

Non-conformiteit bij koop en exoneratie, de ouderdomsclausule bijvoorbeeld [concept]

Teksten t.b.v. Concept-artikel WPNR (*work in progress*)
13 november 2020

1. Non-conformiteit en de toepassing van de ouderdomsclausule in een koopovereenkomst

1.1 Inleiding

Met de komst van het Nieuw BW in 1992 werd de romeinsrechtelijke verborgen gebrekenregeling van het Oud-BW vervangen door een nieuw begrip: ‘conformiteit’ en de daarmee verbonden conformiteitsverplichting, zoals neergelegd in art. 7:17 BW voor koop.¹ Dat houdt in dat de verkoper een zaak moet afleveren die aan de overeenkomst beantwoordt (lid 1); die vage regel tracht de wetgever te verduidelijken in lid 2, dat aangeeft wanneer de zaak *niet* aan de overeenkomst beantwoordt, namelijk wanneer zij niet de eigenschappen bezit die de koper mocht verwachten. Met het verschijnen van de Europese richtlijn Consumentenbescherming van 1999 werd aan lid 2 toegevoegd dat voor de verwachtingen van de koper ook gelet moet worden op de aard van de zaak en de mededelingen door de verkoper gedaan. Daarnaast wordt in een nieuw lid 5 bepaald dat gebreken die de koper bekend waren of bekend behoorden te zijn geen grond voor een actie kunnen zijn.

Art. 7:17 BW is van regelend recht, en het is de praktijk dat ervan afgeweken wordt door partijen in een koopovereenkomst. De bekende NVM-koopakte kent op het gebied van conformiteit de afwijkende regeling van de artikelen 5.1 en 5.3, als volgt:

“5.1 De onroerende zaak zal aan koper in eigendom worden overgedragen in de staat waarin deze zich bij het tot stand komen van deze overeenkomst bevindt met alle daarbij behorende rechten en aanspraken, zichtbare en onzichtbare gebreken, heersende erfdiensbaarheden en kwalitatieve rechten, en vrij van hypotheek, beslagen en inschrijvingen daarvan.

5.3 De onroerende zaak zal bij de eigendomsoverdracht de feitelijke eigenschappen bezitten die nodig zijn voor een normaal gebruik als: (woonhuis).
(...)Verkoper staat niet in voor andere eigenschappen dan die voor een normaal gebruik nodig zijn. Verkoper staat ook niet in 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.”²

Aldus houdt art. 5.1 de hoofdregel in dat de verkoper niet instaat voor (verborgen) gebreken, de koper draagt in beginsel het risico daarvoor. Dit artikel kan als een exoneratie door de verkoper opgevat worden, met het gevolg dat de koper de

¹ Zie voor de ontstaansgeschiedenis, ook van het begrip ‘conformiteit’: P. Klik, *Conformiteit bij koop*, diss. Rotterdam, 2008; *Serie Recht en Praktijk*, nr. 161, par. 35 e.v. Zie ook: Heyman-Bartels, *Vastgoedtransacties: Koop*, Den Haag: Boom JU, 2012, nr. 8.1 e.v.

² Versie: 2008. Zie hierover: Klik, nr. 238 e.v.; Heyman-Bartels, nr. 9.4 e.v.

vordering van art. 7:17 BW niet tegen de verkoper kan instellen. Op de hoofdregel van art. 5.1 wordt in lid 3 een uitzondering gemaakt: de verkoper staat namelijk in voor de afwezigheid van gebreken die het normaal gebruik (als woning) verhinderen. Dit geldt echter niet voor gebreken die aan de koper kenbaar waren ten tijde van de koop, zo volgt uit de laatste zin van lid 3. Het begrip ‘kenbaar’ is ruim bedoeld: volgens de *Toelichting op de NVM-koopakte* (2008) wordt hiermee verwezen naar de onderzoekplicht van de koper. Ook gebreken die de koper niet kende maar die hij zou hebben ontdekt indien hij het onderzoek had verricht dat redelijkerwijs van hem mocht worden gevergd, zijn ‘kenbaar’.

De NVM-koopakte onderging wijzigingen in 2014 en 2017, waarbij art. 5.1 en 5.3 vernummerd werden tot art. 6.1 en 6.3. Aan dat laatste werd de volgende wijziging aangebracht:

[6.3] “Voor gebreken die het normale gebruik belemmeren en die niet aan 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 ‘nieuw voor oud’.

Verkoper is niet aansprakelijk voor overige (aanvullende) schade, tenzij verkoper een verwijt treft.”³

Omdat in veel oudere jurisprudentie en literatuur de art. 5.1 en 5.3 aan de orde zijn, werd dat hier als uitgangspunt genomen.

Er is nog een exoneratieclausule die een verkoper tegenwoordig, meestal in combinatie met de genoemde NVM-bepalingen in de koopovereenkomst opneemt: de zogenaamde *Ouderdomsclausule*, het onderwerp van deze beschouwingen. Dat gaat bijvoorbeeld als volgt:

“Artikel 19 Ouderdomsclausule

Het is koper bekend dat de onroerende zaak meer dan 70 jaar oud is, wat betekent dat de eisen die aan de bouwkwaliteit gesteld mogen worden aanzienlijk lager liggen dan bij nieuwe woningen. In afwijking van artikel 5.3 van deze koopakte en artikel 7:17 lid 1 en 2 BW komt het geheel of ten dele ontbreken van één of meer eigenschappen van de onroerende zaak voor normaal en bijzonder gebruik en het eventueel anderszins niet beantwoorden van de zaak aan de overeenkomst voor rekening en risico van koper.”⁴

Dit is één voorbeeld uit vele versies van zo’n artikel die in de (lagere) rechtspraak of de praktijk te vinden zijn. De termijn van ouderdom varieert tussen 40 en 75 jaar, en vaak worden er specifieke gebreken genoemd waarvoor door de verkoper niet ingestaan wordt, tenzij de kwaliteit daarvan gegarandeerd werd. Dat gaat dan bijvoorbeeld (meestal vooraf gegaan door ‘onder andere’) om: de kwaliteit van de vloeren, het dak, de leidingen voor elektriciteit, water en gas, de riolering, de verwarmingsinstallaties, eventuele aanwezigheid van enig ongedierte c.q. schimmels

³ Zie hierover: J.J. Dammingh, “De recente wijzigingen van de NVM-koopakte (Modelkoopakte)”, *WPNR* 7219 (2018), p. 979 – 990, en eerder: “Een kritische blik op de (vernieuwde) NVM-koopakte”, *WPNR* 7044 (2014), p. 1.221-1.233.

⁴ Ontleend aan: Rb. Amsterdam 26 maart 2008, *RN* 2008, 53 (*LJN: BC8915*). De tekst van deze clausule werd oorspronkelijk door de NVM aan de bij haar vereniging aangesloten makelaars verstrekt.

(zoals houtworm, boktor, zwam, etc.), doorslaand en optrekkend vocht, asbest en asbesthoudende materialen.⁵

Een ouderdomsclausule vraagt, als elke contractsbepaling, om uitleg, met name ook omtrent haar relatie tot de regel van art. 7:17 BW en/of art. 5.3 NVM-koopakte. Daarover wordt voor de lagere rechters veel geprocedeerd en het zal niet verbazen dat men het bekende strijdpunt tegenkomt wat overheerst bij de uitleg: de letter, of de geest van de overeenkomst?⁶ Concreter geformuleerd, op welke wijze door de rechter inhoud gegeven wordt aan de jurisprudentie van de Hoge Raad op dit gebied: het *Haviltex*-arrest van 13 maart 1981, naderhand aangevuld in het arrest *Pensioenfondsen DSM-Chemie/Fox* uit 2004.⁷ Dat komt men in allerlei schakeringen tegen, zoals in deze recente overweging van een rechtbank in het Westen des lands:

“Nu vaststaat dat partijen niet over (de tekst van) het artikel hebben onderhandeld, komt bij de beantwoording van de vraag welke zin partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan artikel 24 mochten toekennen en wat zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, veel belang toe aan de tekst van het artikel, bezien in verband met de overige inhoud van de overeenkomst en de aannemelijkheid van de uit het artikel voortvloeiende rechtgevolgen.” [onderstreping toegevoegd]

Bij zo'n overweging kan men wel vragen stellen. De rechtbank verliest hierbij namelijk uit het oog dat in het arrest van 1981 sprake was van het belang voor de uitleg “tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht”. In het arrest van 2004 werd gesteld dat uitleg “niet dient plaats te vinden op grond van alleen maar de taalkundige betekenis van de bewoordingen”. Anderzijds is “in praktisch opzicht” de taalkundige betekenis die de bewoordingen, “gelezen in de context van dat geschrift als geheel, in (de desbetreffende kring van) het maatschappelijk verkeer normaal gesproken hebben, bij de uitleg van dat geschrift vaak wel van groot belang”.⁸ In die zaak ging het om twee professionele partijen, ondernemingen voorzien van juridische ondersteuning. Een casus die wezenlijk verschilt van de koop van een pand door een particulier.⁹

⁵ Ontleend aan: Rb. Arnhem 7 juli 2010, *NJF* 2010, 314; zie Heyman-Bartels, nr. 381, met nog een ander voorbeeld. Men komt ook wel tegen, in aanvulling op het al geciteerde: de staat van de fundering, muren/gevels, schoorsteen, plafonds, houtwerk van kozijnen, ramen en deuren, beglazing, sanitair en keuken.

⁶ Op het belang van de uitleg bij de toetsing van exoneratieclausules wordt gewezen door Asser-Hartkamp & Sieburgh *Verbindenissenrecht* 6-1* 2012/369; Asser-Sieburgh 6-1 2016/369, genoemd worden de ‘redelijke uitleg’, ‘contra proferentem’ en een bijzonder beding dat prevaleert boven en algemener beding.

⁷ HR 20 februari 2004, *NJ* 2005/493, m.nt. DuPerron; zie hierover: Van Dunné, *Verbindenissenrecht. Deel 1*, Deventer: Kluwer, 5^e dr. 2004, p. 182 e.v. Dit arrest ging over een CAO-beding, proto-type van een beding waarover door contractspartijen niet onderhandeld werd. De Hoge Raad neemt dit arrest en dat van 1981 tezamen als grondslag voor uitleg in *De Rooij/Van Olphen*, HR 23 december 2005, *NJ* 2010/62, m.nt. Wissink; *TMA* 2008, p.191, m.nt. Van Dunné.

⁸ Zie voor de huidige stand van rechtspraak en doctrine: Van Dunné, “‘Normatieve uitleg’ algemeen aanvaard, maar ook in ruime zin, inclusief derogerende werking en aanvulling van leemte?”, *WPNR* 7184-7185 (2018). Verschenen n.a.v. de preadviezen van Valk en Schelhaas voor de Ver.v.burgerlijk recht 2016.

⁹ De rechtbank in kwestie maakte vervolgens een uitzondering voor “recenter(re) bouwkundige ingrepen” (dus jonger dan 75 jaar), en wel vanwege de plaatsing van de kop ‘ouderdomsclausule’ boven het artikel en in de aanvangszin. Aldus zou de garantie van art. 6.3, inzake eigenschappen van de woning nodig voor normaal gebruik, “niet volledig teniet worden gedaan”, oordeelt de rechtbank.

Over de uitleg van de ouderdomsclausule nog een volgende, eveneens preliminaire opmerking. Men kan zich afvragen of de koper niet redelijkerwijze, rekening houdend met alle (eerder genoemde) omstandigheden, dat artikel zo mocht lezen, dat in de context van ‘ouderdom’ waarvan hier sprake is er slechts eisen van bouwkwaliteit bedoeld werden die een historisch karakter hadden, dat wil zeggen, afwijkend van de moderne bouwvoorschriften, zoals over bouwmaterialen, bijvoorbeeld over het gebruik van oude stenen en de inwerking van vocht in muren. Ook zou in dit verband gedacht kunnen worden aan historische bouwmethoden: het niet aanbrengen van spouwmuren bijvoorbeeld. Een 17^e-eeuws gebouw kan men immers niet op de maatlat van moderne bouwmethoden en -voorschriften leggen. Dat zou de redelijke betekenis van het ouderdomsartikel zijn, zoals een koper die had mogen opvatten.

Het thema ‘uitleg van de overeenkomst’, met name de genoemde NVM-clausule, zal hieronder nog regelmatig aan de orde komen. De pennen zijn nog steeds niet tot rust gekomen over die clausule, aan weerszijden van de balie en aan academische burelen; ik verzuchtte in 2000 al dat “De clausule beter is dan zijn makers”.¹⁰ Wij hebben te maken met een staalkaart van het contractenrecht, de kernonderwerpen ervan. Eén daarvan is de figuur van de garantie; de vraag zou bijvoorbeeld gesteld kunnen worden of er bij de verkoop niet ook sprake kan zijn van een stilzwijgende garantie, bijvoorbeeld dat het pand steeds volgens de bestaande normen onderhouden is en daarom de prijs waard is die ervoor gevraagd werd. In dat verband speelt ook de vraag of van een dergelijk garantie door middel van een beroep op een exonerationbeding afgeweken kan worden. Hieronder zal bij de bespreking van de exonerationproblematiek in par. 3, dit aan de orde komen in het licht van oude jurisprudentie op dit gebied, de *Maassluis*-arresten van de jaren ’90 waarin een dergelijk beroep op exoneration verworpen werd als in strijd met de goede trouw.

1.2. De toepassing van een ouderdomsclausule in het kader van non-conformiteit bij koop in de rechtspraak

Het thema van ‘non-conformiteit’ bij koop is breed en nog steeds in ontwikkeling in rechtspraak en doctrine.

In de jurisprudentie wordt regelmatig een beroep op de ouderdomsclausule door de verkoper toegewezen. Het gaat hierbij om de volgende uitspraken:

- Hof Den Bosch, 1 mei 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:1848. Het pand (uit 1905) werd voor een lage prijs verkocht (190.000 euro), met de aanprijzing: “volledig te renoveren”, en de omschrijving: “bouwtechnisch zeer matig”;

Want: “een ander resultaat zou gelet op de strekking van artikel 6.3 van de koopovereenkomst onaannemelijk zijn”. Opmerkelijk is dat hier bij de uitleg voor het eerst de ‘strekking’ van een artikel genoemd wordt, en niet slechts de ‘tekst’ ervan.

¹⁰ Van Dunné, “De clausule is beter dan zijn makers. De exegese van artikel 5 van de NVM-koopakte (bekendheidsverklaring, conformiteit, e tutti quanti)”, *WPNR* 6426 (2000), p.887 e.v. over het *woonboerderij*-arrest, HR 28 januari 2000, had ik kort tevoren een noot geschreven, *AA* 2000, p.459.

- HR 26 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:919 (art. 81 RO; concl. A-G Drijber, ECLI:NL:PHR:2018:396. Het pand (boerderij uit 1750) had zichtbare gebreken, koper vertrouwde op eigen deskundigenrapport;
- Hof Den Bosch, 26 januari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:193. Het pand (uit 1936) was verkocht voor 150.000 euro, bleek een slechte fundering te hebben. Koper had zelf onderzoek laten doen, waarin gewaarschuwd werd voor mogelijk gebrekkige fundering.

In deze gevallen werd een beroep van verkoper op de ouderdomsclausule, gezien de weergegeven omstandigheden van het geval, naar mijn mening terecht toegewezen. Verkopers zullen op deze jurisprudentie graag een beroep doen in hun verweer tegen een koper die zijn vordering op non-conformiteit baseert, echter ten onrechte indien er appels met peren worden vergeleken. Alvorens daarop in te gaan, eerst nog een andere uitspraak die om andere redenen atypisch is:

- Arrest Hof Den Bosch 2016 werd gevolgd door Rb. Noord-Holland 3 mei 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:6139: het huis werd verkocht voor 535.000 euro, volgens het rapport waarop verkoper afging was het dak “goed”, dat bleek naderhand slecht te zijn; koper heeft schade van 18.000 euro. Verkoper was overleden, erfgenaam beroept zich op ouderdomsclausule, dat werd door de rechtbank toegewezen.

Dit arrest kan een verkoper geen sterke steun bieden voor zijn standpunt over toepassing van het ouderdomsartikel, in tegendeel: deze rechtspraak is eerder ten gunste van de teleurgestelde koper, indien men aan *distinguishing* doet, zoals dat in het Engelse recht heet. Een toelichting.

Het arrest Hof Den Bosch 2018 betreft een geval waarbij de koopprijs laag was, met het ‘volledig renoveren’ als aanprijzing, evenals vermelding van de “zeer matige bouwkundige staat”. De arresten van HR 2018 en Hof Den Bosch 2016 handelden steeds over zaken waarbij de koper een onderzoekplicht had, deze had uitgevoerd, of sprake was van een waarschuwing tegen het gebrek.

In de laatste uitspraak, Rb. Noord-Holland 2017, was de verkoper niet de eigenaar-bewoner van het pand, maar een erfgenaam van de eigenaar, die het pand net zo min kende als de koper, het beroep een exoneratie lijkt hier redelijk. De schade was trouwens relatief gering.

Dan nu nog andere jurisprudentie, waarop een teleurgestelde koper een beroep op kan doen. In het vonnis Rb. Amsterdam van 26 maart 2008 wordt het beroep op de ouderdomsclausule door de verkoper verworpen.¹¹ Het ging in die zaak niet over de gangbare ouderdomsclausule, maar over een minder uitvoerige versie: specifieke gebreken worden niet genoemd. De kern van die uitspraak is dat er grenzen aan de werking van een ouderdomsclausule zijn (zoals Heyman ook benadrukt)¹² De koop betrof een pand uit 1920, met gebreken aan dak en funderingen, waarbij een bijkeuken (uit 1940) vanwege verzakking gesloopt moest worden. Over de ouderdomsclausule was niet onderhandeld door partijen, hetgeen volgens de Amsterdamse rechtbank betekent dat deze naar ‘gangbaar spraakgebruik’ uitgelegd dient te worden. Dat houdt in, volgens de rechtbank, dat de ouderdomsclausule meebrengt dat de koper moest beseffen – en ook heeft beseft: hij was voornemens om

¹¹ BC8915; ook besproken bij Heyman-Bartels, nr.383.

¹² T.a.p., nr. 383.

het dak te vervangen – dat het pand niet zonder ingrijpende aanpassingen geschikt kan worden gemaakt voor normale bewoning. Maar dan laat de rechtbank erop volgen:

“Dit gaat echter niet zover dat A (koper) uit de bepaling redelijkerwijs had moeten afleiden dat hem geen beroep op non-conformiteit zou toekomen indien, zoals in het onderhavige geval, een substantieel deel van de woning eerst moet worden gesloopt, vervolgens opnieuw moet worden gefundeerd en weer opgebouwd.”

Hier wordt met andere woorden gezegd dat verkoper redelijkerwijze geen beroep op de ouderdomsclausule toekomt, onder de gegeven omstandigheden. Deze beslissing van de rechtbank heeft zowel betrekking op de uitleg als op de toepassing van de ouderdomsclausule. Voor de situatie dat de verkoper een ernstig gebrek (verwijtbaar) verzwegen heeft de Hoge Raad bij arrest van 25 februari 2005 bepaald dat hem dan - met afweging van de verdere omstandigheden - geen beroep toekomt op een exoneratieclausule (*Fabels/Meenderink*).¹³ Alvorens daarop nader in te gaan zal nog onderzocht worden, welk gewicht hierbij toegekend moet worden aan de omstandigheid dat de koper is afgegaan op mededelingen door de verkoper (of namens hem) gedaan.

Ter afsluiting van dit onderdeel, uit het bovenstaande blijkt dat de jurisprudentie die hier besproken werd een teleurgestelde koper veel steun kan bieden. Over de hier besproken rechtsvraag is nog geen uitspraak door de Hoge Raad gedaan en er is ook vrij weinig literatuur over. Wel zijn er nog tientallen uitspraken door lagere rechters over de ouderdomsclausule gedaan, die echter heel feitelijk gekleurd zijn. In het kader van dit artikel zal ik die overige lagere rechtspraak maar ten dele onderzoeken.

1.3. Onderzoekplicht versus mededelingsplicht in de precontractuele fase en non-conformiteit

Bij schending van de onderzoekplicht door een koper doet de bekende vraag zich voor of die schending zwaarder weegt dan schending van de mededelingsplicht door de verkoper. Tot dusver is de jurisprudentie in tegengestelde zin stevig gevestigd, daarin gevolgd door de literatuur, met het arrest *Van der Beek/Van Dartel* uit 1973 als baken.¹⁴ Daarna kwam het arrest van 1998, *Offringa/Vinck (Antilliaans zwembad)*, als een standaardarrest dat tegelijk een samenvatting geeft van de rechtspraak van voorafgaande decennia, in dezelfde zin gevestigd.¹⁵ Hieronder, in par. 4.1, wordt nog verder op het onderwerp dwaling ingegaan.

Voor de goede orde volgt hier eerst een kort overzicht van de stand van de recente jurisprudentie op het terrein van non-conformiteit.

Een spraakmakend arrest is, *Van Dalfsen/Gemeente Kampen* (2008) inzake een rijksmonument, pand uit 1500, koopprijs (gevraagd) 1,3 miljoen, vloeren zijn gebrekkig.¹⁶ Het is vaste rechtspraak dat de schending van mededelingsplicht van de

¹³ HR 25 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5383; zie Heyman-Bartels, nr. 356. Zie hierover: onder, par. 2.2.

¹⁴ HR 30 november 1973, NJ 1974/97, m.nt. Scholten. Zie mijn *Verbintenissenrecht, Deel 1, Contractenrecht*, 5^e dr., 2004, Deventer: Kluwer, p. 532 e.v.

¹⁵ HR 10 april 1998, NJ 1998/666, m.nt. Kleyn. Eerdere arresten, in dezelfde zin zijn o.a.: HR 21 december 1990, *Van Geest/Nederlof*, waarover mijn boek, in de vorige noot aangehaald, pp.538 e.v.

¹⁶ ECLI:NL:HR:2008:BF0407; NJ 2008/588.

verkoper zwaarder weegt dan de schending van de onderzoekplicht door de koper, ook indien deze laatste onvoorzichtig geweest is of naïef. In casu had de verkoper verzuimd om een technisch rapport ter kennis van koper te brengen over slechte staat vloeren (en balken). Dit kan de koper in het voorliggende geval echter niet baten: het gebrek was zichtbaar, hij had een architect in de arm genomen en wist van beperkte belastbaarheid van de vloeren. Het beroep op non-conformiteit werd derhalve verworpen.¹⁷

De Hoge Raad bepaalde al in 2007 (*Ploum/Smeets*) dat voor de vaststelling van ‘normaal gebruik’ van art. 7:17 BW behalve gangbaar spraakgebruik, ook de mededelingen van de verkoper van belang zijn.¹⁸ Daarnaast is in een arrest van de Hoge Raad uit 2008 (*Pontmeyer/Archon*) bepaald dat bij het vaststellen wat een garantie inhoudt, een koper “uit het *stilzwijgen van verkoper* mocht afleiden” dat het perceel de feitelijke eigenschappen bezat die nodig waren voor het voorgestane gebruik (in casu: woningbouw).¹⁹ Schending van de mededelingsplicht is dus van doorslaggevend belang voor de vaststelling van de garantie voor ‘normaal gebruik’.²⁰

Over de verhouding mededelingsplicht verkoper tegenover onderzoekplicht koper is nog van belang: HR 7 oktober 2016, inzake een boerderij uit 1880 waarbij sprake is van achterstallig onderhoud, scheuren in muren, maar zichtbaar.²¹ De verwachtingen van de koper worden daardoor bepaald, de “kenbare ouderdom en gebreken aan de boerderij”, met tot gevolg dat “geen hoge eisen mogen worden gesteld aan de eigenschappen die voor het normale gebruik van deze boerderij als gezinswoning nodig zijn.” Vergelijk als contrast het arrest HR 12 december 2017: in geval van verzwijging door de verkoper wordt ook de onvoorzichtige koper beschermd.²² Zie verder nog over zwaarder laten wegen van mededelingsplicht boven onderzoekplicht: HR 27 november 2015²³.

2. De betekenis van onderhoudsplichten op grond van Monumentenwet voor de rechtspositie van de verkoper

2.1 Inleiding. Jurisprudentie

Wanneer sprake is van de verkoop van een pand dat een rijksmonument is, is het van belang om er rekening mee te houden dat de eigenaar de onderhoudsplicht voor rijksmonumenten behoort na te komen. Deze verplichting staat in de Monumentenwet 1988 in art. 11 lid 1; in de nieuwe Monumentenwet: de Erfgoedwet van 2016 werd deze verplichting in stand gelaten, in art. 9.1.1. De verplichting uit de oude Monumentenwet was sober geformuleerd: “Het is verboden een monument te beschadigen of te vernielen”. Dat deze bepaling een onderhoudsplicht impliceert,

¹⁷ Zie voor een soortgelijke uitspraak: HR 21 mei 2010, *NJ* 2010/275, *KTDV/Impro*, inzake distributie- en koopovereenkomsten, een naïeve koper die tegen beter weten in vervolcontracten sluit.

¹⁸ HR 23 november 2007, *NJ* 2008, 552, m.nt. Snijders; *TMA* 2008-5/6, p. 164 e.v.

¹⁹ HR 20 juni 2008, *TMA* 2008-5/6, p.179 e.v. Zie m.b.t. beide genoemde arresten, noot Van Dunné, *TMA* 2008-5/6, pp.191-197.

²⁰ Zie voor de betekenis van mededelingen ook: Heyman-Bartels, nr. 317 e.v.; 325-334.

²¹ HR 7 oktober 2016 ECLI:NL:HR:2016:2287; zie ook: concl. A-G De Bock.

²² HR 12 december 2017:ECLI:NL:HR:2017:3243, art. 81 RO, zie concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2017:1286.

²³ ECLI:NL:HR:2015:3424, contrair concl. A-G Spier. In deze zin ook: HR 4 mei 2012, art. 81 RO, concl. A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2012:BW4815.

werd in een vaste rechtspraak van de Raad van State aangenomen.²⁴ De wetgever heeft die verplichting in de Erfgoedwet 2016 expliciet neergelegd: art. 11 uit 1988 werd, als gezegd, gehandhaafd, maar daaraan werd nu toegevoegd: “of daaraan onderhoud te onthouden dat voor de instandhouding daarvan noodzakelijk is” (art. 10.18 Erfgoedwet). Dit teneinde alle discussie hierover weg te nemen. Minister Bussemaker had bij de behandeling van de Erfgoedwet in de Tweede Kamer gezegd dat aldus “de rechtspraak hierover gecodificeerd werd”.²⁵

In die rechtspraak werd een onderhoudsplicht aangenomen, die door de gemeente met een dwangsom de eigenaar kon worden opgelegd, met als kenmerken:

- als zonder maatregelen het monument in gevaar is (“beëindigen van in gevaar brengen”);
- ook bij schade door slijtage of verwerking van materialen;²⁶
- de eigenaar kan geen verweer voeren gebaseerd op de financiële lasten die gemoeid zijn met naleving van een onderhoudsplicht, aangezien daarvoor subsidies beschikbaar zijn (volgens vaste rechtspraak).²⁷

De jurisprudentie over deze materie

Hier volgen enkele voorbeelden van rechtspraak hierover, uit 2017 en 2019.

De Rb. Limburg, 14 juni 2017, besliste in een exemplarisch vonnis met betrekking tot het rijksmonument ‘Lomahuis’ dat in slechte staat van schilder- en houtwerk verkeerde, het volgende over schending van wettelijke onderhoudsplicht²⁸:

5. “Over de vraag of sprake is van overtredingen (van het Bouwbesluit en de Monumentenwet) overweegt de rechtbank het volgende.

Ingevolge artikel 1b, tweede lid, van de Woningwet is het verboden een bestaand bouwwerk, open erf of terrein in een staat te brengen, te laten komen of te houden die niet voldoet aan de op de staat van dat bouwwerk, open erf of terrein van toepassing zijnde voorschriften, bedoeld in artikel 2, eerste lid, aanhef en onderdeel b, tweede lid, aanhef en onderdeel a, en vierde lid.

Ingevolge artikel 2.6 van het Bouwbesluit 2012 is een bestaand bouwwerk gedurende de restlevensduur voldoende bestand tegen de daarop werkende krachten.

6. In het inspectierapport BMH van 29 april 2014 is op basis van het verrichte onderzoek geconcludeerd dat het pand niet voldoet aan de in het rapport vermelde artikelen van het Bouwbesluit 2012 (waaronder artikel 2.6 en 3.26). De rechtbank heeft niet kunnen vaststellen dat het onderzoek onzorgvuldig is geweest.

7. Uit jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (bijvoorbeeld: ECLI:NL:RVS:BC9583) volgt dat de staat van het schilderwerk kan leiden tot overtreding van het Bouwbesluit.

8. Over de stelling van eisers dat geen sprake is van overtreding van het Bouwbesluit, omdat het houtwerk weliswaar (deels) verrot is maar geen wind en vocht doorlaat (in de woning), overweegt de rechtbank dat op grond van artikel 2.6 van het Bouwbesluit het bouwwerk (waaronder de kozijnen) voldoende bestand dient te zijn tegen

²⁴ ABRvS 1 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV2414; 1 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:233; 24 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3420.

²⁵ Zie ook: *Instandhoudingsplicht rijksmonumenten. Een handreiking voor gemeenten*. Rijksdienst voor het Cultureel Erfgoed, min. OC&W, 2016, p.1: “de instandhoudingsplicht van monumenten, die in rechterlijke uitspraken werd vastgesteld”.

²⁶ Aldus: *Monumententoezicht*, ERM (Stichting Erkende Restauratiekwaliteit Monumenten), 2020.

²⁷ Aldus bijvoorbeeld: Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State, ECLI:NL:RVS:2012:BV2414.

²⁸ ECLI:NL:RBLIM:2017:5334.

weersinvloeden. Dit betekent dat het houtwerk niet alleen geen wind en vocht mag doorlaten maar ook niet (gedeeltelijk) verrot mag zijn. Op grond van het vorenstaande is de rechtbank, met verweerder, van oordeel dat sprake is van een overtreding van het Bouwbesluit.”

De grondslag hiervoor vond de rechtbank in art. 11 Monumentenwet 1988 en art. 10.18 Erfgoedwet dat de toevoeging gaf: “of daaraan onderhoud te onthouden dat voor de instandhouding daarvan noodzakelijk is” (rov. 9).

De rechtbank verbindt gevolgen aan de overtreding van het Bouwbesluit 2012, art. 2.6, dat luidt:

- “1. Een bestaand gebouw heeft een bouwconstructie die gedurende de in NEN 6700 bedoelde referentieperiode voldoende bestand is tegen de daarop werende krachten.
2. Voorzover voor een gebruiksfunctie in tabel 2.5 voorschriften zijn aangewezen, wordt voor die gebruiksfunctie aan de in het eerste lid gestelde eis voldaan door toepassing van die voorschriften.”²⁹

Volgens de Woningwet, art. 1b, lid 2, moet een bestaand bouwwerk voldoen aan de op de staat van dat bouwwerk van toepassing zijnde voorschriften. Dat is thans Bouwbesluit 2012.

Een ander voorbeeld is te vinden in het vonnis van Rb. Midden-Nederland, 12 september 2019, inzake een boerderij uit 1879 (rijksmonument) met achterstallig onderhoud aan dak en gevel.³⁰ De Gemeente Ronde Venen was handhavend opgetreden wegens schending van onderhoudsplichten uit de Monumentenwet. Hierbij was ook van belang de betekenis van adviezen van de Monumentenwacht met betrekking tot noodzakelijk onderhoud, die namelijk door de gemeente met een dwangmaatregel werden overgenomen. Het ging onder meer over noodzakelijk herstel aan de kapconstructie, metselwerk en gaten in topgevel van de schuur; kozijnen, dakgoten en hemelwaterafvoeren van het woonhuis.

Er lag een advies van de Rijksdienst voor het Cultureel Erfgoed uit 2014 en er waren rapporten van de Monumentenwacht uit 2018 en 2019. Deze laatste vormen de basis voor door de gemeente opgelegde lasten voor het uitvoeren van onderhoudswerkzaamheden om de boerderij water- en winddicht te maken. Het ging daarbij onder meer om het dichten van gaten in de gevel. Het beroep hiertegen ingesteld door de eigenaar wordt door de rechtbank afgewezen. Dat geldt ook zijn verzoek om een onafhankelijke deskundige te benoemen, aangezien over de juistheid van de rapporten van de Monumentenwacht volgens de rechtbank geen twijfel bestaat.

Om welke onderhoudsplichten (instandhoudingsplichten) gaat het hier?

In de brochure *Instandhoudingsplicht rijksmonumenten. Een handreiking voor gemeenten* wordt een omschrijving gegeven wat de wettelijke instandhoudingsplicht inhoudt en een overzicht om welke onderhoudsplichten het bij rijksmonumenten gaat.³¹ Vooropgesteld wordt dat regelmatig onderhoud noodzakelijk is. Een eigenaar voldoet niet aan de instandhoudingsplicht “als langdurig geen of gebrekkig onderhoud is uitgevoerd en daarbij van een of meer onderdelen van het monument (bijvoorbeeld dak, muren, schilderwerk of constructie) de onderhoudstermijn is verlopen, en deze

²⁹ Die bepaling is overigens gelijklopend aan art. 2.5 lid 1 van het Bouwbesluit 2003, de voorloper van het huidige Bouwbesluit 2012, aldus de Toelichting, p.7.

³⁰ ECLI:NL:RBMNE:2019:4290.

³¹ Rijksdienst voor het Cultureel Erfgoed, Min. OCW, juni 2016.

situatie tot gevolg heeft dat de instandhouding van het monument gevaar loopt” (p.9). Dit wordt als volgt uitgewerkt. Onder het kopje: “Wind- en waterdicht” wordt opgemerkt dat het “absoluut noodzakelijk” is om een rijksmonument wind- en waterdicht te houden, hetgeen betekent dat:

“het casco en de bouwkundige schil (gevels, ramen en dak) van een gebouw intact zijn en goed functioneren. Anders kan er vervolgschade ontstaan zoals lekkage en schade door ongedierte.”

Vervolgens wordt gewezen op de bestaande subsidiemogelijkheden. Onder het kopje “Onderhoud” staat vermeld:

“Noodzakelijk onderhoud betekent in dit verband zoveel als het herstellen, repareren of gedeeltelijk vervangen van delen van het monument die door slijtage of een van buiten komende oorzaak niet meer normaal functioneren of onbruikbaar zijn geworden” .

De concrete voorbeelden die gegeven worden zijn:

- Werkzaamheden aan bijvoorbeeld gevels, vloeren, kozijnen, plafonds en daken.
- Herstel, bijvoorbeeld van verrotte goten en balkkoppen of van slechte rieten dakbedekking.
- Regulier onderhoud, zoals schilderwerk, het goed laten functioneren van hemelwaterafvoeren, het schoonmaken van de dakgoot”.

2.2 De betekenis van verplichtingen die de verkoper heeft onder de verleende Bouwvergunningen, met inbegrip van de Monumentenwet. De betekenis van een advies Monumentenwacht

Het belang van deze vraagstelling voor non-conformiteit bij koop

De hierboven gegeven voorbeelden van rechtspraak op het gebied van naleving van onderhoudsplichten uit de Monumenten wet, uitspraken van de Rechtbanken Limburg (2017) en Midden-Nederland (2019) lieten zien welk gewicht toegekend wordt aan schending van een Bouwbesluit of van adviezen van de Monumentenwacht. Vaak zal van beide schendingen sprake zijn in de praktijk. De aandacht hiervoor wordt ingegeven door het bestaan van vaste jurisprudentie over schending van bouwvoorschriften van de (gemeentelijke) overheid die direct tot gevolg heeft dat dan van non-conformiteit bij de verkoop van onroerend goed sprake is, een kernthema in veel procedures. Die jurisprudentie van de Hoge Raad, een standaardarrest uit 2005, bevestigd in 2013, is gevolgd door een klein dozijn uitspraken van hoven, in vele schakeringen en gradaties.

Daartoe volgt hier een beschrijving van die jurisprudentie van de Hoge Raad.

Schending van bouwvoorschriften en non-conformiteit: HR 2005

Een standaardarrest is de uitspraak van de Hoge Raad uit 2005, *Fabels/Meerderink*, inzake een pand uit 1972, verbouwd door verkoper in 1985 en 1993, verkocht in 1994.³² De koper kan geen geluidsisolatie in zijn woning aanbrengen na de koop, want het is gebleken dat de verkoper bij verbouwingen voorschriften met betrekking tot geluidwerendheid had overtreden. De Hoge Raad heeft bepaald dat de eis van

³² HR 25 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5383; zie Heyman-Bartels, nr. 356.

conformiteit (art. 7:17 BW) meebrengt dat “de koper ervan mag uitgaan dat de bouw of verbouwing van een woning destijds is geschied met inachtneming van de op dat moment geldende voorschriften, zelfs als die voorschriften niet direct betrekking hebben op gebruiksbepalende eigenschappen of veiligheidsaspecten van de woning”. Verkoper behoorde te weten dat verbouwingen aan die voorschriften moeten voldoen en hij kan zich niet disculperen met een beroep op een verzuim van zijn architect. Hij hoeft van het gebrek niet daadwerkelijk te weten.³³

Aldus de visie van de Hoge Raad op non-conformiteit en schending van bouwnormen. Maar art. 7:17 BW is van regelend recht, partijen kunnen er bij overeenkomst van afwijken, en daarmee komt de exoneratie-problematiek in zicht. Het Hof Arnhem had in deze zaak overwogen, na eenzelfde standpunt ingenomen te hebben als later de Hoge Raad over de vraag van non-conformiteit, dat de verkoper zich als gevolg daarvan níet op de exoneratieclausule van de overeenkomst kan beroepen, omdat hij in casu verzuimd heeft te vermelden dat de woning in strijd met de geldende bouwvoorschriften is verbouwd. Hij had *behoren te weten* dat het pand was verbouwd in strijd met de toen geldende bouwvoorschriften, oordeelde het hof, hetgeen een beroep op exoneratie in de weg stond.

In cassatie houdt dat geen stand: het hof had nagelaten om vast te stellen dat verkoper daadwerkelijk wist dat de verbouwingen met de voorschriften in strijd waren en dat is naar het oordeel van de Hoge Raad onvoldoende om een beroep op het exoneratiebeding af te wijzen als naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Dat is hetzij een onjuiste opvatting, hetzij een ontoereikend gemotiveerd oordeel van het hof. Het eerste omdat naast het ‘behoren te weten’ van de strijdigheid met bouwvoorschriften er sprake moet zijn van een ernstig verwijt dat de verkoper gemaakt kan worden dat hij dat feit niet heeft gemeld aan de koper. Indien het hof heeft geoordeeld dat in het licht van andere omstandigheden verkoper een ernstig verwijt gemaakt kan worden, is sprake van een motiveringsgebrek aangezien het hof niet gemotiveerd vermeld heeft welke omstandigheden het daarbij op het oog had en welk gewicht daaraan toegekend werd (rov. 3.7.4).

De regel over non-conformiteit is hiermee gegeven, maar ongewis gebleven of het exoneratie-beroep van de verkoper opgaat, dat moet immers nog beoordeeld worden aan de hand van de omstandigheden van het geval. Dat laatste is vaste rechtspraak; A-G Strikwerda wees in zijn conclusie op onder meer het *champignonkwekerij*-arrest uit 2000.³⁴ Hieronder, in par. 3, wordt nog op deze materie teruggekomen.

De conformiteitsregel van het arrest van 2005 werd bevestigd door de Hoge Raad bij arrest van 2013, inzake een verbouwing in strijd met bouwvoorschriften: bij de bouw was op een constructief punt afgeweken van de bouwvergunning, c.q. -tekening.³⁵ Dat levert op zich reeds non-conformiteit op: de koper mag ervan uitgaan dat conform de bouwvergunning is gebouwd. De afwijkingen van de bouwtekening had betrekking op de constructie en dakbedekking, hetgeen geleid heeft tot een wegens instortingsgevaar onbruikbaar gebouw (recreatiewoning). Nu stonden de wanden al zichtbaar scheef bij de koop; de koper had gesteld dat de scheefstand verergerd was. Het hof had geoordeeld, op grond van technische rapporten, dat de verergering - 7 jaar na de koop - niet aangetoond was en had de vordering tot schadevergoeding van koper afgewezen. A-G Wissink concludeert tot verwerping van het cassatieberoep van eiser,

³³ Rov. 3.6.3-3.6.4.

³⁴ HR 12 mei 2000, NJ 2000/412, *Interpolis Schade/Peeten B.V.*

³⁵ HR 6 december 2013, ECLI:NL:HR:2014:155; een art. 81 RO-uitspraak, zie hiervoor: concl. A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2013:1833.

en wordt daarin door de Hoge Raad gevolgd (met art. 81 RO).³⁶ Feitelijke en cassatie-technische aspecten gaven hierbij de doorslag.³⁷

De bevestiging van de regel uit 2005 is hier van belang, met de verfijning dat deze ook geldt voor het afwijken van bouwtekeningen, met nadelig gevolg voor de constructie van het gebouw, qua stabiliteit en veiligheid. In veel lagere rechtspraak werd zij gevolgd. Daarvan geef ik hier enkele voorbeelden, die voor ons onderwerp van belang zijn.

Het Hof Leeuwarden 28 juni 2011, behandelde een non-conformiteitsgeschil bij koop van een woonboerderij dat o.a. betrekking had op vloerbalken en de raveelbalk die niet aan de vereiste sterkte voldeden.³⁸ Die eisen werden ontleend aan het Bouwbesluit 1992 en de daarin voorgeschreven NEN-normen over “Belastingen en vervormingen” en ‘Houtconstructies’. Het hof veegt het argument van verkoper van tafel dat in het Bouwbesluit 1992 geen algemeen verbindende voorschriften zouden staan, doch slechts beoordelingsnormen voor B&W, en overweegt dan: "indien is gebouwd in strijd met de op dat moment geldende voorschriften, is immers in beginsel non-conformiteit gegeven". Met deze uitspraak volgt het hof het eerder genoemde arrest van de Hoge Raad van 2005. Verkopers verweer dat die normen hem niet bekend waren gaat eveneens van tafel, met verwijzing naar een uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State uit 2011, die betrekking had op de voorschriften van het Bouwbesluit 2003.³⁹

Verdere rechtspraak over deze materie

Er is nog meer, iets minder recente lagere rechtspraak over het bouwen in strijd met een bouwvergunning. Enkele voorbeelden:

Het vonnis van Rb. Arnhem, 16 december 2009, behandelt een non-conformiteitszaak waarbij een huis verkocht werd met een serre die zonder bouwvergunning gebouwd werd en waarbij materialen gebruikt werden die mogelijk niet voldeden aan het Bouwbesluit.⁴⁰ De serre voldeed niet aan voorschriften Bouwbesluit met betrekking tot brandoverslag en thermische isolatie. De rechtbank stelt non-conformiteit vast met toepassing van het arrest van de Hoge Raad van 2005. Het verweer van de verkoper dat hij niet bekend was met het vereiste van vergunningaanvraag verwerpt de rechtbank: het ontbreken van de vergunning dient de verkoper op grond van de in het verkeer geldende opvattingen hem te worden toegerekend. Over het niet voldoen van gebruikte materialen aan het Bouwbesluit wordt door de rechtbank een bewijsopdracht gegeven.

³⁶ A-G Wissink bespreekt de standpunten in de literatuur: handboeken als Asser/Hijma 7-1*, 2013 (vgl. &-1 2019/487); Heyman & Bartels, *Vastgoedtransacties: Koop*, 2012 en P. Klik, *Conformiteit bij koop*, diss. Rotterdam 2008. Wissink gaat zelf verder dan Hijma en Klik in dit verband (hun onderscheid tussen voorschriften uit vergunning en Bouwbesluit, met enige aarzeling gebracht).

³⁷ De conclusie van A-G Wissink roept hier en daar wel vragen op, wat de technische achtergrond betreft. Wij komen hier een VEH-rapport tegen, waarin verklaard was dat “de spantbenen de gevel lijken weg te drukken, en dat specialistisch onderzoek gewenst is”. Het hof las dit zo, dat de muren niet daadwerkelijk weggedrukt werden (!), zie concl. nr. 2.26. Er ontbraken ook oudere metingen waaruit verergering van de scheefstand zou blijken (nr. 2.25).

³⁸ ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ9712

³⁹ ABRvS 2 februari 2011, LNJ BP2750.

⁴⁰ ECLI:NL:RBARN:2009:BL0329.

In de zaak van Rb. Den Haag, 27 oktober 2010 was bij de verkoop van een appartement sprake van schending van bouwvoorschriften: de in het Bouwbesluit voorgeschreven tweede vluchtweg in geval van brand.⁴¹ De vraag was of die schending non-conformiteit oplevert. Verkoper erkende dat, maar voert als verweer dat dit gebrek kenbaar was voor de koper. De rechtbank overweegt daarover:

“De rechtbank is van oordeel dat het niet zozeer gaat om de vraag of de kopers mochten verwachten dat er een tweede vluchtweg was als wel om de vraag of zij mochten verwachten dat hun pas verbouwde woning aan alle op dat moment geldende brandveiligheidsvoorschriften voldeed. Dat zij reden zouden hebben gehad om daaraan te twijfelen is gesteld noch gebleken. De kenbare afwezigheid van een tweede vluchtweg is in ieder geval geen reden om daaraan te twijfelen, nu – zoals Goedvast zelf stelt – ook woningen zonder tweede vluchtweg kunnen voldoen aan de brandveiligheidsvoorschriften, bijvoorbeeld door de aanwezigheid van een sprinklerinstallatie in plaats van een tweede vluchtweg. Nu vaststaat dat de appartementen niet aan de brandveiligheidsvoorschriften voldeden en dat de kopers daarvan tevoren niet op de hoogte waren, kunnen de kopers zich, ook in dat opzicht, erop beroepen dat de appartementen niet aan de koopovereenkomst beantwoorden.” (rov. 5.4)

In de koopovereenkomst was een bepaling opgenomen dat kopers afstand deden van het recht op ontbinding van de overeenkomst. De rechtbank acht een beroep daarop door verkoper Goedvast naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, met inachtneming van alle omstandigheden (rov. 5.7). Dit exoneratie-thema is ook relevant voor de situatie waarin een verkoper een beroep doet op een ouderdomsclausule in de koopovereenkomst, een onderwerp dat elders nog ter sprake komt, in par. 3.

De rechtbank bepaalt ook dat de handelwijze van de verkoper jegens kopers onrechtmatig is (rov. 5.20 e.v.).

Rb. Zutphen 3 januari 2007, neemt non-conformiteit bij koop aan wegens schending van voorschriften Bouwbesluit.⁴² Het ging hier om een dubbele woonboerderij (uit 1964), waarvan de tussenmuur zeer gehorig was; bij een verbouwing in 2000 was aan de voorgeschreven NEN-norm (5077, 1991) niet voldaan. Verkoper had de vraag over aangebrachte isolerende voorzieningen met “ja” beantwoord, zonder te vermelden om welke voorzieningen het ging; koper hoefde daaraan volgens de rechtbank niet te twijfelen, met een beroep op HR 2005 (rov. 5.14). Normaal gebruik moet gegarandeerd zijn, waaraan niet afdoet dat koper in de transportakte te kennen had gegeven dat het gekochte de door hem verwachte eigenschappen bezit - een vorm van exoneratie. Die standaardpassage, oordeelt de rechtbank, kan slechts betekenis toekomen indien koper de woning reeds enige tijd in gebruik gehad zou hebben vóór de overdracht, hetgeen niet het geval was (rov. 5.13).

Rb. Zwolle 15 juli 2007, had de non-conformiteit betrekking op o.a. een verdiepingvloer die zonder vergunning gebouwd was.⁴³ De rechtbank volgt ook hier het arrest HR 2005: koper mocht verwachten dat met vergunning was verbouwd (rov. 4.3.1). Een verklaring van verkoper dat hem niet bekend is dat verbouwd zonder vereiste vergunning wordt door de rechtbank terzijde gelegd, als strijdig met het

⁴¹ ECLI:NL:RBSGR:2010:BO3303.

⁴² ECLI:NL:RBZUT:2007:BA1993.

⁴³ ECLI:NL:2009:RBZLY:BJ9087.

conformiteitsvereiste van art. 7:17 BW, met een beroep op HR 28 januari 2000, *NJ* 2000/575. De bepaling uit de koopovereenkomst dat levering plaats vindt “in de feitelijke staat waarin het verkochte zich bevindt” – dit is een exoneratie - wordt door de rechtbank met een beroep op Haviltex-arrest en HR 23 december 2005, *De Rooij/Van Olphen*⁴⁴ beperkt uitgelegd, met de betekenis: de verkoper zal de staat van het gekochte tussen koop en levering onveranderd laten (rov. 4.3.3).

3. Beroep op een exoneratieclausule beschouwd als in strijd met redelijkheid en billijkheid

Dit thema kwamen wij al enkele keren tegen, zoals bij het bouwen in strijd met geldende bouwvoorschriften, toen het standaardarrest van de Hoge Raad uit 2005, *Fabels/Meerderink*, besproken werd (in par. 2.2). Dat handelde over een pand uit 1972, verbouwd door verkoper in 1985 en 1993, verkocht in 1994.⁴⁵ De Hoge Raad bepaalde toen dat het beroep van de verkoper op de exoneratieclausule van de overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn, indien hij verzuimd heeft te vermelden dat de woning in strijd met de geldende bouwvoorschriften is verbouwd, hetgeen echter beoordeeld moet worden in het licht van de omstandigheden van het geval (hetgeen het hof *a quo* had nagelaten).

Op dit gebied bestaat een jurisprudentie van vele jaren, het is een algemeen leerstuk. Het standaardarrest is hier HR 20 februari 1976, *pseudo-vogelpest*, dat werd gevolgd door o.a.: HR 7 mei 1982, *Van Dijk/Bedaux*, HR 21 december 1990, *Van Geest/Nederlof*, HR 8 maart 1991, *staalgrit*. Ik verwijs voor een overzicht hiervan naar mijn boek *Verbintenissenrecht*, met vindplaatsen en verdere literatuurverwijzingen.⁴⁶ De jurisprudentie op dit gebied heeft zich nog verder ontwikkeld, met (standaard-)arresten uit 2000 en 2004, *Interpolis Schade/Peeten B.V. (champignonkwekerij)* en *Kuunders/Swinkels (varkensmesterij)*.⁴⁷ Het eerste arrest werd aangehaald door A-G Strikwerda in het arrest van 2005, *Fabels/Meenderink*. Het tweede is van nog groter belang en zal ik hier kort weergeven.

In de *Kuunders*-zaak gaat het om een motiveringsgebrek in de wijze waarop het hof het beroep op het exoneratiebeding had toegewezen, daarbij de maatstaf van ‘grove schuld’ aanlegend, waarvan in casu geen sprake was. Op beide punten casseert de Hoge Raad: alle relevante omstandigheden van het geval moeten meegewogen worden, waarbij de *laakbaarheid* van het handelen van de exonerant in aanmerking genomen moet worden, dus niet de zwaardere norm van ‘grove schuld’. Dat niet alleen: ook de gevolgen van dat verzuim en in hoeverre de daardoor ontstane schade door verzekering is gedekt moeten bij de beoordeling betrokken worden (rov. 3.6). Het ging hier om een menselijke fout: de installateur had bij de vervanging van een zekering in een varkensstal vergeten om het alarm weer aan te zetten – hij was afgeleid omdat hij net een telefoontje kreeg. Dat alarm ging enige tijd later niet af

⁴⁴ ECLI:NL:HR:2005:AU2414, *NJ* 2010, 62, m.nt. Wissink, *De Rooij/Van Olphen*; TMA 2008-5/6, p.191 e.v., noot Van Dunné. In dezelfde zin: Rb. Arnhem 20 september 2006, bevestigd: Hof Arnhem 18 maart 2006, *NJF* 2008/257, vgl. ook: Hof Den Bosch 2 mei 2006, *NJF* 2006/440, waarover: Heyman-Bartels, nr. 374, die dit gevallen van ‘normatieve uitleg’ noemt.

⁴⁵ HR 25 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5383; zie: Heyman-Bartels, nr. 356 e.v.

⁴⁶ T.a.p., *Deel I*, p.418-422; en algemeen, p.388 e.v. Zie ook, beknopter: Asser-Hartkamp & Sieburgh, 6-1* 2012/368; Asser-Sieburgh 6-1 2016/368.

⁴⁷ Resp. HR 12 mei 2000, *NJ* 2000/412 en HR 18 juni 2004, *NJ* 2004/385. Zie voor beide arresten: Van Dunné, t.a.p., p.437-447; voor het arrest *Kuunders-Swinkels*: Asser-serie, 6-1* 2012/369; 2016/369.

toen de stroom uitviel door een aardlek en de ventilatoren stilgevallen waren, met verstikking van 900 varkens tot gevolg. Kleine fout – grote gevolgen.

De maatstaf die aangelegd moet worden voor de mate van ‘laakbaarheid’ van de handeling van de exonerant is regelmatig inzet van procedures, ook voor de Hoge Raad. Het arrest van 10 juni 2011 is hierbij weer een nieuw baken.⁴⁸ De inzet in cassatie was de klacht dat het hof niet de maatstaf van ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ had gehanteerd bij de toetsing van het beroep op exoneratie, maar bij de afwijzing ervan uitgegaan was van “een zodanige vorm van onachtzaamheid” bij de exonerant dat dit beroep als naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar beoordeeld moest worden. Dat oordeel van het hof hield stand in cassatie, gehouden tegen het licht van de omstandigheden die het hof bij zijn oordeel van belang had geacht. De zaak gaat over (landelijke) wedstrijden op een kartingbaan waarbij een deelnemer een ongeluk krijgt doordat de wedstrijdleiders niet alle veiligheidsvoorschriften nageleefd hadden. Vanwege de overeenkomst met ons onderwerp, de koop van een woning waarbij als gevolg van het schenden van voorschriften uit het Bouwbesluit een gevaarsituatie is ontstaan, loont het de moeite om dit arrest nader te bezien.

Het hof had bij zijn oordeel de volgende omstandigheden betrokken:

- “een kartbaan dient, juist met het oog op de mogelijkheid van technisch of menselijk falen, te voldoen aan strikte veiligheidseisen;
- een baanlicentie van de KNAF houdt in dat de baan op het moment van uitschrijven van de licentie voldoet aan de normen en veiligheidseisen voor het houden van kartevenementen "onder" reglementen van de KNAF;
- [eiser 1] en [eiser 2] droegen als wedstrijdleiders voor het naleven van de veiligheidsvoorschriften en reglementen van de KNAF de eindverantwoordelijkheid;
- zij zijn in gebreke gebleven om te controleren of voor deze baan een licentie was verleend;
- zij hebben in strijd met de reglementen van de KNAF gehandeld door de wedstrijd op een niet goedgekeurd circuit te laten plaatsvinden;
- hoewel in dit geval geen sprake is van grove schuld of bewuste roekeloosheid, zijn de gedragingen van [eiser 1] en [eiser 2] ernstig verwijtbaar, nu karten een gevaarlijke sport is en de deelnemers voor wat betreft de veiligheid van het circuit afhankelijk zijn van functionarissen zoals [eiser 1] en [eiser 2];
- het feit dat [eiser 1] en [eiser 2] "vrijwilligers" waren, zoals zij zelf stellen maar door [verweerder] wordt betwist, doet aan het voorgaande niet af.” (rov. 3.5.2) [onderstreping toegevoegd]

Wat de verzekeringsaspecten betreft, had het hof overwogen:

“dat aansprakelijkheid voor schade als de onderhavige niet onverzekerbaar is, dat gesteld noch gebleken is dat de aansprakelijkheid van [eiser 1] en [eiser 2] niet wordt gedekt door hun aansprakelijkheidsverzekeringen en dat de ongevallenverzekering, waarop [verweerder] op grond van zijn rijderslicentie aanspraak kon maken, slechts geleid heeft tot een betrekkelijk geringe uitkering.”

⁴⁸ HR 10 juni 2011, NJ 2012/405, m.nt. Tjong Tjin Tai, *Van den Hoek/Plots (kartingbaan)*.

De Hoge Raad keurt de beoordeling door het hof goed, en werkt dat in de volgende overweging (3.5.3) nog wat uit, waarbij dit onderdeel opvalt:

“dat aan de mate van verwijtbaarheid niet kan afdoen de omstandigheid dat [verweerder] als professionele karter zich heel wel bewust was van de daaraan verbonden risico's, omdat de deelnemers (zoals [verweerder]) op het punt van de veiligheid van het circuit afhankelijk zijn van functionarissen zoals [eiser 1] en [eiser 2].”

Om tot een afronding op dit punt te komen, wij zagen dat in het eerder genoemde arrest HR 2005, *Fabels/Meenderink*, bij de toetsing van een beroep op exoneratie bij non-conformiteit de cassatierechter de maatstaf hanteert van een ‘ernstig verwijt’ dat de verkoper gemaakt kan worden met zijn verzwijging. De hierboven gesproken recente jurisprudentie geeft een nadere inkleuring hoe die norm opgevat moet worden, met name hoe daaraan inhoud gegeven dient te worden aan de hand van de omstandigheden van het geval. Het bekend gevaar is hier, dat de exonerant de kant van ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ opzoekt om zijn doel te bereiken: een exoneratie die toegewezen wordt. Die problematiek speelt op meer terreinen, ik noem slechts: beroepsaansprakelijkheid en bestuurders-aansprakelijkheid volgens Boek 2 BW.⁴⁹

Het is voor ons onderwerp een goede exercitie om de uitspraak van 2005 eens langs de lat te leggen van de zonet besproken, recentere jurisprudentie. De Hoge Raad oordeelde in *Fabels/Meerderink* dat het hof verzuimd had om bij de beantwoording van de vraag of het beroep op het exoneratiebeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, *alle omstandigheden* van het geval te betrekken. Dat waren, overweegt de Raad, met name:

- “(a) het feit dat [eiser] de verbouwingen door een architect had laten begeleiden,
- (b) het feit dat de gemeente voor de ouderslaapkamer en de eetkamer/keuken bouwvergunningen had afgegeven, ondanks het feit dat de aanvraag daartoe niet voorzag in geluidwerende voorzieningen, die reeds toen waren voorgeschreven op grond van het Besluit geluidwering gebouwen,
- (c) het feit dat tussen partijen voorafgaand aan de totstandkoming van de koopovereenkomst slechts summier is gesproken over de mogelijkheid van isolatie op kosten van het Rijk en [eiser] desgevraagd geweigerd heeft enigerlei garantie ter zake van de toepassing van de Regeling geluidwerende voorzieningen in de koopakte te doen opnemen en
- (d) het feit dat beide partijen bij de totstandkoming werden bijgestaan door een makelaar en de makelaar van [verweerder] c.s. voorafgaand aan het totstandkomen van de koopovereenkomst navraag heeft gedaan bij de Nibag en met de uitkomst daarvan genoeg heeft genomen.”⁵⁰

Deze opsomming van de meest relevante feiten en omstandigheden van de casus die van betekenis zijn voor de rechtspositie van beide partijen, in een wisselend *pro* en *contra*, geeft aan dat de toetsing van een beroep op exoneratie door de verkoper geen sine cure is. Het maakt begrijpelijk dat de cassatierechter een afweging in concreto

⁴⁹ Zie daarover: Van Dunné, *De aansprakelijkheid van de arbiter: ‘bewuste roekeloosheid’, ‘ernstig verwijt’ of ‘bekwaam arbiter’ als maatstaf?*, Cahier Ars Aequi, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2019, p.65-84.

⁵⁰ Rov. 3.7.3. Heyman acht het goed denkbaar dat dit soort omstandigheden van invloed is op de ernst van de verwijtbaarheid van het niet voldoen aan de mededelingsplicht door verkoper, t.a.p., nr. 356.

eist en geen *hard and fast rules* aanneemt om ernstige verwijtbaarheid vast te kunnen stellen.

Ik kwam in een recent arrest van het Hof Den Bosch een overweging tegen die deze materie voor de praktijk van de feitenrechter aardig samenvat - als algemene (open) norm ingekleed:

“Bij art. 6:248 lid 2 BW gaat het om de vraag of de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid aan een beroep op een contractueel beding in de weg staat. Het antwoord op die vraag hangt af van alle omstandigheden, zoals de aard en de verdere inhoud van de overeenkomst waarin het beding voorkomt, de maatschappelijke positie en onderlinge verhouding van partijen, de wijze waarop het beding tot stand is gekomen, de mate waarin de wederpartij zich de strekking van het beding bewust is geweest en de zwaarte van de schuld (ter zake van het veroorzaken van de desbetreffende schade) mede in verband met de aard en de ernst van de bij enige gedraging betrokken belangen”.⁵¹

Er zijn veel recente toepassingen van de hier besproken jurisprudentie op het terrein van non-conformiteit, met soms een feitelijke context die voor ons onderwerp van belang is. Het gaat hier om: Rb. Rotterdam 10 februari 2016⁵²; Hof Den Haag 21 november 2017, inzake *Greencat*⁵³ en Hof Den Bosch 12 mei 2018.⁵⁴

Tenslotte, bij de afsluiting van dit onderdeel, nog een opmerking over een aspect dat nog niet belicht werd. De problematiek van een expliciete exoneratie, bijvoorbeeld door middel van een ouderdomsartikel, doet de vraag rijzen of er bij de verkoop niet ook een stilzwijgende garantie aangenomen zou kunnen worden dat het pand steeds volgens de bestaande normen onderhouden is, en daarom de prijs waard is die ervoor gevraagd werd. De figuur van een stilzwijgende garantie bij koop werd door de Hoge Raad in 1992 aanvaard, met het arrest *Steendijkpolder*.⁵⁵ Van een dergelijk garantie mag niet door middel van een beroep op een exoneratiebeding afgeweken worden.

In die zaak was een perceel als ‘bouwgrond’ met bestemming: woningbouw uitgegeven door Gemeente Maassluis; dat perceel moet dan ook geschikt zijn voor de woningbouw, dat wil zeggen, geen bodemvervuiling hebben, oordeelden hof en Hoge Raad. Het beroep van de Gemeente op de exoneratieclausule, namelijk dat het perceel aanvaard werd door koper zoals aangeboden (‘voetstoots’), geldt hier niet, bepaalde de Hoge Raad, als in strijd met de redelijkheid en billijkheid (de goede trouw).

Stel het geval dat de verkoper een ‘goed onderhouden’ rijksmonument voor/ruim boven de marktprijs aangeboden heeft, en dat in werkelijkheid daarvan geen sprake was. Om het pand te kunnen bewonen zouden geen ingrijpende herstelmaatregelen en verbouwingen behoeven uitgevoerd te worden door de koper.⁵⁶ Het goed onderhouden zijn van het pand, met inachtneming van de voorschriften van de Monumentenwet, was derhalve een stilzwijgende garantie die de koper verleend werd bij de koop.⁵⁷

Het zou een punt van overweging kunnen zijn om dit in procedures aan te voeren in de context van non-conformiteit.

⁵¹ Hof Den Bosch 1 mei 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:1836, rov. 10.5.4.

⁵² ECLI:NL:RBRT:2016:1016.

⁵³ ECLI:NL:GHDHA:2017:3239.

⁵⁴ ECLI:NL:GHSHE:2018:1836; verder nog: Hof Arnhem-Leeuwarden 2013 en 2014.

⁵⁵ HR 9 oktober 1992, NJ 1994/289, m.nt. Brunner. Zie hierover: Van Dunné, *Verbintenissenrecht 1*, p.486 e.v.

⁵⁶ Zie als voorbeeld hiervan: [N.B.: jurisprudentie nog toevoegen]

⁵⁷ Zie in dit verband ook: HR 20 juni 2008, *Pontmeyer/Archon*, onder besproken, in par. 1.3.

4. Het beroep op dwaling en non-conformiteit

4.1 Eenzijdige dwaling. Inleiding

In de praktijk wordt bij non-conformiteit regelmatig ook een beroep op dwaling gedaan, soms in combinatie met een beroep op bedrog.⁵⁸ In die context kan het zinvol zijn om een beroep te doen op dwaling (in haar eenzijdige vorm) ex art. 6:228 BW en daarbij geen vernietiging van de overeenkomst te vragen - het normale rechtsgevolg van een geslaagde dwalingsactie - maar het alternatief van de “opheffing van dwalingsnadeel”, namelijk door aanpassing van de koopsom, op grond van art. 6:230 lid 2 BW.⁵⁹ Deze vorm van genoegdoening aan de teleurgestelde koper wordt niet gezien als schadevergoeding, anders dan bij een vordering op grond van non-conformiteit het geval is: daarbij gaat om een vorm van wanprestatie, met schadevergoeding tot gevolg.

De aanpassing van de koopsom moet men zich voorstellen als gebaseerd op een vergelijking tussen de daadwerkelijk gesloten overeenkomst en de ‘hypothetische overeenkomst’, de overeenkomst die partijen bij een juiste voorstelling van zaken zouden hebben gesloten.⁶⁰

Het gaat daarbij om een wijze van vaststelling die berust op het verschil tussen de koopsom en de werkelijke waarde van het pand, uitgaande van alle geconstateerde gebreken (en herstelkosten). Een aantrekkelijke bijkomstigheid is, dat volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad door de koper daarnaast ook andere vormen van schade die hij geleden heeft aan de verkoper in rekening gebracht mogen worden.

Over voordelen gesproken, met het instellen van een dwalingsactie heeft men geen last van een exonatiebeding van de verkoper, zoals de ouderdomsclausule. Kortom, het is een bruikbaar alternatief voor aansprakelijkstelling voor geleden schade.

Ik merk allereerst nog op, dat bij een dwalingsactie een combinatie met een vordering uit onrechtmatige daad mogelijk is, indien de verzwijging onrechtmatig was. Aldus reeds een uitspraak van de Hoge Raad in 1993, *Cattier/Waanders*).⁶¹ De meerwaarde ervan is echter zeer betrekkelijk, zeker indien de weg van opheffing van dwalingsnadeel gevolgd wordt, zoals nog zal blijken. Ik zal dit thema hier niet verder uitwerken.

De dwalingsactie

Bij de figuur van dwaling staat in de jurisprudentie al jaar en dag niet zozeer de onjuiste voorstelling van zaken van de dwalende centraal, maar de verhouding tussen diens onderzoekplicht als koper enerzijds, en de mededelingsplicht van de verkoper anderzijds. Dat laatste houdt meestal in: het verzwijgen van hem bekende gebreken aan de verkochte zaak. Hierboven kwamen wij dit thema ook tegen bij de figuur van

⁵⁸ Een voorbeeld van een dwalingsactie geeft Heyman-Bartels, in nr. 309.

⁵⁹ Een beroep op bedrog is weinig zinvol: bedrog is notoir moeilijk te bewijzen, want bij het doen van onjuiste mededelingen of verzwijgingen door verkoper is het aantonen van opzet vereist. Verder is het eraan gekoppelde beroep op wederzijdse dwaling eveneens van weinig belang voor ons onderwerp. Het is bovendien een apart en buitenissig onderwerp. Zie hiervoor: onder, par. 4.2

⁶⁰ Aldus A-G Hartlief, conclusie voor HR 6 december 2019, *Maetis/Beheermij. X*, ECLI:NL:PHR:2019:680, nr. 3.6, met literatuurverwijzing. Een arrest dat hieronder nog besproken zal worden.

⁶¹ HR 2 april 1993, *NJ 1995/94*, m.nt. Brunner.

non-conformiteit, met vergelijkbare jurisprudentie. Veel daarvan is ook toepasbaar bij dwaling.⁶²

Het arrest van 1998, *Offringa/Vinck (Antilliaans zwembad)*, is een standaardarrest dat tegelijk een samenvatting geeft van de rechtspraak van voorafgaande decennia, in dezelfde zin gevestigd.⁶³ Bij verkoop van een huis met zwembad was sprake van scheurvorming in muren van structurele aard die door de verkoper niet alleen verzwegen was, maar ook verborgen gehouden werd (betimmering voor slechte muren, het lekke zwembad dat bij bezichtiging gevuld was, e.d.). De herstelkosten bedroegen een kwart van de koopprijs. De koper had zelf geen onderzoek gedaan en had in goed vertrouwen de koop gesloten. Het verweer van de verkoper dat de koper nalatig was geweest door geen onderzoek in te stellen werd door de Hoge Raad verworpen, met handhaving van de regel dat in zo'n situatie, met inachtneming van alle omstandigheden, schending van de mededelingsplicht door verkoper zwaarder weegt dan die van de onderzoekplicht door koper. Bovendien, voegt de Hoge Raad eraan toe: “dat voormelde regel juist ertoe strekt ook aan een onvoorzichtige koper bescherming te bieden tegen de nadelige gevolgen van dwaling veroorzaakt door het verzwijgen van relevante gegevens” (rov. 3.5).

Dan komen wij nu op de aantrekkelijke remedie van ‘opheffing van nadeel’ voor de teleurgestelde koper.

Recente rechtspraak over de toepassing van art. 6:230 lid 2 BW is vooral van belang voor de wijze van berekening van het op te heffen nadeel voor de dwalende bij zijn miskoop.⁶⁴ Het arrest HR 6 december 2019 – al eerder genoemd – leert, dat indien de misleide koper niet met een voor de rechter (het hof) overtuigende berekeningsmethode komt, deze niet mag volstaan met afwijzing van diens vordering, maar dan zelf het bedrag van het nadeel door middel van een schatting moet vaststellen.^{65 66}

Al eerder had de Hoge Raad beslist dat behalve de opheffing van daadwerkelijk nadeel voor de in dwaling gebrachte partij, deze ook aanspraak heeft op vergoeding van andere kostenposten die er waarschijnlijk niet geweest waren zonder de ingetreden dwaling. In een arrest van 2002 bepaalde de Raad dat bij wijziging van de overeenkomst (de overeengekomen prijs) rekening gehouden mag worden met kosten

⁶² Voor het leerstuk van de dwaling, en de in de jurisprudentie gestelde eisen verwijs ik naar mij boek *Verbintenissenrecht, Deel I*, pp. 515-572.

⁶³ HR 10 april 1998, *NJ* 1998/666, m.nt. Kleyn. Eerdere arresten, in dezelfde zin zijn o.a.: HR 30 november 1973, *Van Beek/Van Dartel*; HR 21 december 1990, *Van Geest/Nederlof*, waarover mijn boek, in de vorige noot aangehaald, pp.532 e.v.; 538 e.v.

⁶⁴ Zie voor deze rechtsfiguur ook: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III, *Verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer, 2014/629 e.v.; Asser/Sieburgh 6-III 2018/629 e.v.; S.T.J. van der Weiden, “Een verzoek tot wijziging van de (rechts)gevolgen van een overeenkomst als alternatief voor vernietiging of schadevergoeding bij dwaling”, *Bb* 2020/21, p.112 e.v.

⁶⁵ HR 6 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1910, *NJ* 2020/19, *Maetis/Beheermij. X*. Het betrof een bedrijfsovername met koopprijs gebaseerd op het jaarresultaat over 2008 (‘EBIT 2008’, duurzaam vastgesteld) vermenigvuldigd met factor 5,47. In 2009 viel de omzet sterk terug, en daarmee ‘EBIT 2009’, en de vraag was hoe nu de juiste berekening van nadeel moest zijn. Zie daarover: conclusie A-G Hartlief. Over dit arrest ook: Van der Weiden, t.a.p.

⁶⁶ Een voorbeeld uit de lagere rechtspraak van de vaststelling van het nadeel door de rechter, die daarbij “een ruime beoordelingsruimte” heeft, is: Rb. Noord-Holland 2 maart 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:1708.

die zijn gemaakt na het sluiten van de overeenkomst.⁶⁷ Van der Weiden geeft hierbij als voorbeelden: juridische kosten en teveel betaalde overdrachtsbelasting, alsook gevolgschade en vertragingsschade.⁶⁸ De omstandigheden van het geval zullen hier meewegen, zoals de aard van de verzwijging en de ernst van de daarmee achtergehouden gebreken aan de verkochte zaak. Men zou hierbij kunnen denken aan alle kosten die de koper gemaakt zijn om achter de werkelijke staat van het gekochte pand te komen en welke voorschriften die door verkoper geschonden werden, door de inbreng van deskundigen op dit terrein. Bij juridische kosten valt ook te denken aan advieskosten op dat gebied.⁶⁹

Tenslotte nog een opmerking over de relatie tot de figuur van onrechtmatige daad. Zowel A-G Hartlief in zijn conclusie voor het arrest van 6 december 2019 en Van der Weiden in zijn artikel van dit jaar besteden er aandacht aan.⁷⁰ Het vorderen van schadevergoeding uit onrechtmatige daad, vereist allereerst een voldoende laakbare verzwijging door de verkoper, maar dan zijn er nog mogelijke obstakels, zoals de causaliteitsvraag. Dat laatste speelt geen rol bij de opheffing van nadeel ex art. 6:230 lid 2 BW, omdat dit niet als schadevergoeding opgevat wordt.

Ik zie derhalve geen meerwaarde in het volgen van de weg van schadevergoeding via een onrechtmatige daadsactie in een geval van non-conformiteit.

4.2 Wederzijdse dwaling van partijen

Voor een vordering van een koper gebaseerd op de onjuiste voorstelling van zaken die bij *beide* partijen bestond, *wederzijdse* dwaling, zijn er eveneens goede gronden aan te voeren en omstandigheden die merendeels al ter sprake zijn gekomen. Het is wel – dit als opmerking vooraf – een rechtsfiguur die in doctrine en rechtspraak stiefmoederlijk bedeed is. De plaatsing ervan in het dwalingsartikel (sub *c*) heeft daarin weinig verandering gebracht. Het dwalingsleerstuk is ontstaan uit rechtersrecht, en dat is nog steeds het geval. De arresten die hier de standaard zetten zijn echter schaars, en bovendien oud. Het beeld wordt nog steeds bepaald door rechtspraak van 1937, 1947 en 1972 en is vrij overzichtelijk. In het *taxatierapport*-arrest (1937) gingen partijen uit van een taxatierapport dat op basis van een onjuiste grondslag opgesteld was; in het *dekkleden*-arrest (1947) gingen partijen bij een vaststellingsovereenkomst er ten onrechte van uit dat een partij dekkleden verloren was gegaan, en in *Van Smeden/ Chr. Onderwijs Zaandam* (1972) veronderstelden partijen dat volgens de salarisregeling het inkomen van de leraar zou toenemen, hetgeen later onjuist bleek.⁷¹ De rechter in omliggende landen is uitvoeriger in de motivering waarom een beroep op dwaling in dergelijke gevallen toegestaan is, de Duitse rechter spreekt daarbij van het wegvallen van de *Geschäftsgrundlage*, dat een beroep op de goede trouw

⁶⁷ HR 18 juni 2002, NJ 2002/196, *Ruinemans/Heijmeijer*. Zie ook de conclusie van A-G Bakels voor dit arrest over het zoeken naar evenwicht in de overeenkomst bij de wijziging ervan.

⁶⁸ T.a.p., pp. 114-115.

⁶⁹ Zie in dit verband ook art. 6:96 lid 2b BW: “redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid”. Vgl. ook lid 2a: “redelijke kosten ter voorkoming of beperking van schade die als gevolg van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, mocht worden verwacht”. Voor jurisprudentie hierover, zie *Tekst & Commentaar Vermogensrecht*, red. Krans c.s., 9^e dr., 2017, Deventer: Kluwer, m.b.t. dit artikel.

⁷⁰ Zie resp.: conclusie, nr. 3.7, met verwijzingen, en p.115.

⁷¹ Resp. HR 25 februari 1937, NJ 1937/1058, m.nt. Meijers, *taxatierapport*: HR 20 december 1947, NJ 1947/85, *dekkleden*: HR 3 november 1972 NJ 1973/37, m.nt. Scholten, *Van Smeden/ Chr. Onderwijs Zaandam*. Zie mijn *Verbintenissenrecht 1*, p.558-569.

rechtvaardigt; vasthouden aan de onaangepaste overeenkomst is *unzumutbaar*. Zijn Engelse collega zoekt naar een “just and reasonable solution”.⁷² Bij ons laat de rechter dit thema doorgaans links liggen, en als het al aan de orde komt, kiest hij uiteindelijk voor afdoening op grond van *eenzijdige* dwaling, na het risico behendig aan de wederpartij toegerekend te hebben. Een goed voorbeeld daarvan is het *kilometerteller*-arrest van 1993, waar het hof dat zo oplost; de Hoge Raad komt daar niet aan toe en slaat een andere weg in via een garantie.⁷³ In een recent arrest heeft de Hoge Raad zich alleen over stelplicht en bewijslast bij wederzijdse dwaling uitgelaten.⁷⁴ De Parlementaire geschiedenis leert dat men niet de eis mag stellen dat ook de wederpartij van de eiser (in dwaling) de overeenkomst niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben willen sluiten. Voldoende is dat de onjuiste voorstelling van zaken van invloed is geweest op de inhoud van de overeenkomst, bijvoorbeeld de prijsstelling.⁷⁵

Ik moet het bij deze schets laten. Ook hier zou het bekende drieluik van: aard van de overeenkomst, verkeersopvatting en redelijkheid een passende norm zijn.⁷⁶

5. De aansprakelijkheid van de makelaar volgens de jurisprudentie: de norm van een redelijk en bekwaam handelend persoon

In een geval van non-conformiteit bij koop van onroerend goed is behalve de verkoper, meestal ook de tussenpersoon, de makelaar in beeld. Daarbij kan sprake zijn van een onderschikte rol, maar ook een leidende, indien de verkoper zich op de achtergrond gehouden heeft of zelfs geheel geen band met het pand had en slechts eigenaar op afstand is. Indien een makelaar zijn boekje te buiten is gegaan, geldt de voor hem gestelde norm van een redelijk en bekwaam handelende makelaar, en in die situatie zouden ernstige tekortkomingen als makelaar hem toegerekend kunnen worden als onrechtmatige daad. Het is daarom voor ons onderwerp van belang om hiervoor het kader aan te geven dat in de jurisprudentie gehanteerd wordt bij de aansprakelijkheid van makelaars.

Een praktisch, proces-economisch aspect is hier dat een makelaar verzekerd zal zijn terwijl dat bij een particuliere verkoper van onroerend goed meestal niet het geval zal zijn. Het kan zijn dat de teleurgestelde koper diepe zakken zoekt om zijn schade wegens non-conformiteit te kunnen verhalen. Wij zagen eerder, in par. 3, dat in de jurisprudentie van de Hoge Raad bij de toetsing van een beroep van de verkoper op een exoneratiebeding het verzekerd zijn een expliciete rol speelt. Het hof mag bij zijn toetsing dat aspect niet missen. De arresten *Kuunders-Swinkels (varkensmester)* (2004) en *Van den Hoek/Plots (kartingbaan)* (2011) zijn een goede voorbeelden van een rechtspraak die al vele decennia beslaat.

⁷² Ik schreef hierover in mijn bijdrage aan de Jubileumbundel *Iustitia et Amicitia, Geschillenbeslechting in en buiten rechte*: “De verplichting tot heronderhandelen in geval van hardship”, Arnhem: Gouda Quint, 1988, p. 117.

⁷³ HR 25 juni 1993, *NJ* 1994/291, m.nt. Brunner, *Kilometerteller*, inzake een garantie die niet door middel van exoneratie ongedaan gemaakt kan worden – een bekend euvel.

⁷⁴ HR 10 juni 2016, *ECLI:NL:HR:2016:1136*, inzake echtelijke verevening van pensioenrechten. De gedaagde draagt de stelplicht en bewijslast “dat de relevantie van de dwaling ook bij een juiste voorstelling van zaken voor haar niet kenbaar zou zijn geweest”.

⁷⁵ Vgl. Asser/Hijma 7-1* 2013/238; 7-1 2019/347-348.

⁷⁶ Deze sub-paragraaf is ontleend aan: Van Dunné: “Een brug over de Surinamerivier, een brug te ver? Dwaling in de tropen *revisited*”, bijdrage aan: *Het pleit beslecht*, Lustrum-bundel *Iustitia et Amicitia*, R. de Graaff en D.F.H. Stein (red.), Den Haag: BoomJu, 2020, p. 21 e.v., op p.31 e.v.

Wij zagen eerder dat de rechters al geruime tijd een strenge norm hanteren voor de contractuele aansprakelijkheid van de verkoper voor gebreken in het pand, wanprestatie, via de weg van non-conformiteit: het schenden van wettelijke verplichtingen door de eigenaar van het pand levert op zich die aansprakelijkheid reeds op. Zoals een eigenaar bekend hoort te zijn met die wettelijke verplichtingen (Monumentenwet, Bouwbesluit, Woningwet) is dat *a fortiori* het geval met de deskundige makelaar, eens temeer indien hij voorgeeft specialist te zijn op het gebied van de verkoop in kwestie, zoals bijvoorbeeld monumentale woningen en rijksmonumenten.

In de jurisprudentie worden de volgende normen aangehouden bij aansprakelijkheid van makelaars. De algemene norm is dat de makelaar bij de begeleiding van een verkoop ‘redelijk bekwaam’ en ‘redelijk handelend’ als vakman moet optreden. Het Hof Den Haag overwoog bij arrest van 26 april 2011 bijvoorbeeld in een geval van een onjuist taxatie-rapport van een makelaar:

“Dat het bij de beoordeling van de vraag of de makelaar onrechtmatig heeft gehandeld neerkomt op de vraag of bij de totstandkoming van het taxatierapport en bij de uitgangspunten die zij daarbij heeft gehanteerd zij de zorgvuldigheid heeft betracht die van een redelijk bekwaam redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht.”⁷⁷

Deze norm wordt algemeen gehanteerd bij aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaren, zoals: artsen, advocaten, consultants, technisch adviseurs, e.d. Dit staat ook wel bekend als de ‘maatman’-norm.⁷⁸ Voor advocaten heeft de Hoge Raad deze norm aangenomen in het arrest van 18 september 2015.⁷⁹ Kenmerkend is steeds, dat geen sprake hoeft te zijn van een ‘persoonlijk ernstig verwijt’ dat de beroepsbeoefenaar gemaakt moet kunnen worden.

Op 17 februari 2012 deed de Hoge Raad een uitspraak die naderhand verder uitgewerkt werd, over de vraag in hoeverre een koper mag afgaan op de juistheid van informatie die de makelaar hem verstrekt heeft.⁸⁰ Daarbij staat centraal in welke mate de koper op die informatie had mogen vertrouwen. In dat arrest overwoog de Hoge Raad:

“Het antwoord op de vraag of - en zo ja, in hoeverre - een potentiële koper op de juistheid van de door een makelaar verstrekte informatie mag afgaan, is onder meer afhankelijk van eventuele mededelingen van de makelaar over de mate waarin hij voor de juistheid van die gegevens instaat. Daaraan kan niet afdoen dat hij jegens de potentiële koper niet in een contractuele verhouding staat.” (rov. 3.4) [onderstreping toegevoegd]

⁷⁷ ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ7495, rov. 4.

⁷⁸ Zie hierover: Van Dunné, *De aansprakelijkheid van de arbiter, Cahier Ars Aequi*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2019, p.65 e.v.

⁷⁹ HR 18 september 2015, *NJ* 2018/66, m.nt. Van Schilfgaarde, *Breeweg/Wijnkamp*. Deze norm van ‘redelijk en bekwaam handelen’ geldt ook voor bestuurders van vennootschappen (art. 2:9 BW), opdrachtgevers (art. 7:401 BW) en hulpverleners (art. 7:453 BW).

⁸⁰ HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6162; *NJ* 2012/290, m.nt. Verstappen.

Een complicerende factor in deze zaak was dat de makelaar in kwestie de verstrekte informatie (oppervlakte bedrijfspand) van de verkoper en een derde had verkregen, en zonder te controleren overgenomen had.

A-G Huydecoper maakt in zijn conclusie voor dit arrest een opmerking die het vermelden waard is. Het hof had aangenomen als vuistregel dan wel ervaringsregel, dat bij verhuur van bedrijfsruimte de verhuurbare oppervlakte “een bij uitstek relevant gegeven pleegt te zijn”. De A-G ondersteunt die opvatting volmondig (conclusie, nr. 9). In het geval van de verkoop van een historisch, monumentaal pand, zou men kunnen stellen dat de onderhoudsstaat eveneens een ‘bij uitstek relevant gegeven’ voor de koper pleegt te zijn. Dat betekent dat mededelingen daarover door de makelaar van het soort zijn waarop de koper in goed vertrouwen mag afgaan.

In het arrest van 13 juli 2018 geeft de Hoge Raad een nadere invulling van deze regel, wederom in een geval van onjuiste oppervlakte van het verkochte pand, dit keer als gevolg van het niet naleven van de NVM-meetinstructie.⁸¹ De Hoge Raad overweegt hierin:

3.4.2 “Een verkopend makelaar handelt onrechtmatig jegens een aspirant-koper indien de makelaar jegens deze niet de zorgvuldigheid betracht die in de omstandigheden van het geval van de makelaar mag worden verwacht. Daarvan kan onder meer sprake zijn indien de makelaar de aspirant-koper voorafgaand aan de verkoop onjuiste of misleidende informatie verstrekt over eigenschappen van de zaak waarvan hij moet begrijpen dat deze voor de (betrokken) koper bij diens aankoopbeslissing van belang kunnen zijn. Indien het om een woning gaat, behoort tot die eigenschappen in het algemeen de netto woon- of gebruiksoppervlakte. Bij de beoordeling of de makelaar, door het verstrekken van dergelijke onjuiste of misleidende informatie, onrechtmatig heeft gehandeld jegens de koper, komt het aan op het vertrouwen dat de koper in de omstandigheden van het geval aan de gegeven informatie mocht ontlenuen (vgl. HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6162, NJ 2012/290, rov. 3.4).

3.4.3 In zijn zojuist genoemde arrest heeft de Hoge Raad overwogen dat het antwoord op de vraag of – en zo ja, in hoeverre – een potentiële koper op de juistheid van de door een makelaar verstrekte informatie mag afgaan, onder meer afhankelijk is van eventuele mededelingen van de makelaar over de mate waarin hij voor de juistheid van die gegevens instaat (rov. 3.4). In zojuist genoemd arrest ging het om de verkoop (van een bedrijfspand), waarbij in de door de makelaar opgestelde verkoopbrochure was vermeld dat de daarin opgenomen gegevens gebaseerd waren op door de verkoper ter hand gestelde gegevens en tekeningen. In de onderhavige zaak gaat het echter om een verkoop ten aanzien waarvan het hof in rov. 3.9 – in cassatie onbestreden – heeft vastgesteld dat [eiseres] als NVM-makelaar de meetinstructie had moeten toepassen.” [onderstreping toegevoegd]

In dit verband zoekt de Hoge Raad steun bij een uitspraak van de Centrale Raad van Toezicht van de NVM van 6 juni 2013 (nr. 13-2442 CRvT), als volgt aangehaald:

“Uitgangspunt is dat derden in beginsel op de inhoud van de in de verkoopdocumentatie opgenomen eigenschappen van het aangeboden object moeten kunnen afgaan bij het nemen van een aankoopbeslissing.

⁸¹ HR 13 juli 2018, NJ 2020/7, m.nt. Smeehuijzen, *Meetinstructie I*. In dezelfde zin: HR 22 febr. 2019, NJ 2020/8, m.nt. Smeehuijzen, *Meetinstructie II*, dit betrof de wijze van schadevaststelling.

Het behoort tot de taak van de verkopend makelaar om te vermijden dat op grond van de inhoud van de verkoopdocumentatie bij derden verwachtingen worden gewekt waarvan later blijkt dat daarvoor geen of onvoldoende grond bestaat. Dat geldt in het bijzonder voor de in de verkoopdocumentatie opgenomen gebruiksoppervlakte omdat de gegevens daarover voor potentiële kopers in het algemeen een belangrijk aspect vormen bij het nemen van een aankoopbeslissing.” (rov. 3.4.4) [onderstreping toegevoegd]

De Hoge Raad concludeert hieruit dat de NVM-meetinstructie strekt tot bescherming van de belangen van de aspirant-kopers.

Over die bescherming gesproken, A-G Valk heeft in zijn conclusie voor dit arrest een behartenswaardige opmerking gemaakt, namelijk: “Een makelaar is geen reclameadviseur van de verkoper – of is ieder geval veel meer dan dat – en dat heeft consequenties voor hoe hij zich behoort te gedragen” (conclusie, nr. 2.4).

De mogelijkheid voor de makelaar om zich op een exoneratiebeding te beroepen leidt nog tot een belangrijke overweging van de Hoge Raad. De vermelding in de verkoopbrochure dat daaraan geen rechten ontleend kunnen worden – een exoneratie dus met betrekking tot de vermelde oppervlakte – acht de Hoge Raad onvoldoende: een dergelijke “standaardmededeling” is “niet specifiek genoeg om afbreuk te kunnen doen aan het vertrouwen dat de aspirant-koper [...] aan het verplichte karakter van de meetinstructie mag ontleenen” (rov. 3.4.6).^{82 83}

In deze zaak hadden de door de makelaar gedane mededelingen betrekking op de oppervlakte van het pand. In de nog te bespreken jurisprudentie komen ook andersoortige mededelingen ter sprake, die minstens zo relevant zijn.

In zijn noot onder dit arrest wijst Smeehuijzen op een belangrijk aspect van deze jurisprudentie van de Hoge Raad. Vanwege het feitelijke karakter van de invulling van de maatschappelijke betamelijkheid (als norm voor een onrechtmatige daad) door de feitenrechter, kent de cassatierechter een groot gewicht toe aan de motiveringsplicht van de rechter.⁸⁴

De annotator besteedt ook aandacht aan de invloed die normen opgesteld (of nageleefd) door een beroepsorganisatie hebben op de vaststelling door de rechter wat de maatschappelijke betamelijkheid in concreto inhoudt in een geschil met een makelaar. Vandaar ook het citaat dat de Hoge Raad opnam van de uitspraak van de Centrale Raad van Toezicht NVM van 2013.⁸⁵

Het Hof Den Bosch deed op 20 augustus 2019 een belangrijke uitspraak in aansluiting op het zojuist genoemde arrest van de Hoge Raad van 13 juli 2018. Na dat arrest weergegeven te hebben komt het hof tot de volgende beslissing:

3.8. “Het hof is van oordeel dat [geïntimeerde] gezien de onjuiste weergave in de brochure en de plattegronden onrechtmatig heeft gehandeld jegens [appellant].

⁸² Zie over dit onderwerp: J.J. Dammingh, *Makelaardij 2015-2017 (II)*; *TvC* 2018, nr. 5, p.237.

⁸³ Overigens doet een makelaar soms een merkwaardig beroep op exoneratiebepalingen in verband met door hem aan de koper verschaft onjuiste informatie, namelijk ontleend aan de koopovereenkomst, waarbij hij echter geen partij is, terwijl hij door de koper uit onrechtmatige daad wordt aangesproken (op een algemene exoneratieclausule of op de ouderdomsclausule).

⁸⁴ T.a.p., nr.19.

⁸⁵ T.a.p. nr. 8 e.v. zie over dit thema ook: P.W.J. Verbruggen, *WPNR* (2019) 7242, p.447 e.v.; R.A.J. van Gestel, *RegelMaat* 2018/6, p.395 e.v.; I. Giesen, *NTBR* 2018/19, p.135 e.v.

[geïntimeerde] heeft onjuiste afmetingen gepresenteerd aan [appellant]. De onjuistheid is te wijten aan een rekenfout die [adviseur] bij uitvoering van werkzaamheden voor [geïntimeerde] heeft gemaakt. Deze onjuistheid komt daarom voor rekening van [geïntimeerde]. De rechtsregels uit het hiervoor aangehaalde arrest van de Hoge Raad brengen bij deze stand van zaken mee dat [geïntimeerde] jegens [appellant] onrechtmatig heeft gehandeld. VastgoedPRO staat haar leden toe de afmetingen te berekenen aan de hand van bouwtekeningen, zoals [geïntimeerde] onweersproken aanvoert (conclusie van antwoord, 8), maar de berekening moet wel kloppen. Daar mag de aspirant koper op vertrouwen, net zoals hij mag vertrouwen op de meetinstructie. De omstandigheid dat het hier niet om de meetinstructie gaat, maar om een berekening aan de hand van bouwtekeningen, rechtvaardigt geen ander oordeel.” [onderstreping toegevoegd]

Het is van belang dat het hier niet gaat om een schending van een NVM-, (meet-)instructie door de makelaar, maar een reguliere beroepsfout: een rekenfout, niet van hemzelf maar van een door hem aangetrokken adviseur, waarvoor hij echter het risico draagt. Dat betekent voor het geval dat een makelaar zich beroept op het deskundigenoordeel gelegen in het keurings-rapport (van VEH of anderszins) door bouwkundige keurder opgesteld, een fout in dat rapport hem geen soelaas kan bieden, als komend voor zijn risico.

Een uitspraak die eveneens van grote betekenis is voor ons onderwerp, is die van Rb. Arnhem 14 juli 2010.⁸⁶ Het gaat om de verkoop van een huis met een bijgebouw, met dezelfde grootte als het huis. In de verkoopbrochure was vermeld dat het bijgebouw uitermate geschikt was voor bewoning, de kopers waren juist daarin geïnteresseerd, bij de bezichtiging was het bijgebouw bewoond. Verkoper wist dat bewoning volgens het bestemmingsplan niet was toegestaan maar had dat verzwegen tegenover de kopers. De overige feiten worden duidelijk uit de volgende overwegingen van de rechtbank:

[N.B.: onderstaand stuk wordt nog ingekort]

4.7. “De rechtbank overweegt als volgt. Vast staat dat [makelaar/gedaagde] wist dat bewoning in het bijgebouw ingevolge het bestemmingsplan niet was toegestaan. In de onderhavige brochure is het bijgebouw desalniettemin aangeprezen als ‘multifunctionele ruimte’ die ‘uitermate geschikt is voor bewoning als patiobungalow’. Verder is in het vervolg van de brochure ten aanzien van de ligging opgemerkt dat ‘voor beide panden geldt dat ze zeer centraal gelegen zijn, op loopafstand van het centrum en Centraal Station en dat tegenover de panden een groen park met een speelplaats is.’ In de verkoopbrochure wordt derhalve geen onderscheid gemaakt tussen de woning en het bijgebouw. Ook zijn in de brochure foto’s (productie 20 van [gedaagden] c.s.) opgenomen van het bijgebouw die getuigen van een soortgelijke inrichting als de woning en blijkt daaruit dat het bijgebouw was voorzien van een keuken en bijkeuken met wasmachine-aansluiting, toilet en badkamer, woonkamer met open haard en houten vloer, geïsoleerde lichtkoepels en een slaapkamer. Alle voor bewoning benodigde voorzieningen waren zodoende in het bijgebouw aanwezig.

4.8. Door op deze manier de woning en het bijgebouw te presenteren, heeft [makelaar/gedaagde] naar het oordeel van de rechtbank de indruk gewekt dat de woning en het bijgebouw gelijkwaardige objecten zijn en dat in beide panden bewoning is toegestaan, terwijl zij wist dat bewoning van het bijgebouw niet was toegestaan. Het verweer van [makelaar/gedaagde], dat [gedaagden] c.s. niet op de verkoopbrochure mochten afgaan, kan de rechtbank slechts volgen voor zover wordt

⁸⁶ ECLI:NL:RBARN:2010:BN:2953.

betoogd dat de brochure niet is bedoeld voor een objectief beeld van het te koop aangeboden object en dat de relevante informatie positief gekleurd wordt gebracht. Voor zover [makelaar/gedaagde] evenwel stelt dat [gedaagden] c.s. geenszins op de informatie in de brochure mochten vertrouwen en dat zij moesten afgaan op de bezichtigingen en de bouwkundige rapporten, miskent dit verweer de functie van de verkoopbrochure en de betekenis die daaraan in het maatschappelijk verkeer wordt toegekend. Door het bijgebouw op deze wijze te presenteren had [makelaar/gedaagde] kunnen weten dat potentiële kopers vooral geïnteresseerd waren in het object omdat zij in de veronderstelling verkeerden dat ook het bijgebouw, dat ongeveer eenzelfde vloeroppervlakte als de woning had, kon worden bewoond.

4.9. Voorts heeft [makelaar/gedaagde] naar het oordeel van de rechtbank vervolgens tijdens de bezichtigingen onvoldoende gedaan om het bij [gedaagden] c.s. door haar verkoopbrochure ontstane onjuiste beeld bij te stellen. [makelaar/gedaagde] heeft niet gesteld dat namens haar op enig moment is medegedeeld dat – zoals zij wist – bewoning van het bijgebouw niet was toegestaan. De rechtbank gaat voorbij aan het verweer van [makelaar/gedaagde], dat bij de bezichtigingen van de woning het bijgebouw niet werd bewoond en daartoe ook evident niet geschikt was, zodat er ook geen aanleiding bestond om te vertellen dat bewoning niet was toegestaan. Uit hetgeen onder 4.7. is overwogen blijkt dat het bijgebouw duidelijk meer weg had van een woning dan van een hobbyruimte. Dat het bijgebouw ten tijde van de bezichtigingen niet werd bewoond, hetgeen [makelaar/gedaagde] aanvoert maar [gedaagden] c.s. betwisten, is ook niet te rijmen met de aanschrijving van de gemeente van 6 juni 2006 (2.6.). Dat het bijgebouw in een matige staat van onderhoud verkeerde, zoals [makelaar/gedaagde] verder stelt, is niet ongebruikelijk voor te koop staande woningen en dus geen bijzondere omstandigheid waaruit [gedaagden] c.s. konden afleiden dat in het bijgebouw bewoning niet was toegestaan. Hetzelfde geldt voor het door [makelaar/gedaagde] gestelde ontbreken van wooncomfort. Ter zitting heeft [makelaar/gedaagde] voorts nog aangevoerd dat zij [gedaagden] c.s. wel heeft meegedeeld dat zij navraag moesten doen bij de gemeente over het bestemmingsplan. In het licht van de wetenschap van [makelaar/gedaagde] dat bewoning ingevolge het bestemmingsplan niet was toegestaan, lag het echter op de weg van [makelaar/gedaagde] om [gedaagden] c.s. dát mee te delen en is een enkele verwijzing naar de gemeente onvoldoende. Datzelfde geldt voor het enkele toezenden van de bestemmingsplanbepalingen aan [betrokkene 3] na afloop van de drie bezichtigingen, zonder enige toelichting daarop.

4.10. Uit hetgeen hierboven is overwogen blijkt dat [makelaar/gedaagde] wist dat bewoning van het bijgebouw niet was toegestaan, maar is in de verkoopbrochure daarover een onjuiste indruk gewekt die tijdens de bezichtigingen niet is gecorrigeerd. Daardoor heeft [makelaar/gedaagde] het risico in het leven geroepen dat kopers op onjuiste gronden tot aankoop zouden overgaan. De kans dat zij hierdoor schade zullen lijden – het object kan immers slechts ten dele voor het beoogde doel worden gebruikt – is aanzienlijk. Gezien deze aanzienlijke kans op schade had [makelaar/gedaagde] zich naar maatstaven van zorgvuldigheid behoren te onthouden van het op deze wijze presenteren van de woning en het nalaten [gedaagden] c.s. te informeren over de beperkingen in het bestemmingsplan die bewoning van het bijgebouw niet toestaan en heeft [makelaar/gedaagde] onrechtmatig jegens [gedaagden] c.s. gehandeld. De toerekenbaarheid van deze onrechtmatige daad heeft [makelaar/gedaagde] niet betwist, zodat de rechtbank reeds daarom daarvan uitgaat, maar ook overigens moet deze aan [makelaar/gedaagde] worden toegerekend, nu zij wist dat in het bijgebouw niet gewoond mag worden, maar daarover heeft gezwegen. [makelaar/gedaagde] dient dan ook de als gevolg van de onrechtmatige daad geleden schade aan [gedaagden] c.s. te vergoeden.” [onderstreping toegevoegd]

Deze uitspraak is van belang voor een situatie waarbij sprake door een voorstelling door een makelaar dat een huis geheel bewoonbaar is, terwijl een verdieping in strijd met voorschriften van Monumentenwet en Bouwbesluit verbouwd is en daardoor onbewoonbaar geworden is vanwege de gevaarsituatie die ontstaan was. Er kan ook nog een gemeentelijke Monumentenverordening in het spel zijn, in ieder geval wetgeving die een deskundig makelaar – zeker wanneer hij gespecialiseerd in monumentale woningen - in ieder geval bekend had behoren te zijn.⁸⁷

Over de vraag of op de makelaar bij de verkoop-voorbereiding de verplichting rust om onderzoek te doen naar aanwezigheid van vergunningen ten behoeve van gepleegde verbouwing of voor bewoning wordt regelmatig geprocedeerd. Ten aanzien van een in de achtertuin gelegen tuinhuisje besliste het Hof Arnhem in negatieve zin.⁸⁸ In dezelfde zin, Rb. Zeeland-West-Brabant 19 augustus 2015, waarbij geen algemene verplichting voor de makelaar wordt aangenomen om te onderzoeken of verbouwingen met vergunning zijn uitgevoerd of dat van een verleende vergunning is afgeweken.⁸⁹ De rechtbank geeft aan waarom dat, in het gegeven geval zo is:

“Anders dan koper kennelijk meent, rust op een verkopend makelaar niet (zonder meer) de verplichting om eigener beweging de juridische status van verbouwingen aan een woning bij de gemeente te controleren, indien er geen feiten of omstandigheden zijn die tot een dergelijke controle nopen. Koper heeft niet gesteld, dat hij bij verkopend makelaar heeft gevraagd naar de juridische status van de verbouwingen, noch heeft hij feiten en omstandigheden gesteld op basis waarvan kan worden geoordeeld dat hij mocht verwachten dat verkopend makelaar ongevraagd onderzoek daarnaar zou doen en daarover informatie zou verstrekken. Evenmin heeft koper zich op het stadpunt gesteld, dat verkopend makelaar wist of behoorde te weten dat de juridische status van de verbouwingen niet in orde was, noch dat verkopend makelaar zulks (ten onrechte) heeft verzwegen of in strijd met de waarheid aan hem heeft meegedeeld dat de juridische status van de verbouwingen in orde was.”
[onderstreping toegevoegd]

Deze overweging is overtuigend, en geeft tevens aan waarom dat in geval sprake is van het zichtbaar zijn van een verbouwing die strijdig is met de Monumentenwetgeving en het Bouwbesluit (alsook de Woningwet), er voor de makelaar “feiten en omstandigheden zijn die tot een dergelijk controle nopen”. Een makelaar behoort dan in actie te komen, en onderzoek te doen naar de aanwezigheid van verleende vergunningen en de naleving ervan.

⁸⁷ Zie over de instandhoudingsplicht voor rijksmonumenten ook: F.A.M. Hobma, *TBR* 2018/4, p.371, die erop wijst dat in dit opzicht het praktischer is om een beroep op het Bouwbesluit te doen, aangezien dan het voortbestaan van het monument niet relevant is, maar de veiligheid centraal staat (op p.379).

⁸⁸ Hof Arnhem 21 juli 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BL0995. Ik laat de feiten verder rusten.

⁸⁹ C/02/291956/HAZA 14-921, niet gepubliceerd, besproken op website van Flipse-Izeboud, advocaten.