam.

De mate van lichthinder zoals deze door de Kopers in de wintermaanden wordt ondervonden is van zodanige aard dat de verkochte woningen niet de eigenschappen bezaten die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan de Kopers de aanwezigheid niet behoeften te betwijfelen (rov. 4.3). *In dat kader* heeft de rechtbank geoordeeld dat Heijmans een op haar rustende mededelingsplicht heeft geschonden door de Kopers niet te informeren over de voorgenomen ombouw van de tennisbanen naar *all-weather*-banen in rov. 4.10 (hetgeen iets anders is dan van de voorgenomen winteropening van het tennispark³⁰), zodat Heijmans zich niet op een mogelijke schending van de onderzoeksplicht door de Kopers kan beroepen (rov. 4.4-4.11). De rechtbank heeft verder vastgesteld dat sprake is van langdurige lichthinder met een hoge intensiteit (rov. 4.12-4.13).

2.17

De aanvliegroute van het hof is een andere en focust met name op al dan geen schending van een mededelingsplicht van verkoper Heijmans of een onderzoeksplicht van de Kopers. Volgens het hof heeft Heijmans geen mededelingsplicht geschonden over de beoogde winteropenstelling van het naastgelegen tennispark, omdat niet is voldaan aan het kenbaarheidsvereiste (rov. 4.5-4-6)³¹. Het had op de weg van de Kopers gelegen nader onderzoek te doen naar het bestaan van een winteropenstelling, hetgeen zij onvoldoende hebben gedaan (rov. 4.6, slot). Ten tijde van het sluiten van de koopovereenkomsten moesten de Kopers er volgens het hof rekening mee houden dat er binnen afzienbare tijd een winteropenstelling zou komen (rov. 4.7). Doordat er volgens het hof geen sprake is van schending van een mededelingsplicht van Heijmans, maar wel van een onderzoeksplicht van de Kopers, loopt de zaak in appel anders af.

2.18

Maar daarmee lijkt mij inderdaad het eerste deel van de in 2.15 omschreven stellingen van de Kopers ter onderbouwing van non-conformiteit onvoldoende kenbaar in de beoordeling betrokken. Dat betreft dus de stelling dat de woningen niet geschikt zijn voor normaal gebruik door de gestelde lichtoverlast van het tennispark. Daardoor missen de woningen volgens de Kopers de eigenschappen die voor normaal gebruik nodig zijn en dat levert non-conformiteit op. Of er volgens het hof sprake is van een dergelijke voor normaal gebruik van de woningen niet geschikt zijnde lichthinder volgt niet uit het arrest, terwijl het een essentiële stellingname van de Kopers is voor hun non-conformiteitscasus.

Door dit zo aan te vliegen zijn volgens mij de regels van art. 7:17 leden 1 en 2 BW verkeerd toegepast. Die stellen immers voorop dat de afgeleverde zaak aan de overeenkomst moet voldoen, met als negatieve omschrijving voor zover voor onze zaak van belang dat daarvan geen sprake is bij het missen van die eigenschappen die de koper volgens de overeenkomst mocht verwachten, te weten die noodzakelijk zijn voor normaal gebruik van de zaak waarvan de koper de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen.

2.19

Daarbij lijkt mij relevant dat het oordeel van het hof dat de Kopers er rekening mee moesten houden dat er binnen afzienbare tijd een winteropenstelling zou komen (rov. 4.7) op zichzelf nog niet betekent dat zij er óók rekening mee moesten houden dat als gevolg van deze winteropenstelling er sprake zou zijn van zodanige lichthinder dat die aan het normaal gebruik van de woningen in de weg zou gaan staan. Alleen wanneer hierin een impliciet oordeel van het hof moet worden gelezen dat de Kopers dus ook ernstige lichthinder konden verwachten en daarmee impliciet de essentiële stelling is verworpen dat deze lichthinder de woningen ongeschikt maakte voor normaal gebruik, zou dit rond kunnen lopen, maar ik vind dat een te welwillende lezing. Het hof heeft zich in de hier aangevallen overwegingen in essentie beperkt tot de vraag of er sprake was van een mededelingsplicht van Heijmans aan de Kopers over de winteropenstelling. Ook als daarin een uitwerking van art. 7:17 lid 5 BW (vgl. hiervoor in 2.10, "blokkering voor een extreem geval" in de woorden van Hijma) zou moeten worden gezien, lijkt mij dat niet juist uitgewerkt door het hof.

2.20

Althans is hier dan minst genomen geen toereikend gemotiveerd oordeel gegeven lijkt mij, gelet op het betoog van de Kopers dat de ernstige lichthinder de woningen voor normaal gebruik ongeschikt maakte. Wanneer het hof wel heeft geoordeeld over dit ongeschikt zijn voor normaal gebruik door lichthinder en/of een uitwerking heeft gegeven van art. 7:17 lid 5 BW, is onvoldoende kenbaar in het arrest waarom het hof anders dan de rechtbank oordeelt dat de lichthinder niet zodanig is dat de woningen niet de eigenschappen bezitten nodig voor normaal

gebruik en/of waarom het de Kopers niet kon zijn ontgaan dat sprake zou gaan zijn van dergelijke ernstige lichthinder door de winteropenstelling van het naastgelegen tennispark.

2.21

Dit bekent dat ik de subonderdelen 1.1.1, 1.1.2 en/of 1.1.4 doel zie treffen.

2.22

Zou ik dat goed zien, dan hoeft niet te worden toegekomen aan de overige principale cassatieklachten, zodat de nu volgende bespreking daarvan dan in wezen ten overvloede is.

2.23

Subonderdeel 1.1.3 klaagt dat voor zover het hof in rov. 4.4-4.6 (impliciet) een onderzoeksplicht voor de Kopers heeft aangenomen, dit oordeel onjuist is omdat art. 7:17 BW geen onderzoekplicht op de koper vestigt (*eerste rechtsklacht*). Dat geldt volgens de klacht ook voor het "kenbaarheidsvereiste" waarvan rov. 4.5 melding maakt, in die zin dat alleen dan een mededelingsplicht op Heijmans rustte als het voor Heijmans voldoende kenbaar was dat een winteropenstelling van wezenlijk belang voor de Kopers was (*tweede rechtsklacht*). Op een koper rust in het kader van een beroep op non-conformiteit ex art. 7:17 BW geen onderzoekplicht en ook geen plicht om wezenlijke belangen kenbaar te maken aan de verkoper. Door dergelijke eisen echter wel (impliciet) aan de Kopers te stellen geeft het hof blijk van een onjuiste rechtsopvatting over de conformiteitsbepaling doordat het een te strikte maatstaf toepast.

2.24

De voorwaarde waaronder de eerste rechtsklacht is geformuleerd doet zich volgens mij hier voor, nu uit rov. 4.6 volgt dat het hof van oordeel is dat er op de Kopers een onderzoeksplicht rustte ten aanzien van het bestaan van een winteropenstelling van het tennispark. De eerste rechtsklacht zie ik echter niet opgaan. In het kader van art. 7:17 BW kan onder omstandigheden wel degelijk een onderzoeksplicht op de koper rusten (zie hiervoor in 2.7 en 2.9). Daar ketst de eerste rechtsklacht op af.

2.25

Uit art. 6:228 lid 1 aanhef en sub b BW volgt dat, toegespitst op koop, een onder invloed van dwaling tot stand gekomen koopovereenkomst vernietigbaar is indien de verkoper in verband met hetgeen hij omtrent de dwaling wist of behoorde te weten, de koper had behoren in te lichten. *In het kader van dwaling* is een mededelingsplicht van de verkoper alleen aan de orde indien aan een aantal voorwaarden is voldaan. Een van die voorwaarden is het vereiste dat de verkoper wist, althans behoorde te weten, dat de eigenschap/omstandigheid ter zake waarvan wordt gedwaald voor de koper van essentieel belang was (hierna ook: het kenbaarheidsvereiste)³². Deze basisvoorwaarden, waaronder het kenbaarheidsvereiste, hebben overeenkomstige betekenis voor de mededelingsplicht van de verkoper *in het kader van non-conformiteit*³³. Indien de verkoper niet op de hoogte is of kan zijn dat bepaalde zaken voor de koper van essentieel belang zijn, zal dus geen mededelingsplicht aangenomen kunnen worden. Uit de bestreden overweging dat alleen dan een mededelingsplicht op Heijmans rustte als het voor haar voldoende kenbaar was dat een winteropenstelling van wezenlijk belang voor de Kopers was (in rov. 4.5), volgt in mijn ogen dat het hof dit heeft onderkend. Ook de tweede rechtsklacht zie ik zodoende niet opgaan.

2.26

Daarbij kan dienstig zijn voor ogen te houden dat we bij de bespreking van subonderdelen 1.1.1, 1.1.2 en 1.1.4 al onder ogen hebben gezien dat rov. 4.4-4.6 zien op de vraag of Heijmans als verkoper van de woningen gehouden was de Kopers te informeren over de voorgenomen winteropenstelling van het tennispark (rov. 4.4 eerste volzin). Deze overwegingen vormen geen beoordeling van de stelling van de Kopers dat er sprake is van non-conformiteit doordat de woningen niet de eigenschappen bezitten die voor een normaal gebruik nodig zijn vanwege de ernstige lichthinder als gevolg van de winteropenstelling van het tennispark. Bij de beoordeling

van die stelling speelt het kenbaarheidsvereiste geen rol. In zoverre is dan wel juist dat in het kader van een beroep op non-conformiteit op de Kopers geen plicht rust om wezenlijke belangen kenbaar te maken aan Heijmans. Het hof heeft dat ook niet miskend, nu rov. 4.4-4.6 over een andere kwestie gaan.

2.27

Subonderdeel 1.1.3 is zodoende tevergeefs voorgesteld.

2.28

Onderdeel 2.1 is een motiveringsklacht voor het geval het hof wel van een juiste maatstaf zou zijn uitgegaan, omdat het oordeel dan onvoldoende begrijpelijk is. Daaraan wordt uitwerking gegeven in de subonderdelen 2.1.1-1.1.3.

2.29

Subonderdeel 2.1.1 klaagt dat het hof in zijn motivering ten onrechte geen onderscheid heeft gemaakt tussen de individuele kopers voor wat betreft de vraag of op de verkoper Heijmans een mededelingsplicht rustte. Als hypothetische feitelijke grondslag geldt dat Heijmans van de winteropenstelling van het tennispark wist in november 2008³⁴ en dat is dan het omslagpunt: die wetenschap leidt tot een mededelingsplicht bij Heijmans volgens de klacht. De woningen zijn verkocht in de periode juli 2008 – februari 2009³⁵, maar het hof heeft alle kopers over een kam geschoren voor de vraag of op Heijmans een mededelingsplicht rustte. Dat is onbegrijpelijk, omdat Heijmans zich na november 2008 niet meer kan beroepen op een gebrek aan kenbaarheid van de kant van de Kopers³⁶, aangezien Heijmans van de winteropenstelling op de hoogte was, en daarmee van de mogelijkheid van lichthinder. Het is in ieder geval onbegrijpelijk dat het hof de wetenschap van Heijmans niet doorslaggevend laat zijn voor het antwoord op de vraag of op Heijmans een mededelingsplicht rustte, althans is dat oordeel door het hof onvoldoende gemotiveerd.

2.30

Dit zorgt na de bespreking van de tweede rechtsklacht van subonderdeel 1.1.3 niet meer voor hoofdbreken. We zagen daar dat alleen dan een mededelingsplicht op Heijmans rust, als het voor haar ook voldoende kenbaar was dat een mogelijke winteropenstelling van wezenlijk belang voor de Kopers was. Dit is een basisvoorwaarde voor het kunnen aannemen van een mededelingsplicht (zie hiervoor in 2.25). De enkele wetenschap van Heijmans van de winteropenstelling per november 2008 leidt dus niet zonder meer tot een mededelingsplicht voor Heijmans. Daar ketsen deze klachten al op af.

2.31

Daar kan nog het volgende aan worden toegevoegd. Uit de bestreden rov. 4.5 en 4.6 volgt volgens mij dat het hof van oordeel is dat de Kopers in het licht van de gemotiveerde betwisting door Heijmans onvoldoende concrete feiten en omstandigheden hebben gesteld waaruit kan worden afgeleid dat in onze zaak aan dit kenbaarheidsvereiste is voldaan. Klaarblijkelijk heeft de gedachte voorgezeten dat de Kopers onvoldoende gemotiveerd hebben gesteld dat Heijmans begreep of moest begrijpen dat de winteropenstelling voor de Kopers van doorslaggevende betekenis was, omdat zij niet onder dezelfde voorwaarden tot koop zouden zijn overgegaan als zij hadden geweten van de winteropenstelling. Het hof heeft daarbij, anders dan het subonderdeel stelt, uitdrukkelijk onder ogen gezien dat de situatie voor ieder koppel kopers³⁷ anders kan zijn. Het hof is aan een inhoudelijke beoordeling van die verschillen echter niet toegekomen, omdat de Kopers hebben nagelaten afzonderlijk te onderbouwen dat zij Heijmans op de hoogte hebben gesteld dat een winteropenstelling voor ieder van hen cruciaal was (rov. 4.5). In zoverre missen de klachten ook feitelijke grondslag, omdat het hof in zijn motivering wel onderscheid heeft gemaakt tussen de individuele kopers voor de vraag of op Heijmans een mededelingsplicht rustte.

2.32

De klachten missen ten slotte nog feitelijke grondslag waar zij tot uitgangspunt nemen dat Heijmans sinds november 2008 wist van mogelijke (onaanvaardbare) *lichtoverlast* als gevolg van de winteropenstelling van het tennispark. Ik kom daar bij de bespreking van subonderdeel 2.1.3 nog op terug (zie hierna in 2.41-2.42).

2.33

Subonderdeel 2.1.2 is een motiveringsklacht tegen rov. 4.7, nu daarin volgens de klacht besloten ligt dat rov. 4.7 (de Kopers moesten er rekening mee houden dat er binnen afzienbare tijd een winteropenstelling zou komen) mededragend is voor de conclusie in rov. 4.8 (dat het beroep op non-conformiteit niet slaagt). De stelling van Heijmans dat de Kopers niet kunnen hebben verwacht dat van een winteropenstelling van de tennisvereniging nooit sprake zou kunnen zijn is ampel toegelicht in de gedingstukken³⁸. Daarbij is er door Heijmans op gewezen dat er op het tennispark (i) lichtmasten aanwezig waren en (ii) er een vergunning was verleend. Het enkele feit dat op een tennispark lichtmasten aanwezig zijn, al dan niet in combinatie met een verleende vergunning voor tennis in de winter, maakt nog niet dat de Kopers moesten verwachten dat er op het tennispark op enig moment een winteropenstelling zou volgen, en ook niet dat die winteropenstelling (mogelijk) tot lichthinder zou leiden.

2.34

Ook deze motiveringsklacht zie ik niet opgaan. Op grond van de in de klacht omschreven stellingen van Heijmans heeft het hof geoordeeld dat de Kopers er bij het sluiten van de koopovereenkomsten rekening mee moesten houden dat er binnen afzienbare tijd een winteropenstelling zou komen. Dat is aan de feitenrechter voorbehouden en niet onbegrijpelijk: de aanwezigheid van lichtmasten in combinatie met een al verleende vergunning voor een winteropenstelling kan een aanwijzing zijn voor een winteropenstelling in de toekomst. De klacht dat bedoelde stellingen niet meebrengen dat de Kopers mogelijk (ook) lichthinder moesten verwachten als gevolg van een winteropenstelling, mist feitelijke grondslag: dát oordeel heeft het hof niet gegeven. Het oordeel ziet volgens mij alleen op de mogelijke winteropenstelling.

2.35

Subonderdeel 2.1.2 klaagt verder nog dat de Kopers wetenschap van de vergunning voor winteropenstelling hebben bestreden³⁹, zodat die stelling van Heijmans over de al verleende vergunning wegens deze betwisting niet zonder meer als feit had mogen worden aangenomen: Heijmans had daar bewijs van moeten aanbieden en door dit als feit ten nadele van de Kopers ten grondslag te leggen aan zijn oordeel, miskent het hof de werking van art. 149 Rv en is de motivering op dit onderdeel rechtens onjuist en tevens onbegrijpelijk.

2.36

Deze klacht kan volgens mij niet tot cassatie leiden, omdat het is gericht tegen een niet zelfstandig dragende grond voor het hofoordeel tot afwijzing van het beroep op non-conformiteit door het hof.

2.37

Subonderdeel 2.1.3 stelt dat de passages in rov. 4.5 en 4.6 over de mededelingsplicht van de verkoper niet aanvaardbaar zijn, omdat het hof onderdelen van het ter zake gevoerde partijdebat niet (voldoende) in zijn overwegingen betreft, zoals het verschil in deskundigheid tussen partijen en de leidende rol die Heijmans had bij het woningbouwproject waar de woningen van de Kopers deel van uitmaakten.

2.38

Deze klacht voldoet niet aan de daaraan te stellen eisen. Onduidelijk is of met de kwalificatie "onaanvaardbaar" een rechtsklacht of een motiveringsklacht is bedoeld⁴⁰. Behalve genoemde voorbeelden, het verschil in deskundigheid tussen partijen en de leidende rol die Heijmans had bij het woningbouwproject, wordt ook niet toegelicht welke onderdelen van het partijdebat niet of onvoldoende door het hof in zijn oordeel zijn betrokken. Van de genoemde voorbeelden ontbreken

vindplaatsen in de processtukken in feitelijke instanties. Daarnaast wordt niet duidelijk gemaakt waarom een en ander zou leiden tot een onjuist of onbegrijpelijk oordeel in rov 4.5-4.6. Daar ketst deze klacht op af.

2.39

Subonderdeel 2.1.3 klaagt verder dat zonder nadere toelichting niet valt in te zien waarom het hof tot het oordeel kan komen dat de mededelingsplicht van Heijmans verminderd – of zelfs teniet gedaan – kan worden door een gebrek aan kenbaarheid van de zijde van de Kopers⁴¹, terwijl Heijmans niet alleen verkoper was, maar ook uitvoerder van het gehele woningbouwproject. Als voor Heijmans als deskundig aannemer duidelijk was of moest zijn dat door de winteropenstelling lichtoverlast daarvan het gevolg zou kunnen zijn is dat een omstandigheid die het hof moet meewegen. Het gebrek aan kenbaarheid aan de zijde van de Kopers dient aldus te worden *afgewogen* tegen de plichten die op een dienstverlener als Heijmans als deskundig aannemer rusten⁴².

2.40

Ook deze klacht miskent volgens mij dat het kenbaarheidsvereiste een voorwaarde is voor het kunnen aannemen van een mededelingsplicht voor Heijmans. Alleen het weten of behoren te weten van de winteropenstelling is daarvoor onvoldoende (vgl. hiervoor in 2.25 en 2.30). Dat Heijmans deskundig aannemer en tevens uitvoerder van het gehele woningbouwproject was, doet daar niet aan af.

2.41

Subonderdeel 2.1.3 stelt tot slot nog dat uit de gedingstukken bovendien kan worden afgeleid dat Heijmans “*de situatie*” in november 2008 kende⁴³. Alleen al dat zou ertoe moeten leiden dat op Heijmans vanaf dat moment van wetenschap in principe een mededelingsplicht rustte, voor zover op dat moment nog een koopovereenkomst tot stand moest komen. De aard van de norm neergelegd in art. 7:17 BW impliceert toerekening van kennis aan Heijmans volgens de klacht⁴⁴. Juist bij een beroep op een mogelijk gebrek aan normaal gebruik van een zaak mag van een deskundig aannemer worden verwacht dat hij aansprakelijk is voor relevante kennis die hij wel heeft, maar niet deelt⁴⁵. Het hofoordeel is volgens de klacht onbegrijpelijk, omdat het hof het kennisniveau van Heijmans onvoldoende in zijn overwegingen betreft, althans daaraan geen waarde wenst te hechten.

2.42

Deze klacht impliceert dat Heijmans vanaf november 2008 wist van lichthinder die normaal gebruik van de woningen in de weg staat⁴⁶. Dat mist feitelijke grondslag en daar ketst deze klacht op af.

2.43

Onderdeel 3.1 klaagt dat het hof (impliciet) een rechtens onjuiste stelplicht en/of bewijslast heeft aangenomen die op de Kopers zou rusten en daarmee art. 7:17 BW heeft geschonden. Uitwerking hiervan volgt in de subonderdelen 3.1.1-3.1.2.

2.44

Subonderdeel 3.1.1 klaagt over de stelplicht en bewijslastverdeling. Nu Heijmans zich er primair op beroept dat de geleverde woningen aan de overeenkomsten beantwoordden, althans dat de Kopers hun onderzoeksplicht terzake hebben verzaakt, moet Heijmans die stelling bewijzen⁴⁷. Volgens de klacht volgt uit art. 7:17 lid 2 BW dat “normaal gebruik” ambtshalve door de rechter moet worden getoetst, zodat bewijslastverdeling daar niet aan de orde is. Zodoende rust op de Kopers geen bijzondere of aanvullende stelplicht anders dan dat de woningen niet conform zijn en daar hebben zij aan voldaan⁴⁸. Voor zover het hof enige bewijslast op de Kopers heeft gelegd, is dat volgens de klacht onjuist in het licht van art. 7:17 lid 2 BW, nu immers de wanprestatie van de verkoper vaststaat als de woning ongeschikt is voor normaal gebruik. Dat het hof enige bewijslast

op de Kopers legt, volgt volgens de klacht uit rov. 4.11. Die bewijslast berust volgens de klacht kennelijk op het onjuiste uitgangspunt uit rov. 4.5 dat de Kopers Heijmans duidelijk hadden moeten maken dat zij de winteropenstelling van wezenlijk belang achten bij hun aankoopbeslissing.

2.45

Deze lastig te lezen klacht begrijp ik zo dat geklaagd wordt dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat de Kopers dienen te stellen en zo nodig bewijzen dat het voor Heijmans voldoende kenbaar was dat een winteropenstelling van wezenlijk belang voor hen was.

2.46

Dit kan volgens mij niet tot cassatie leiden. De Kopers hebben ter onderbouwing van hun beroep op de non-conformiteit onder meer gesteld dat Heijmans een op haar rustende mededelingsplicht heeft geschonden door hen niet te informeren over de voorgenomen winteropening van het tennispark (zie hiervoor in 2.15). Uit de voorafgaande bespreking bleek dat alleen dan een mededelingsplicht voor Heijmans kan worden aangenomen, als het voor haar voldoende kenbaar was dat een winteropenstelling van wezenlijk belang voor de Kopers was (vgl. o.m. hiervoor in 2.25). Stelplicht en bewijslast van wetenschap van Heijmans omtrent de winteropenstelling ligt bij de Kopers⁴⁹. In dat kader dragen de Kopers ook de stelplicht en bewijslast ten aanzien van de feiten en omstandigheden waaruit volgt dat aan het kenbaarheidsvereiste is voldaan⁵⁰. De klacht is zodoende tevergeefs voorgesteld.

2.47

Ten overvloede wijs ik er nog op dat de klachten van het subonderdeel gegrond zijn op een aantal onjuiste uitgangspunten.

Het subonderdeel neemt tot uitgangspunt dat Heijmans dient te bewijzen dat de geleverde woningen aan de overeenkomsten beantwoorden – de Kopers zouden kunnen volstaan met de stelling dat de woningen non-conform zijn en/of niet geschikt voor normaal gebruik. Dat lijkt mij niet juist. Volgens art. 7:17 lid 1 BW moet de afgeleverde zaak aan de overeenkomst beantwoorden. In onze zaak beroepen de Kopers zich erop dat Heijmans in de nakoming van deze verbintenis is tekortgeschoten, en zij hebben die tekortkoming ten grondslag legt aan hun vorderingen. De Kopers beroepen zich op de rechtsgevolgen van de door hen gestelde tekortkoming en daarom dragen zij de bewijslast⁵¹.

2.48

Het subonderdeel stelt verder dat uit art. 7:17 lid 2 BW voortvloeit dat het “normaal gebruik” van de woningen ambtshalve door de rechter wordt getoetst. Maar dat is onjuist; uit de in het middel aangehaalde bron blijkt zelfs het tegendeel⁵².

Het subonderdeel stelt ook nog dat de wanprestatie van de verkoper vast staat als de woning voor het normaal gebruik niet geschikt is en er daarom geen bewijslast op de Kopers rust – de Kopers zouden kunnen volstaan met de stelling dat de woningen niet geschikt zijn voor normaal gebruik. Dat lijkt mij evenmin juist. De Kopers moeten immers stellen en zo nodig bewijzen dat de woningen niet de eigenschappen bezitten die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn. Wel is het zo dat de tweede volzin van art. 7:17 lid 2 BW⁵³ een bewijslastomkering bevat, in die zin dat de verkoper de stelplicht en bewijslast draagt omtrent de feiten en omstandigheden waaruit volgt dat de koper zijn verwachtingen lager heeft moeten stellen dan met een normaal gebruik van de zaak in overeenstemming is⁵⁴. Het arrest biedt overigens geen aanknopingspunten dat het hof dit heeft miskend.

2.49

Subonderdeel 3.1.2 klaagt dat voor zover het bewijsaanbod van de Kopers als een aanbod tot het leveren van tegenbewijs moet worden gezien, het hof dit niet heeft onderkend en daarmee ten

onrechte het bewijsaanbod van de Kopers heeft gepasseerd op grond van het feit dat het aanbod niet gespecificeerd zou zijn. Een aanbod tot het leveren van tegenbewijs behoeft volgens vaste rechtspraak immers niet gespecificeerd te worden.

2.50

Deze klacht mist feitelijke grondslag. Van tegenbewijs is geen sprake.

3 Bespreking van het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep

3.1

Het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep is ingesteld voor het geval het principaal beroep (deels) gegrond is. We komen daarmee aan de bespreking daarvan toe.

3.2

Het incidentele middel heeft één onderdeel met twee subonderdelen.

3.3

Onderdeel 1 neemt, samengevat, het volgende tot uitgangspunt:

a. Gelet op hetgeen het hof in cassatie onbestreden heeft vastgesteld in rov. 2.10 over in opdracht van de gemeenste uitgevoerd lichtmetingsonderzoek door Lichtconsult is geen andere conclusie mogelijk dan dat er geen sprake is van lichthinder die aan normaal gebruik van de woningen in de weg staat (omdat de grenswaarden voor ecologie-zone E3: Woongebieden met gemiddelde omgevingshelderheid niet worden overschreden volgens die metingen).

b. De (enige) grondslag van de vorderingen van de Kopers is dat de door hen van Heijmans gekochte woningen als gevolg van de door hen gestelde lichthinder niet geschikt zijn voor normaal gebruik⁵⁵ (en dat Heijmans daarvoor had moeten waarschuwen c.q. op haar een mededelingsplicht rustte).

Het onderdeel bevat verder geen klachten, die volgen in de subonderdelen 1.1-1.2.

3.4

Subonderdeel 1.1 beklagt als rechtens onjuist, althans onvoldoende gemotiveerd de beslissingen van het hof in rov. 4.4-4.8, omdat is miskend:

- dat een vordering die, zoals in dit geval, is gegrond op de stelling dat sprake is van non-conformiteit, in die zin dat de door de Kopers gekochte woningen niet geschikt zijn voor normaal gebruik, de mededelingsplicht geen rol speelt, omdat een mededeling niet tot gevolg kan hebben dat het verkochte niet langer hoeft te voldoen aan de geobjectiveerde eisen⁵⁶ die daaraan gesteld moeten worden om normaal gebruik mogelijk te maken;

- dat met de vaststellingen in rov. 2.10 dat de grenswaarden van de NSVV voor woongebieden met gemiddelde omgevingshelderheid voor lichtsterkte en verticale verlichtingssterkte niet werden overschreden al vaststond of vastgesteld had moeten worden dat van een gebrek dat aan normaal gebruik van de woningen in de weg staat geen sprake is, waarop de vorderingen van de Kopers al hadden moeten stranden.

3.5

Subonderdeel 1.2 is een motiveringsklacht tegen rov. 4.4-4.8 voor het geval het hof niet heeft miskend wat subonderdeel 1.1. aanklaart, gelet op de volgende door het hof vastgestelde feiten en door Heijmans ingenomen essentiële stellingen:

a. De in cassatie onbestreden vaststelling dat de door Heijmans aan de Kopers verkochte woningen zich bevinden in een gebied met gemiddelde omgevingshelderheid (ecologie-zone E3)⁵⁷;

- b. De in cassatie onbestreden vaststelling dat – nadat de lampen van enkele lichtmasten waren gedraaid – geen sprake meer was van overschrijding van de grenswaarden voor de lichtsterkte en de verticale verlichtingssterkte van ecologie-zone E3 van de NSVV-richtlijnen⁵⁸;
- c. De stelling dat er geen sprake is van "langdurige lichthinder met een hoge intensiteit"⁵⁹;
- d. De stelling dat er geen sprake is van (onaanvaardbare) lichthinder⁶⁰;
- e. De stelling dat als maatstaf "geschikt voor normaal gebruik" geldt dat niet meer verwacht mag worden dan dat de grenswaarden voor lichtoverlast niet worden overschreden en dat de woningen (in dit verband) alle eigenschappen hebben die voor normaal gebruik nodig zijn⁶¹;
- f. De stelling dat uit het deskundigenbericht van STAB blijkt dat voor alle woningen (op één na) de verlichting onder de grenswaarde blijft van categorie E2 (zeer lage omgevingshelderheid) voor buitenstedelijke en landelijke woongebieden⁶²;
- g. De stelling dat alle woningen voldoen aan de (toepasselijke) categorie E3⁶³.

De beslissingen van het hof zijn onbegrijpelijk, omdat deze (vast)stellingen de conclusie rechtvaardigen dat van lichthinder naar objectieve maatstaven geen sprake is, zodat er ook geen sprake van kan zijn dat de door de Kopers gekochte woningen niet geschikt zijn voor normaal gebruik. Waarom het hof desondanks de vraag is gaan beantwoorden of in dit geval sprake zou zijn van een mededelingsplicht, in plaats van te volstaan met de beslissing dat er geen sprake van is dat de woningen niet geschikt zijn voor normaal gebruik en op die grond de vorderingen van de Kopers af te wijzen, volgt niet uit de bestreden beslissingen, zodat deze onvoldoende begrijpelijk zijn. Daarbij geldt dat ten behoeve van een effectieve cassatiecontrole voor wat betreft de stellingen c t/m g veronderstellenderwijze moet worden uitgegaan van de juistheid van die stellingen (hypothetisch feitelijke grondslag), nu het hof de juistheid daarvan in het midden heeft gelaten.

3.6

Ik zie deze klachten niet opgaan. De uitgangspunten waarop de klachten berusten weergegeven in 3.3 missen als ik het goed zie feitelijke grondslag of deze zijn niet juist.

Uitgangspunt a: uit de feitenvaststelling volgt niet dat geen sprake is van lichthinder die aan normaal gebruik van de woningen in de weg staat

3.7

De klachten gaan ervan uit dat het hof in rov. 2.10 heeft vastgesteld dat er geen sprake is van lichthinder die aan normaal gebruik van de woningen in de weg staat. Althans dat deze conclusie daar zonder meer uit volgt. Dat dit niet juist is, volgt denk ik al uit het feit dat de rechtbank, met in haar vonnis *exact dezelfde feitenvaststelling*⁶⁴, juist heeft geoordeeld dat in onze zaak de mate van de lichthinder wél van zodanige aard is dat de verkochte woningen niet de eigenschappen bezitten die voor een normaal gebruik nodig zijn; vgl. rov. 4.3, met motivering in rov. 4.12 en 4.13, hiervoor weergegeven in 1.17. De rechtbank heeft daarbij niet alleen de intensiteit van het licht in haar overwegingen betrokken, maar vooral de aard en omvang van de gestelde lichtoverlast. In dat kader heeft de rechtbank ook betekenis toegekend aan de afstand van de lichtmasten tot de woningen en het gebrek aan maatregelen om de lichtoverlast te dempen. Bovendien heeft de rechtbank in rov. 4.13 gemotiveerd aangegeven waarom zij het tweede rapport van Lichtconsult.nl niet volgt maar afgaat op het STAB-rapport (onbestreden is volgens de rechtbank dat het tweede rapport van Lichtconsult bij de tweede test (na draaiing van enkele lichtkappen) niet alle woningen heeft bezocht of opnieuw heeft uitgemeten).

3.8

Tegen bedoeld oordeel van de rechtbank is Heijmans in hoger beroep opgekomen met grief II⁶⁵. Heijmans heeft daar onder meer beoogd dat het oordeel van de rechtbank dat sprake is van langdurige lichthinder met een hoge intensiteit gebaseerd is op onjuiste aannames. Het hof is aan

dit onderdeel van grief II in zijn arrest niet (kenbaar) toegekomen. Het hof liet het beroep van de Kopers op de non-conformiteit al stuklopen op het ontbreken van een mededelingsplicht voor Heijmans, omdat niet voldaan was aan kenbaarheidsvereiste. Indien juist is dat moet worden gecasseerd op grond van het principaal cassatieberoep als bepleit in deze conclusie, zal het verwijzingshof alsnog toekomen aan dit onderdeel van grief II. In zoverre kunnen de klachten al niet tot cassatie leiden bij gebrek aan belang.

Uitgangspunt b: de vorderingen zijn ook gegrond op schending mededelingsplicht

3.9

De klachten nemen verder tot uitgangspunt dat het niet geschikt zijn voor normaal gebruik van de woningen de enige grondslag van de vorderingen van de Kopers is. Dat mist feitelijke grondslag. De Kopers hebben namelijk ook schending van de mededelingsplicht door Heijmans aan hun vorderingen ten grondslag gelegd, zoals hiervoor in 2.15 uiteengezet. De klachten stellen schending van de mededelingsplicht in het kader van de ongeschiktheid van de woningen voor normaal gebruik en dat lijkt mij onjuist. Weliswaar is juist dat in het geval Heijmans kennis draagt van lichtoverlast dat aan normaal gebruik van de woningen in de weg staat zij daar melding van zal moeten maken en beide grondslagen in zoverre gelijk oplopen. Maar ook zonder ongeschiktheid van de woningen voor normaal gebruik kan sprake zijn van non-conformiteit wegens schending van een mededelingsplicht van de verkoper over de winteropenstelling. Wanneer bijvoorbeeld voor Heijmans voldoende kenbaar was dat een winteropenstelling van wezenlijk belang voor de Kopers was afgezien van de vraag naar ongeschiktheid van de woningen voor normaal gebruik, zou dit een grond zijn. Als een koper aangeeft dat diens belangstelling verdwijnt bij een winteropenstelling van het tennispark, ook zonder lichtoverlast, is daarvan al sprake. In de bestreden overwegingen heeft het hof in mijn ogen terecht onderzocht of een dergelijk geval zich in onze zaak voordoet. Volgens het hof is dat niet het geval, omdat niet voldaan is aan het kenbaarheidsvereiste.

3.10

De klachten in het incidentele cassatieberoep zijn zodoende tevergeefs voorgesteld.

4 Conclusie

Ik concludeer tot vernietiging en verwijzing in het principaal cassatieberoep en tot verwerping van het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep.

De Procureur-Generaal bij de

Hoge Raad der Nederlanden

A-G

¹De feiten zijn ontleend aan rov. 2.2-2.18 van het bestreden arrest: Hof Den Haag 9 april 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:807. Zie voor de feitenvaststelling in eerste aanleg rov. 2.1-2.19 van het vonnis van de Rb. Den Haag 21 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:16984. Het procesverloop is gebaseerd op rov. 3.1-3.6 van het arrest.

²De procedure is bij de rechtbank gestart tegen Heijmans c.s. Van de oorspronkelijke gedaagden is alleen Heijmans in appel gegaan.

³De gelijklopende vorderingen jegens de makelaars en de gemeente spelen in cassatie geen rol en blijven verder onbesproken.

⁴Vgl. rov. 4.3-4.4 van het arrest. Er is volgens mij niet voldoende kenbaar geklaagd over deze rechtsoverwegingen, hoewel onderdeel 1.1 deze overwegingen wel opsomt onder overwegingen waartegen het onderdeel is gericht (procesinleiding in cassatie onder 1.1).

⁵Asser/Hijma 7-I 2019/469; A.G. Castermans en H.B. Krans, Tekst & Commentaar BW, art. 7:17 BW, aant. 2. In art. 7:15 BW staan *rechtsgebreken* centraal.

⁶T.M., Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14, 1991, p. 118. Zie ook A.G. Castermans en H.B. Krans, *Tekst & Commentaar BW*, art. 7:17 BW, aant. 1. Vgl. Asser/Hijma 7-I 2019/475.

⁷A.G. Castermans en H.B. Krans, *Tekst & Commentaar BW*, art. 7:17 BW, aant. 1. Vgl. HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2410, NJ 2010/258 m.nt. Jac. Hijma (*[...]/Westminster Rental*), rov. 3.9.3 (een geval van dwaling).

⁸A-G Drijber in zijn conclusie voor HR 15 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:919, RvdW 2018/731, nr. 3.3; K.J.O. Jansen, *Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* diss. 2012, p. 309; A-G Rank-Berenschot in haar conclusie voor HR 21 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL8295, NJ 2010/275 (*KTDC/Impro Hergiswil A.V.*), nr. 4.5.

⁹N.v.W. 1., Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14, 1991, p. 120. Zie ook Asser/Hijma 7-I 2019/485; HR 21 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL8295, NJ 2010/275 (*KTDC/Impro Hergiswil A.V.*), rov. 4.1.2. Vgl. HR 23 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3733, NJ 2008/552 m.nt. H.J. Snijders, JBPR 2008/41 m.nt. M. de Tombe-Grootenhuis, TBR 2008/81 m.nt. J.J. Dammingh, JM 2008/20 m.nt. Bos, JBO 2007/46 m.nt. H.J. Bos (*[...]/[...]* I), rov. 5.2.

¹⁰Zie o.m. art. 7:17 lid 2 BW; N.v.W. 1., Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14, 1991, p. 120 en Asser/Hijma 7-I 2019/486.

¹¹Zie voor dit laatste ook HR 23 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3733, NJ 2008/552 m.nt. H.J. Snijders, JBPR 2008/41 m.nt. M. de Tombe-Grootenhuis, TBR 2008/81 m.nt. J.J. Dammingh, JM 2008/20 m.nt. Bos, JBO 2007/46 m.nt. H.J. Bos (*[...]/[...]* I), rov. 5.2.

¹²Asser/Hijma 7-I 2019/486 en 489; A-G Drijber in zijn conclusie voor HR 15 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:919, RvdW 2018/731, nr. 3.7 met verwijzing naar HR 23 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3733, NJ 2008/552 m.nt. H.J. Snijders, JBPR 2008/41 m.nt. M. de Tombe-Grootenhuis, TBR 2008/81 m.nt. J.J. Dammingh, JM 2008/20 m.nt. Bos, JBO 2007/46 m.nt. H.J. Bos (*[...]/[...]* I), rov. 5.2.

¹³Asser/Hijma 7-I 2019/489 e.v.; B.E.L.J.C. Verbunt en A.G. Tiru, *SDU Commentaar Vermogensrecht*, art. 7:17 BW, aant. C.3; A-G Drijber in zijn conclusie voor HR 15 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:919, RvdW 2018/731, nr. 3.7; Jansen, a.w. vtnt. 8, p. 311.

¹⁴HR 21 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL8295, NJ 2010/275 (*KTDC/Impro Hergiswil A.V.*), rov. 4.1.2.

¹⁵Jansen, a.w. vtnt. 8, p. 309-310; A-G Drijber in zijn conclusie voor HR 15 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:919, RvdW 2018/731, nr. 3.4.

¹⁶Jansen, a.w. vtnt. 8, p. 309-310.

¹⁷H.W. Heyman en S.E. Bartels, *Vastgoedtransacties: Koop*, 2012, p. 291 e.v. met verdere verwijzingen.

¹⁸Asser/Hijma 7-I 2019/488 en 501; A.G. Castermans en H.B. Krans, *Tekst & Commentaar BW*, art. 7:17 BW, aant. 3 sub a.

¹⁹Zie hierover nader Heyman en Bartels, a.w. vtnt. 17, p. 292 e.v.; Jansen, a.w. vtnt. 8, p. 312-315; W.L. Valk, *De rol van de mededelingsplicht in gevallen van non-conformiteit*, NBTR 2009/18.

²⁰A-G Drijber in zijn conclusie voor HR 15 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:919, RvdW 2018/731, nr. 3.6; A-G De Bock in haar conclusie voor HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3243, RvdW 2018/81, nr. 2.9. Zie verder Heyman en Bartels, a.w. vtnt. 17, p. 300-301. Vgl. HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3424, WR 2016/75 m.nt. J.A. van Strijen, NJ 2017/35 m.nt. J. Hijma, JOR 2016/53 m.nt. J.J. Dammingh, Bb 2016/10.1 m.nt. K.L. Maes (*Inbev/[...]*), rov. 4.2.2 (in het kader van art. 6:228 BW). Zie voor het kenbaarheidsvereiste hierna in 2.25.

²¹Zie o.m. Asser/Hijma 7-I 2019/488; A.G. Castermans en H.B. Krans, Tekst & Commentaar BW, art. 7:17 BW, aant. 3 sub a; A-G Drijber in zijn conclusie voor HR 15 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:919, RvdW 2018/731, nr. 3.5; A-G De Bock in haar conclusie voor HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3243, RvdW 2018/81, nr. 2.9; Heyman en Bartels, a.w. vtnt. 17, p. 291 e.v. Zie verder HR 14 november 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF0407, NJ 2008/588 ([...]/Gemeente Kampen), rov. 3.4.2; HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2884, TBR 2017/152 m.nt. J.J. Dammingsh, JIN 2017/14 m.nt. P.H. Bossema-de Greef, TvAR 2017/5875 m.nt. W.J.E. van der Werf (*Verkoop boerderij als woning*), rov. 3.6.2. In de literatuur wordt betoogd dat Uw Raad nuances op deze regel heeft aangebracht en een schending van de onderzoeksplicht zwaarder is gaan sanctioneren in de gevallen dat er zowel van een schending van de mededelingsplicht als onderzoeksplicht sprake is, zie E. van Wechem, Mededelingsplichten vs. onderzoeksplichten bij overeenkomsten, NJB 2017/668. Zie ook M.R. Ruysvoorn, Onderzoeks- versus mededelingsplichten bij non-conformiteit bij koop, Bb 2016/86.

²²Heyman en Bartels, a.w. vtnt. 17, p. 291 e.v.

²³A.G. Castermans en H.B. Krans, Tekst & Commentaar BW, art. 7:17 BW, alle aant. 3 sub a.

²⁴Asser/Hijma 7-I 2019/488; A-G Drijber in zijn conclusie voor HR 15 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:919, RvdW 2018/731, nr. 3.5; A-G Rank-Berenschot in haar conclusie voor HR 21 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL8295, NJ 2010/275 (*KTDC/Impro Hergiswil A.V.*), nr. 4.5.

²⁵Zie over deze bepaling nader Asser/Hijma 7-I 2019/516-517, die "redelijkerwijs bekend kon zijn" uit lid 5 wil uitgelegd zien als: "redelijkerwijs *niet onbekend* kon zijn"; Jansen, a.w. vtnt. 8, p. 315 e.v.; A-G Rank-Berenschot in haar conclusie voor HR 21 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL8295, NJ 2010/275 (*KTDC/Impro Hergiswil A.V.*), nrs. 4.7 e.v.

²⁶MvT, Kamerstukken II 2000/01, 27 809, nr. 3, p. 6 en 18. Zie ook Asser/Hijma 7-I 2019/516.

²⁷MvT, Kamerstukken II 2000/01, 27 809, nr. 3, p. 18. Daar wordt overigens wel aangegeven dat de in art. 7:17 lid 2, tweede zin, BW voorkomende zinsnede 'niet behoefde te betwijfelen' onder omstandigheden *wel* een onderzoeksplicht op de koper legt. Vgl. ook art. 35 lid 3 CISG.

²⁸Zie o.m. inl. dagv. 2.2, mva 19, 21-22, en ook eindvonnis, rov. 3.2, bestreden arrest, rov. 3.2 en procesinleiding cassatie 1.2.5 (voorlaatste volzin), verweerschr. tvns beroepschr. voorw. inc. cassatieberoep, p. 3, eerste alinea en s.t. Heijmans 2, 9, p. 11.

²⁹Zie eindvonnis rov. 3.2, bestreden arrest rov. 3.2.

³⁰De rechtbank verwees hiervoor in rov. 4.6 naar HR 12 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3424 (*Inbev/[...]*) dat onder bijzondere omstandigheden kopersbelangen mee kunnen brengen dat de verkoper gehouden is om bepaalde voor de koper cruciale informatie te verkrijgen, zodat de koper daarover tijdig kan worden geïnformeerd. Door aan te nemen dat al van de ombouw tot *all-weather*-banen mededeling had behoren te worden gedaan aan de Kopers door Heijmans, kon de rechtbank in rov. 4.9 in het midden laten wanneer Heijmans precies daadwerkelijk op de hoogte was van de winteropenstelling van het tennispark. Dat subtiele onderscheid is in hoger beroep spijtig genoeg niet meer te zien (maar daarover wordt in cassatie niet kenbaar geklaagd.).

³¹Zie ook hierna in o.m. 2.25, 2.30 en 2.31.

³²Zie o.m. Asser/Sieburgh 6-III 2018/226, 227 en 232; J. Hijma, GS Verbintenissenrecht, art. 6:228 BW, aant. 6.7; Asser/Hijma 7-I 2019/339 e.v.; C.C. van Dam, Rechtshandeling en Overeenkomst, 2019, nr. 165 en 171; W.L. Valk, T&C BW, art. 6:228 BW, aant. 3 sub b; M.M. van Rossum en S.E. van Maanen, SDU Commentaar Vermogensrecht, art. 6:228 BW, aant. C.2.3.2 en M.Y. Schaub, Wilsgebreken (Mon. BW nr. B3) 2015/16 en 24. Vgl. HR 6 januari 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9284, NJ 1989/281, rov. 3.2; HR 14 september 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4860, NJ 1985/85, rov. 3.2; HR 2 mei 1980, ECLI:NL:HR:1980:AB7984, NJ 1981/51 m.nt. W.M. Kleijn. Vgl. ook HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, RvdW 2019/786, JOR 2019/223 m.nt. F.P.C. Strijbos, rov. 3.7.3.

³³Zie o.m. Asser/Hijma 7-I 2019/497 (met verwijzing naar 339 e.v.); Heyman en Bartels, a.w. vtnt. 17, nr. 333 ("*Niet ieder gebrek, hoe futiel ook, hoeft te worden meegedeeld. Het gaat om serieuze gebreken waarvan de verkoper moet begrijpen dat zij voor de koper bij zijn koopbeslissing van wezenlijk belang zijn. Alleen deze kunnen tot non-conformiteit leiden.*") en 334; Jansen, a.w. vtnt. 8, par. 3.11.8; M.M. van Rossum, Garanties in de rechtspraak (R&P nr. CA12) 2015/4.4; A.G. Castermans, De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase diss. 1992, p. 187. Vgl. HR 14 november 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF0407, NJ 2008/588 ([...]/*Gemeente Kampen*), waarin Uw Raad in het kader van non-conformiteit refereert aan de regels ten aanzien van mededelings- en onderzoeksplichten in het kader van dwaling en HR 2 mei 1980, ECLI:NL:HR:1980:AB7984, NJ 1981/51 m.nt. W.M. Kleijn. Sommige auteurs betogen dat de mededelingsplicht in beide leerstukken niet (geheel) gelijkloopt, vgl. Jansen, a.w. vtnt. 8, par. 3.11.8 en M.Y. Schaub, Wilsgebreken (Mon. BW nr. B3) 2015/106 met verdere verwijzingen. Voor zover ik kan overzien wordt door geen enkele auteur betoogd dat het kenbaarheidsvereiste geen basisvoorwaarde is voor een mededelingsplicht van de verkoper in het kader van non-conformiteit.

³⁴In procesinleiding vtnt. 15 wordt gesteld dat Heijmans heeft erkend dat zij in november 2008 op de hoogte kwam van de winteropenstelling. Verwezen wordt naar cva 9; p-v 4 juli 2016, p. 6 en mvg 46.

³⁵Verwezen wordt naar "*de gedingstukken*".

³⁶Bedoeld moet hier zijn: kenbaarheid aan de zijde van Heijmans als verkoper. Bij subonderdeel 2.1.3 doet zich hetzelfde voor, vgl. vtnt. 41.

³⁷Het betreft [eisers 1+2]; [eisers 3+4]; [eisers 5+6]; [eisers 7+8]; [eisers 9+10] en [eisers 11+12]

³⁸Verwezen wordt naar mvg 49 en 78.

³⁹Verwezen wordt naar mva 49.

⁴⁰In gelijke zin s.t. Heijmans 25.

⁴¹Hier moet net al bij subonderdeel 2.1.1 bedoeld zijn: aan de zijde van Heijmans, vgl. hiervoor in vtnt. 36.

⁴²Verwezen wordt naar rov. 4.10 van het vonnis.

⁴³Verwezen wordt naar procesinleiding vtnt. 15. Daar wordt gesteld dat Heijmans heeft erkend dat zij in november 2008 op de hoogte kwam van de winteropenstelling. Verwezen wordt naar cva 9; p-v 4 juli 2016, p. 6 en mvg 46.

⁴⁴Verwezen wordt naar de stelling in mva 32 dat "*alle andere stellingen van Heijmans daaraan niet af kunnen doen*".

⁴⁵Verwezen wordt naar HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6018, NJ 2007/231 m.nt. J.B.M. Vranken, Ondernemingsrecht 2006/85 m.nt. S.M. Bartman (*Ontvanger/Voorsluijs*), rov. 3.5 en naar R.P.J.L. Tjittes, Toerekening van kennis, 2001 en R.P.J.L. Tjittes, Toerekening van kennis van een externe deskundige, NJB 2001/1, p. 7-15 en Jansen, a.w. vtnt. 8, p. 640-644.

⁴⁶Vgl. s.t. Heijmans 27.

⁴⁷Verwezen wordt naar cva 9 en 20.

⁴⁸Verwezen wordt naar inl. dagv. 2.2.

⁴⁹Zie in kader van dwaling in de zin van art. 6:228 lid 1 aanhef en sub b BW (schending mededelingsplicht): W.L. Valk, Stelplicht & Bewijslast, art. 6:228 BW.

⁵⁰Zie in kader van dwaling in de zin van art. 6:228 lid 1 aanhef en sub b BW (schending mededelingsplicht): C.C. van Dam, Rechtshandeling en Overeenkomst, 2019, nr. 171; A-G Wissink in zijn conclusie (onder 3.12 en 3.15) vóór HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1136, NJ 2016/299; K.J.O. Jansen, Aansprakelijkheid voor onjuiste informatieverstrekking, NTBR 2013/7,

par. 2.5 en K.J.O. Jansen, Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht (diss.), 2012, par. 3.6.1, 3.6.7 en 3.6.10. Vgl. W.L. Valk, Stelplicht & Bewijslast, art. 6:228 BW; M.Y. Schaub, Wilsgebreken (Mon. BW nr. B3) 2015/24. De beoordeling of is voldaan aan het kenbaarheidsvereiste berust op een rechterlijke waardering van de relevante omstandigheden van het geval. In zoverre is sprake van een rechtsoordeel en niet van een bewijsoordeel.

⁵¹W.L. Valk, Stelplicht & Bewijslast, art. 7:17 BW.

⁵²W.L. Valk, Stellen en bewijzen in gevallen van dwaling en non-conformiteit (II, slot), WPNR 2010/6868, nr. 9 en 11 sub f ("*De rechter mag de bewijsregel omtrent het normaal gebruik niet ambtshalve toepassen (...)*").

⁵³Die luidt: "*De koper mag verwachten dat de zaak de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen, alsmede de eigenschappen die nodig zijn voor een bijzonder gebruik dat bij de overeenkomst is voorzien.*"

⁵⁴W.L. Valk, Stelplicht & Bewijslast, art. 7:17 BW; W.L. Valk, Stellen en bewijzen in gevallen van dwaling en non-conformiteit (II, slot), WPNR 2010/6868, nr. 8.

⁵⁵Verwezen wordt naar procesinleiding cassatie 1.2.5, voorlaatste volzin; mva 19, 21, 22; dagv. 2.2.

⁵⁶Verwezen wordt naar mva 22.

⁵⁷Verwezen wordt naar rov. 2.10.

⁵⁸Verwezen wordt naar rov. 2.12, laatste volzin.

⁵⁹Verwezen wordt naar mvg 5.

⁶⁰Verwezen wordt naar mvg 18-20.

⁶¹Verwezen wordt naar mvg 30.

⁶²Verwezen wordt naar mvg 68.

⁶³Verwezen wordt naar mvg 69; cva 38 en vtnt. 6.

⁶⁴Met dien verstande dat de rechtbank spreekt over "*de Bewoners*" in plaats van "*de Kopers*", zie rov. 2.11 van het eindvonnis. Het hof heeft deze feitenvaststelling ongewijzigd overgenomen, omdat daartegen geen grieven waren gericht, zie rov. 2.1 van het arrest.

⁶⁵Mvg 64-71.