

Non-conformiteit bij koop: het speelveld tussen garantie en exoneration, de ouderdomsclausule bijvoorbeeld

J.M. van Dunné*

1. Non-conformiteit en de toepassing van de ouderdomsclausule in een koopovereenkomst¹

1.1 Het stelsel van non-conformiteit in wetgeving en rechtspraak. Contractuele regelingen

Koop kent gebreken. De zaak die gekocht werd blijkt achteraf gebrekkig te zijn, maar het recht is niet altijd bereid om de teleurgestelde koper daarbij te hulp te komen: *Augen auf, Kauf ist Kauf!*, luidt een Teutoonse wijsheid, “uit je doppen kijken!”, hoorden wij in onze jeugd al. Dat ligt anders wanneer het gebrek *verborgen* was, leerden de Romeinen ons. Die regeling uit het oud-BW beviel echter niet en raakte op een zijspoor: de korte termijn bleek een drempel en kwade trouw was moeilijk te bewijzen. “Wat bedoeld was als bescherming van de koper was een valstrik geworden”, was het algemene gevoel. Dat was een typisch Nederlands probleem: de Franse rechter (daarin gevolgd door zijn Belgische confrater) werkte bij dezelfde verborgen gebrekenregeling met normale termijnen, dat kon zelfs jaren zijn en niet die malle termijnen uit de veehandel die men in ons land hanteerde. Bovendien gold ten aanzien van een professionele verkoper een wettelijke vermoeden van kwade trouw, hij had de gebreken behoren te kennen.² Maar bij ons moest het anders, en met het Nieuw BW kwam een nieuwe rechtsfiguur: *conformiteit*, met het gebrek omschreven als ‘non-conformiteit’.³ Dat kwam van buiten, het was ontleend aan een internationaal koopverdrag (LUVI) en men zou kunnen zeggen dat het een *legal transplant* was; dat hoeft op zich geen probleem te zijn, maar kent wel bijzondere risico’s.

Het is goed om even bij deze voorgeschiedenis van art.7:17 BW stil te staan, om een aantal redenen. Wij zullen allereerst de risico’s van deze transplantatie in ruime mate tegenkomen, de wijze waarop het lichaam van het contractenrecht reageert op dit nieuwe orgaan, met assimilatie maar soms ook afstotingseffecten. Dat lichaam is samengesteld uit onderdelen als uitleg, wanprestatie, dwaling, garantie, exoneration, beperkende werking van redelijkheid en billijkheid, en dergelijke meer. Kortom, Boek 6 is hier nadrukkelijk aanwezig bij de toepassing van een artikel uit Boek 7. In de afgelopen decennia heeft de Hoge Raad dat thema steeds aan de orde gesteld.

*Emerius hoogleraar Privaatrecht, EUR. Hij is als adviseur van een koper van een rijksmonument betrokken bij een gerechtelijke procedure over de materie waarop zijn bijdrage betrekking heeft.

¹ Dit artikel is ontleend aan een paper voor het symposium van de Studiekring Normatieve uitleg, 13 november 2020 (Webinar) over Non-conformiteit bij koop. Zie de website voor meer informatie.

De in dit artikel genoemde publicaties van mijn hand zijn te vinden op website: ‘Jan van Dunné’. Prof. Van Dunné is als adviseur van een koper van een rijksmonument betrokken bij een gerechtelijke procedure over de materie waarop zijn bijdrage betrekking heeft.

² Voor Belgisch recht, zie de paper van H. Claes voor het zojuist genoemde symposium.

³ 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: BoomJU, 2012, nr. 296 e.v.; 2^e dr., 2021, idem.

Daarnaast kan de vraag gesteld worden of deze nieuwe rechtsfiguur, bedoeld als bescherming van de koper in de praktijk niet ook een valstrik geworden is. De oorzaak daarvan is vooral dat art. 7:17 BW van regelend recht is en de praktijk veel beperkingen op de wetsbepaling laat zien, meestal in Algemene voorwaarden neergelegd. De NVM-koopakte is de meest bekende vorm ervan, in opvolgende versies, en zal in dit artikel in het middelpunt staan. Er wordt veel over dit onderwerp geprocedeerd, waarmee het onderhand tot rechtersrecht geworden is en het een opgave is om uit de jurisprudentie, behalve van de cassatierechter een vloed van lagere rechtspraak, de weg te vinden. In dit artikel is de route gericht op het fenomeen: ‘ouderdomsclausule’, doorgaans door de makelaar van verkoper aan de NVM-koopakte toegevoegd. De toetsing van die clausule in procedures gebeurt aan de hand van de normen uit de koopakte en die van het algemene contractenrecht, aanvullend op art. 7:17 BW.

Wat houdt het nieuwe begrip ‘conformiteit’ en de daarmee verbonden conformiteitsverplichting in, zoals neergelegd in art. 7:17 BW voor koop? De verkoper moet een zaak 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 werd 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.

In dat laatste herkennen wij de onderzoekplicht van de koper, bij schending ervan doet zich de vraag voor of die schending zwaarder weegt dan schending van de mededelingsplicht door de verkoper. Op het terrein van de dwaling kreeg die vraag in een vaste jurisprudentie een negatieve beantwoording, daarin gevolgd door de literatuur, met het arrest *Van der Beek/Van Dartel* uit 1973 als baken.⁴ 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.⁵ De bescherming van de onvoorzichtige koper staat daarbij (wederom) centraal.

In 2007 bepaalde de Hoge Raad in *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.⁶ Nog verder ging een uitspraak van 2008, *Pontmeyer/Archon*, waarin aangenomen werd 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).⁷ *Schending van de mededelingsplicht* is dus van doorslaggevend belang voor de vaststelling van de garantie voor ‘normaal gebruik’, in dit geval een stilzwijgende garantie.⁸ Dit sluit aan bij de *Maassluis*-arresten van 1992 die hieronder nog ter sprake zullen komen bij de exoneratie-problematiek, in par. 3.

⁴ 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.

⁵ 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, p.538 e.v.

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

⁷ 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, p.191-197.

⁸ Zie voor de betekenis van mededelingen ook: Heyman-Bartels, nrs. 317 e.v.; 325-334.

Over de verhouding mededelingsplicht verkoper tegenover onderzoekplicht koper noem ik verder nog: HR 7 oktober 2016, inzake een boerderij uit 1880 waarbij sprake is van achterstallig onderhoud, scheuren in muren, maar zichtbaar.⁹ 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, hetgeen spoot met het dwalingsarrest *Antilliaans zwembad* (1998).¹⁰ Zie verder ook nog over het zwaarder laten wegen van de mededelingsplicht boven de onderzoekplicht: HR 27 november 2015.¹¹

Contractuele regelingen van non-conformiteit

Zoals gezegd, art. 7:17 BW is van regelend recht, de 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.”¹²

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 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, bijvoorbeeld) verhinderen. Met andere woorden: een *garantie*. 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’.

⁹ HR 7 oktober 2016 ECLI:NL:HR:2016:2287; zie ook: concl. A-G De Bock.

¹⁰ HR 12 december 2017:ECLI:NL:HR:2017:3243, art. 81 RO, zie concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2017:1286.

¹¹ 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. Voor een andere opvatting over de afweging van deze precontractuele verplichtingen, zie: Ruygvoorn, *Bb* 2016/86 en Van Wechem, *NJB* 2017/668, bestreden door Heyman, t.a.p., 2021, nr. 329a-b.

¹² Versie: 2008. Zie hierover: Klik, nr. 238 e.v.; Heyman-Bartels, nr. 368 e.v.

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.”¹³

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

De ouderdomsclausule

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.”¹⁴

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 (soms nog 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 (zoals houtworm, boktor, zwam, etc.), doorslaand en optrekkend vocht, asbest en asbesthoudende materialen.¹⁵

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

¹³ 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.

¹⁴ 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.

¹⁵ 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.

geest van de overeenkomst?¹⁶ 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 *Pensioenfondsvan DSM-Chemie/Fox* uit 2004.¹⁷ Dat komt men in allerlei schakeringen tegen, in een dossier zag ik deze overweging van een rechtbank:

“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 *x* 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”.¹⁸ 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.¹⁹

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

¹⁶ Op het belang van de uitleg bij de toetsing van exoneratieclausules wordt gewezen door Asser-Hartkamp & Sieburgh *Verbintenissenrecht* 6-1* 2012/369; Asser-Sieburgh 6-1 2016/369, genoemd worden de ‘redelijke uitleg’, ‘contra proferentem’ en een bijzonder beding dat prevaleert boven een algemener beding.

¹⁷ HR 20 februari 2004, *NJ* 2005/493, m.nt. DuPerron; zie hierover: Van Dunné, *Verbintenissenrecht. Deel I*, 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.

¹⁸ 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. Zie ook mijn binnenkort te verschijnen artikel in *ORP* 2021-3.

¹⁹ 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. 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.

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 NVM-clausules, aan weerszijden van de balie en aan academische burelen; ik verzuchtte in 2000 al dat “De clausule beter is dan zijn makers”.²⁰ 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 exoneratiebeding afgeweken kan worden. Hieronder zal bij de bespreking van de exoneratie-problematiek 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 exoneratie 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. Hier volgt een overzicht van de jurisprudentie over het gebruik van de ouderdomsclausule. Het beroep daarop door de verkoper wordt regelmatig toegewezen, bijvoorbeeld in 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”;
- 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 doen in de praktijk graag een beroep op deze jurisprudentie in hun verweer tegen een koper die zijn vordering op non-conformiteit baseert, dat gebeurt echter ten onrechte wanneer er appels met peren worden vergeleken. Deze rechtspraak kan evenzeer steun bieden aan de teleurgestelde koper voor zijn standpunt over toepassing van het ouderdomsartikel, indien men aan *distinguishing* doet, zoals dat in het Engelse recht heet. Immers, het arrest Hof Den Bosch 2018 betreft een geval waarbij de

²⁰ 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.

koop prijs laag was, met het ‘volledig te 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.

Hierbij nog een uitspraak die om een bepaalde reden atypisch is:

- Rb. Noord-Holland 3 mei 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:6139 (waarin het arrest Hof Den Bosch 2016 gevolgd werd): huis 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. Het beroep op ouderdomsclausule werd door de rechtbank toegewezen.

In deze zaak was de overeenkomst niet gesloten door de eigenaar-bewoner van het pand, maar door haar bewindvoerder later erfgenaam, het beroep op exoneratie lijkt hier op het eerste gezicht redelijk.²¹ 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.²² 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). 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 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 is door 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*).²³

²¹ Hieronder, in par. 2.4, kom ik nog op deze zaak terug, met kritisch commentaar.

²² BC8915; ook besproken bij Heyman-Bartels, nr.383.

²³ HR 25 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5383; zie Heyman-Bartels, nr. 356. Zie hierover: onder, par. 2.2.

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. Dan nu een onderwerp dat aanleiding kan geven tot het aannemen van een mededelingsplicht van de verkoper van een oud pand, waarvan het verzuim hem aan te rekenen is: het voldoen aan onderhoudsplichten. Eerst aandacht voor rijksmonumenten en vervolgens gewone oude panden, onderworpen aan wettelijke onderhoudsvoorschriften.

2. De betekenis van onderhoudsplichten op grond van Monumentenwet en Bouwbesluit 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, 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. Het belang van adviezen van Monumentenwacht
Hier volgen enkele voorbeelden van rechtspraak hierover, uit 2017 en 2019.

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.

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 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

²⁸ ECLI:NL:RBLIM:2017:5334.

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.

onderhoud aan dak en gevel.³⁰ De Gemeente Ronde Venen was handhavend opgetreden wegens schending van onderhoudsplichten uit de Monumentenwet.³¹ 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.

2.2 De betekenis van verplichtingen die de verkoper heeft onder het Bouwbesluit of een verleende bouwvergunning

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 eerst een beschrijving van die jurisprudentie van de Hoge Raad.

Schending van bouwvoorschriften en non-conformiteit: Fabels/Meerderink (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 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

³⁰ ECLI:NL:RBMNE:2019:4290.

³¹ Zie hiervoor de brochure *Instandhoudingsplicht rijksmonumenten. Een handreiking voor gemeenten*, Rijksdienst voor het Cultureel Erfgoed, Min. OCW, juni 2016, waarin een omschrijving van hetgeen de wettelijke instandhoudingsplicht inhoudt en een overzicht om welke onderhoudsplichten het bij rijksmonumenten gaat (zoals: wind- en waterdicht houden).

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

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 betekenis zijn.

Lagere rechtspraak over schending van bouwvoorschriften

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

Er is nog meer, iets minder recente lagere rechtspraak over het bouwen in strijd met een bouwvergunning, waarvan enkele voorbeelden hier volgen.

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 te worden toegerekend. Over het niet voldoen van gebruikte materialen aan het Bouwbesluit wordt door de rechtbank een bewijsopdracht gegeven.

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

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.

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 leveringsakte 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.).

In Rb. Zutphen 3 januari 2007 wordt non-conformiteit bij koop aangenomen 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. Aan 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).

De uitspraak van 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 van 2005: koper mocht verwachten dat met vergunning was verbouwd (rov. 4.3.1). Een verklaring van verkoper dat hem niet bekend is dat verbouwd werd zonder vereiste vergunning wordt door de rechtbank terzijde gelegd, als strijdig met het 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

⁴¹ ECLI:NL:RBSGR:2010:BO3303.

⁴² ECLI:NL:RBZUT:2007:BA1993.

⁴³ ECLI:NL:2009:RBZLY:BJ9087.

feitelijke staat waarin het verkochte zich bevindt” – dit is een *exoneratie* - wordt door de rechtbank met een beroep op het 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).

2.3 Het arrest *Van Dalfsen/Gemeente Kampen* (2008) als *misleading case* in het licht van de vaste rechtspraak inzake schending van bouwvoorschriften. Een leerzame casus

Een toonaangevend arrest op het terrein van non-conformiteit is *Van Dalfsen/Gemeente Kampen* (2008), inzake een pand uit 1500 en rijksmonument, koopprijs (gevraagd) f 1,3 miljoen, waarvan een vloer gebrekkig is.⁴⁵ In deze zaak staat weer de vraag centraal of de schending van de mededelingsplicht van de 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 over de slechte staat van vloeren ter kennis van koper te brengen. Dit kan de koper in het voorliggende geval echter volgens hof en Hoge Raad niet baten: het gebrek was zichtbaar (doorbuigende balken), hij had een architect in de arm genomen en wist van beperkte belastbaarheid van de vloeren. Het beroep op non-conformiteit werd derhalve verworpen.⁴⁶ De Rechtbank Zwolle was tot een ander oordeel gekomen, mijns inziens terecht, terwijl A-G De Vries Lentsch-Kostense tot vernietiging had geconcludeerd.

In het boek van Heyman neemt dit arrest een belangrijke plaats in, maar er is veel mis mee: het is in mijn ogen een *misleading case*. Er is allereerst sprake van een verkeerde omgang met de feiten door het hof en vervolgens de cassatierechter – zoals blijkt uit de conclusie A-G - en daarnaast sluit de uitspraak niet aan bij eerdere jurisprudentie, zoals het reeds genoemde *Fabels/Meerderink* (2005), bevestigd in recentere rechtspraak. Zo bleef geheel buiten beeld dat het hier om een rijksmonument ging onderworpen aan de Monumentenwet en dat de verkoper een dubbelrol had: behalve eigenaar (en gebruiker) van het historische pand ook de gemeente die over het behoud ervan waakte en alle informatie daarover ter beschikking had. Die dubbelrol werd door hof en Hoge Raad slechts in het voordeel van de verkoper uitgelegd. Het arrest biedt voor ons onderwerp, de koop van oude panden, een leerzame casus waaruit algemene conclusies getrokken kunnen worden, en verdient daarom een uitvoerige bespreking.

In het arrest van 2008 ging het om de afweging tussen de schending van de mededelingsplicht (verkoper) tegenover de onderzoekplicht (koper) en als altijd, gaat het hierbij om het afwegen van de hoeveelheden boter op het hoofd van elke partij. Daarbij trok dit keer de koper aan het kortste eind, kort gezegd, omdat hij teveel signalen gemist had bij herhaalde bezichtiging van het pand met bijstand van een architect. Welke feiten speelden hier, en hoe gingen de verschillende rechterlijke instanties ermee om?

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 14 november 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF0407; *NJ* 2008/588. Heyman-Bartels, nrs. 326, 329; zie ook: 2021, nr. 329a-c, inzake verdeling van aansprakelijkheid voor schade tussen partijen, n.a.v. Hijma, *WPNR* 2016/7102 en noot *NJ* 2018/223, *Tandheelkundig laboratorium*.

⁴⁶ 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.

De Rechtbank Zwolle had maar weinig feiten nodig om tot een oordeel te komen: het was verkoper (gemeente) bekend dat de koper in het voormalige kantoorpand een restaurant wilde vestigen zodat sprake was van bekendheid met een bijzonder gebruik; zij wist dat het pand daarvoor niet geschikt was omdat er een rapport van haar afdeling Bouw- en Woningtoezicht uit 1991 lag met constructie-berekeningen van de vloer op de eerste verdieping – opgesteld naar aanleiding van een renovatie van het gebouw - waaruit kon worden afgeleid dat die vloer niet geschikt was voor een restaurantfunctie. Het had op haar weg gelegen niet alleen om die gegevens op te vragen maar ook om daaromtrent mededelingen te doen aan de koper. Daarmee heeft zij haar mededelingsplicht geschonden, de koop werd ontbonden en de vordering tot schadevergoeding van verkoper afgewezen.

Dat feit van het rapport uit 1991 wordt gewogen door hof en tenslotte Hoge Raad, maar te licht bevonden tegenover de omstandigheden aan de zijde van koper die hem tot verder onderzoek hadden moeten brengen. De Hoge Raad somt die “bijzondere omstandigheden” op in rov. 3.4.2, kort gezegd:

- a. De houten steunbalken van de eerste verdieping waren zichtbaar doorgebogen daaruit kon worden afgeleid dat “de belastbaarheid van de vloer wel eens te gering zou kunnen zijn voor het beoogde doel”;
- b. Koper werd door een deskundige (architect) bijgestaan, waarmee hij herhaalde malen het pand bezichtigd had; op de door hem voorafgaand aan de koop ingediende bouwtekening voor een vergunningsaanvraag stond vermeld: “dakconstructie c.q. vloeren controleren op toekomstige belastingen”;
- c. In een aan koper door de gemeente in de periode voorafgaand aan de koop doorgestuurde brief van de welstands- en monumentencommissie werd gewezen op balklagen “die nu al doorbuigen” en aangezien “de belasting op de balklagen zeker zal toenemen is het de vraag welke constructieve maatregelen hiervoor nog nodig zijn”;
- d. De gemeente had bij koper voor de koop aangedrongen op het inleveren van constructieve berekeningen.

De cassatierechter onderschrijft het oordeel van het hof dat de verkoper (gemeente) de sterkteberekening uit 1991 van haar afdeling Bouw- en woningtoezicht verzuimd had over te leggen, maar dat in het licht van hetgeen zij aan koper had medegedeeld en hetgeen bij koper “al bekend was omtrent de beperkte belastbaarheid van de vloer” zij zich “desondanks” erop mag beroepen dat koper “ook zelf enig verder onderzoek had behoren te doen”. De onzekerheid over de constructieve ongeschiktheid van de bestaande situatie voor de beoogde functie “is in de koop verdisconteerd”, naar het oordeel van hof en Hoge Raad. Met andere woorden, hier is geen sprake van non-conformiteit bij de koop.

Kritische beschouwingen

Het arrest van 2008 kan niet overtuigen. Afweging van ‘alle omstandigheden’ is feitelijk, en men kan daarover van mening verschillen, zoals vele procedures leren. Maar het zichtbaar doorbuigen van oude balken is toch iets anders dan het beschikken over sterkte-berekeningen van de vloer (met slecht nieuws) en die voor de koper achterhouden. Terwijl de welstands- en monumentencommissie de gemeente daarop nog voor de verkoop geattendeerd had, maar deze had volstaan met het doorsturen van dat bericht aan de koper. Ook mist men hier het aspect van ‘de onvoorzichtige, naïeve koper die bescherming verdient’ tegenover een gebreken verzwijgende verkoper.

Hier is echter nog iets anders aan de hand: de verkoper heeft twee petten op, waaronder die van de gemeente, dat blijkt ook uit de bovenstaande opsomming van omstandigheden. Nog belangrijker is, dat het hier een *rijksmonument* betreft waarop een onderhoudsverplichting rust; als er door de gemeente als toezichthouder op monumenten al in 1991 een sterkteberekening gemaakt is dan kan de eis gesteld worden dat bij de verkoop in 2002, ruim tien jaar later, in het kader van die onderhoudsplicht nagegaan moet worden of het gebouw nog aan de (bouw-)wettelijke voorschriften voldoet. Zeker als het voorgenomen gebruik, zoals door de rechtbank vastgesteld een restaurantfunctie inhoudt, waarbij van feesten en partijen sprake is, dus niet de kantoorfunctie die het pand bij de gemeente had. Een onderwerp dat eerder besproken werd, met *Fabels/Meerderink* (2005) in het middelpunt (in par. 2.2). Die sterkteberekening uit 1991 was uitgevoerd in het kader van een renovatie van het pand door de gemeente. Aangenomen mag worden dat dit met in achtname van de (bouw-)voorschriften van de Monumentenwet 1988 en het Bouwbesluit 1992 uitgevoerd was. Wanneer koper Van Dalfsen echter enkele weken na de koop van december 2002 een aannemer in verband met een voorgenomen verbouwing gebreken aan het pand laat onderzoeken, rapporteert deze: “de eerste verdiepingvloer kan geen 500 kg per m² dragen”.⁴⁷ Die norm zal aan het Bouwbesluit ontleend zijn en heeft betrekking op de veiligheid voor de gebruiker van het gebouw. Dit feit heeft geen rol gespeeld in de appelprocedure, ik kom hier later nog op terug.

De waarschuwing van de welstands- en monumentencommissie gold niet alleen de koper als toekomstig eigenaar, maar ook de verkoper(gemeente) als huidige eigenaar. Dat brengt mij op het vereiste van *conformiteit* bij koop. Het pand werd verkocht als geschikt voor gebruik als restaurant, waarop de prijs was afgestemd.⁴⁸ Immers, die prijs gaat dan aanzienlijk omhoog, vergeleken met particulier gebruik van een pand. Dat blijkt ook uit het taxatierapport van Makelaar D. van 20 juni 2001 dat na tussenarrest van het hof door de gemeente was overgelegd, namelijk een verkoopwaarde van f 530.000 vrij van huur en gebruik en van f 880.00 bij (gedeeltelijk) gebruik als horeca. Het horecagebruik van het pand behoort daarmee, via de prijs, tot de *aard* van de zaak, een onderdeel van conformiteit zoals art. 7:17 lid 2 BW bepaalt, evenals de *mededelingen* van de verkoper. De gemeente had tegen Van Dalfsen verklaard dat het pand “heel geschikt voor gebruik als restaurant” was; daaraan kan niet afdoen dat - zoals zij zoals later stelde - zij daarmee slechts het oog had op de uitstraling van het gebouw als historisch pand, en niet de constructieve staat van de vloer op de eerste verdieping, terwijl zij bovendien niet wist dat zo’n ruimte voor een restaurant van belang was als feestzaal (!).

De aard van de zaak is een wettelijk onderdeel van conformiteit, maar dat zou ook zonder art. 7:17 het geval geweest zijn: wij hebben immers te maken met een vorm van wanprestatie (toerekenbare tekortkoming) en dan zijn de art. 6:74 en 75 BW van toepassing bij de vaststelling van de inhoud van de overeengekomen prestatie. Aldus

⁴⁷ Conclusie A-G, nr. 2. De tweede verdiepingvloer kan geen 175 kg per m² dragen.

⁴⁸ Zie rov. 4.3 hof (concl. A-G, nr. 6). Aanprijzing van de gemeente ‘als geschikt voor restaurant’ mocht volgens het hof alleen de verwachting bij koper wekken dat daarmee “kennelijk de locatie en uitstraling van historisch pand” bedoeld werd, maar niet de bouwkundige staat. Bovendien kunnen aanprijzingen van algemene aard niet gelden “als garanties of anderszins vertrouwen opwekkende mededelingen over technische aspecten als hier aan de orde zijn”. Deze laatste frase komt men in meer rechterlijke uitspraken tegen, evenals hier, ten onrechte. Zie ook onder, par. 2.4.

de Hoge Raad in het *Bassethond*-arrest van 1998.⁴⁹ Dat houdt in dat hier de drieslag van: ‘aard van de overeenkomst, de verkeersopvatting en de redelijkheid’ de dienst uitmaakt, waarbij art. 6:248 BW ook een bijdrage levert. Het hof heeft geen blijk ervan gegeven die normen te hanteren, en de cassatierechter heeft nagelaten om dat te corrigeren.

Een cassatietechnisch manco

Er ging dus veel mis met dit Kampense arrest. Maar dit is nog niet het hele verhaal. Een aantal cruciale feiten zijn pas aan het licht gekomen in een late fase van de procedure, na tussenarrest van het hof, toen verkoper-Gemeente Kampen in het kader van vaststelling van haar transactieschade met taxatierapporten kwam die de koper niet bekend waren, anders gezegd: hem verzwegen waren. Eén van die rapporten was het reeds genoemde taxatierapport van Makelaar D. van 20 juni 2001, dat bij koper Van Dalfsen de schellen van de ogen doet vallen en waarop hij nieuwe verweren wil baseren, namelijk: onrechtmatige daad, bedrog of (wederzijdse) dwaling. Dat loopt ook mis voor Van Dalfsen, op een evenmin overtuigende wijze. Hij heeft niet het argument aangevoerd dat daarnet ter sprake kwam, de horecabestemming als prijsbepalende factor die uit deze rapporten bleek, maar de stelling dat de gemeente hem bij het overeenkomen van de koopprijs op het verkeerde been had gezet. Wat was het geval? De vraagprijs voor het pand was f 1.300.000 (in 2001) en de koopsom werd na onderhandelingen f 1.100.000 (koop: eind 2002). Daarbij had de gemeente verklaard dat de vraagprijs gebaseerd was op een taxatie en dat de verkoopprijs daar ver onder lag. Achteraf bleek het om een taxatie uit 1998 te gaan, die f 1.085.000 bedroeg, waaraan de gemeente nog “enige prijsstijging” had toegevoegd.

Van Dalfsen baseert zijn nieuwe verweren op de taxatie uit 2001, ad f. 680.000 met horecafunctie en vraagt vernietiging van de koopovereenkomst. Het hof wijst dat af als in strijd met een goede procesorde, zo laat in het geding, en is van oordeel dat hierbij behalve een reactie, ook een instructie van de gemeente vereist zou zijn omdat bedrog of dwaling “niet spoedig zal worden aangenomen”. Voor een instructie is in dit stadium van het geding geen plaats meer, het hoger beroep loopt immers al twee jaar. Aldus de conclusie van het hof, die door de Hoge Raad onderschreven wordt. Dat gebeurt met een merkwaardige “klaarblijkelijk”-formulering, namelijk dat het hof bedoelde te zeggen dat Van Dalfsen al eerder een bedrog- of dwalingsactie had kunnen voeren, ook zonder de ontdekking van de rapporten. Het hof bedoelde te zeggen dat hij het verweer had kunnen baseren op de, gezien de toestand van het pand, veel te hoge vraagprijs die de gemeente hanteerde. Op die wijze aangevuld, acht de Hoge Raad de beslissing van het hof toereikend gemotiveerd.

De cassatierechter besliste hier contrair aan de conclusie van de A-G, die met (mij) overtuigende argumenten had betoogd dat de beslissing van het hof op dit punt niet in stand kon blijven. Dat oordeel verdroeg immers zich niet met de heersende opvatting (Ras/Hammerstein, 2004, werd aangehaald) dat de ‘in beginsel strakke regel’ van de twee conclusies-regel “niet te strak zal zijn” wanneer het feiten betreft waarmee “de appelland redelijkerwijs nog niet bekend kon zijn”.⁵⁰ Kortom, de motivering van het

⁴⁹ HR 9 januari 1998, *NJ* 1998/272, *Brok/Huberts*. Zie ook mijn *Verbintenissenrecht 1*, p.496, in de context van ‘conformiteit en garantie’.

⁵⁰ Conclusie A-G, nr. 20 e.v. Het hof had overigens de vordering van de gemeente voor transactieschade toegewezen, van ca. € 196.500 wegens mindere opbrengst van het pand na verkoop in 2005, vermeerderd met wettelijke rente daarover, en rente over de overeengekomen koopsom (ad € 45.300). Van Dalfsen kwam al met al van een koude kermis thuis.

hof deugde niet, maar die van de Hoge Raad (plaatsvervangend gebracht) was niet veel beter.

2.4 Lessen uit de casus *Van Daltsen/Gemeente Kampen (2008)*: conformiteit in normatieve zin, economische en ethische aspecten

Zoals hierboven bleek, is er veel dat opvalt in dit arrest van 2008. Allereerst dat drie jaar na *Fabels/Meerderink (2005)* de status van rijksmonument van het pand in Kampen uit 1500 geen enkele rol gespeeld heeft, met de belangrijke norm dat koper Van Daltsen ervan mocht uitgaan dat de voorschriften uit Monumentenwet 1988 en het toenmalige Bouwbesluit nagevolgd waren bij de renovatie van het pand tien jaar eerder, met name wat de constructie (en veiligheid) van de vloeren betreft. De relevante sterkteberekeningen had de gemeente als verkoper achtergehouden bij de onderhandelingen over de koop, daaruit bleek naderhand ongeschiktheid van de vloer voor belasting bij een restaurantfunctie, zoals de rechtbank had vastgesteld. Dit vindt bevestiging in de rapportage door de aannemer van koper kort na de koop, de staat van de vloer als in strijd met het Bouwbesluit, zoals wij zagen. Hierboven, in par. 2.2, kwam de jurisprudentie uitvoerig aan de orde, met recente toepassingen in de lagere rechtspraak, veelal ook met betrekking tot ondeugdelijke vloeren. Ik noem slechts Hof Leeuwarden 28 juni 2011, over toepassing van de normen van Bouwbesluit 1992. Dat in de rechtspraak van de Raad van State (2011) dergelijke normen voor een ieder bekend worden geacht hoeft in het onderhavige geval van een gemeente als eigenaar geen rol te spelen.

De invloed van de bouwkundige staat van een gebouw op de prijs lijkt een open deur; de Hoge Raad refereerde er nog aan bij het instellen van een actie uit bedrog of dwaling door een teleurgestelde koper als Van Daltsen, die wegens strijd met de goede procesorde niet toegelaten werd. Het is des te opmerkelijker dat hetzelfde college de relevantie daarvan niet ingezien heeft – evenmin als het hof – voor de vraag naar non-conformiteit van het verkochte pand. Dat lag echter gezien de toepasselijke criteria van aard van de overeenkomst en verkeersopvatting redelijk voor de hand (de redelijkheid doet ook mee). Een gebouw moet immers qua *bouw* bruikbaar zijn voor het doel waarvoor het te koop werd aangeboden, in dit geval het gebruik als restaurant. Een gebouw als woning moet geschikt zijn om in te *wonen* (dus geen lekkend of instortend dak hebben), een rekenmachine geschikt om te *rekenen*, een auto om op de openbare weg te kunnen *rijden* (en niet meteen als gevaar van de weg gehaald te worden) – om enkele oude voorbeelden uit de jurisprudentie aan te halen. Als een gebouw niet alleen als historisch pand, maar als *monument* aangeboden wordt, moet het aan de voorschriften voor Monumentenwet voldoen. De betreffende onderhoudsverplichtingen kwamen in par. 2.1 aan bod: het monument mag niet “in gevaar gebracht worden”, “schade door slijtage” moet voorkomen worden, onderhoud van “vloeren” is vereist. Aldus de verwevenheid tussen ‘conformiteit’ en ‘aard’ van de zaak. Uiteraard een verkeersopvatting, in alle redelijkheid.

Nog een enkel woord over de relatie tussen koopprijs en conformiteit. Koop is per definitie een rechtsfiguur met een economische karakter, uitgedrukt in de verhouding tussen prijs en verkochte waar. Zelfs kunst heeft tegenwoordig een sterk economisch aspect, als solide belegging. Een schilderij aangeboden als een ‘Van Goyen’ moet dan ook van de hand van die meester zijn, met daaraan verbonden prijs. Anders had het als “toegeschreven aan Van Goyen” moeten zijn aangeboden, of: “de werkplaats van ...”. Hier komen ‘aard’ van de overeenkomst en ‘verkeersopvatting’ samen, een bona-

fide kunsthandelaar neemt een werk terug dat niet conform de omschrijving van herkomst blijkt te zijn. Wij raken hier aan het terrein van garanties door de verkoper geboden, en daarmee aan de figuur van stilzwijgende garanties.⁵¹ Wanneer een gemeente een perceel bouwgrond aanbiedt met een bouwverplichting kan men zeggen dat het bouwperceel geschikt moet zijn om te bouwen, als eis van conformiteit. Men kan ook zeggen dat sprake is van een stilzwijgende garantie dat de grond geschikt is voor het bouwen, en bijvoorbeeld niet vervuild. Dat laatste deed de Hoge Raad in het *Maassluis*-arrest van 1992 dat hieronder nog ter sprake komt, in de context van exoneratie (in par. 3). De Hoge Raad bepaalde toen namelijk ook dat in zo'n situatie een beroep op exoneratie door de gemeente in strijd met de goede trouw is en dus zonder waarde. Hierboven zagen wij dat de stilzwijgende garantie in het arrest *Pontmeyer/Archon* van 2008 eveneens aanvaard werd, af te leiden uit het stilzwijgen van de verkoper toen het gebruik van de te koop aangeboden grond ter sprake kwam (par. 1.1).

Er is hier een parallel te trekken met een ander verweer: het verzaken van de onderzoekplicht door de koper, zoals in onze Kampense casus. Als de conformiteit vaststaat: een historisch pand geschikt voor gebruik als restaurant, dan gaat – net zoals bij een stilzwijgende garantie het geval is – voor de verkoper het verweer van verzuim van onderzoekplicht door de koper niet op. Hier is een *economisch* element aan de orde, de markt spreekt, en soms moet het recht luisteren: “Men mag geen knollen voor citroenen verkopen”. Dat is iets anders dan de *iustum pretium*-leer volgen, die wij in ons recht niet kennen. De prijs deugt hier niet omdat die zou afwijken van het gemiddelde, de normale prijs, maar omdat er iets *anders* verkocht is dan aangeboden werd, en dan deugt de prijs zeker niet. Onze casus uit Kampen is weer een goed voorbeeld hiervan: een pand aangeboden met horecafunctie levert aanzienlijk meer op dan met enkel woonfunctie, aldus Makelaar D. in zijn taxatierapport uit 2001. Men zou tegen juristen graag willen zeggen: *It's the economy, stupid!* – dat hoort men in onze kringen te weinig.

Deze benadering heeft ook consequenties voor het afwijzen van een beroep op non-conformiteit door de koper in het geval de verkoper geen affiniteit met het verkochte pand had dat gebrekkig was, bijvoorbeeld als erfgenaam die het in de boedel aantrof of een nieuwe eigenaar na een bedrijfsovername. Zo'n zaak kan beoordeeld worden op de goede trouw van de verkoper die dan boven verdenking kan zijn, eerder kwam het voorbeeld langs van Rechtbank Noord-Holland, 3 mei 2017 (erfgenaam als verkoper, zie par. 1.2). Maar vanuit een economisch perspectief bezien gaat dat voorbij aan de kern van de zaak: er werd een *andere* zaak aangeboden dan in werkelijkheid geleverd werd: onroerend goed *met ernstige verborgen gebreken*, dus met een verkeerde prijs, en daarom niet conform het aanbod dat gedaan werd.

In dezelfde context, nog een opmerking over mededelingen door de verkoper gedaan die door de rechter als “algemene aanprijzingen” gezien worden, en irrelevant geacht. Het is altijd goed om naar de Romeinen te luisteren – zo ver gaat dit adagium terug - maar wanneer een verkoper mededeelt dat het pand “heel geschikt is voor een restaurant” (in onze Kampense casus), vormt dat geen *algemene* aanprijzing (zoals het hof meende) maar een mededeling over de *aard* van het aangeboden pand - het mogelijk gebruik ervan - waarmee de gevraagde prijs correspondeerde, namelijk de

⁵¹ Voor het contrast: wanneer een verkoper een pand aanbood met de omschrijving: “volledig te renoveren” heeft dat natuurlijk effect op de conformiteit in kwestie, zie het eerder besproken geval van Hof Den Bosch 1 mei 2018, in par. 1.2.

marktprijs voor een pand met restaurantfunctie. Hetgeen ook op te vatten is als een stilzwijgende garantie dat de bouwkwaliteit van het pand op orde is, toereikend voor dat doel. Hoe dat ook zij, mededelingen van de verkoper kregen van de wetgever uitdrukkelijk een plaats bij conformiteit in art. 7:17 lid 2, en tellen dus zwaar mee bij de vaststelling ervan.⁵²

Bij alle gepraat over economie moet niet vergeten worden dat het recht ook een sterke band heeft met *ethiek*, vroeger wel “goede zeden” genoemd. Wanneer de verkoper behalve de genoemde mededeling (aanprijzing) ook nog essentiële informatie achtergehouden heeft die zeer belastend was (voor de staat van de vloerbelasting) dient er geen plaats te zijn voor diens verweer dat de koper meer onderzoek had moeten doen. Daar is ook een ethische reden voor te geven, wij hebben het hier over een afweging (mededelingsplicht versus onderzoekplicht) die gebaseerd is op de norm van redelijkheid en billijkheid - het nieuwe jasje van de aloude goede trouw - en dan geldt wat de Engelsen zo mooi genoemd hebben: *He who comes into equity, must come with clean hands*. Voor een verkoper met vuile handen gaat het genoemde verweer dus niet op, de bescherming die de billijkheid (*equitas*) te bieden heeft is voor hem niet beschikbaar.

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 1994.⁵³ 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 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.⁵⁴ 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)*.⁵⁵ 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.

⁵² Zie ook het arrest *Ploum/Smeets*, 2007, boven, par. 1.1.

⁵³ HR 25 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5383; zie: Heyman-Bartels, nr. 356 e.v.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ 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.

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’ aanleggend, 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 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.⁵⁶ 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 wedstrijdleaders 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 wat nader te bezien.

Het hof had bij zijn oordeel de volgende omstandigheden betrokken: een kartbaan moet voldoen aan strikte veiligheidseisen, aldus ook de baanlicentie van de KNAF; de wedstrijdleaders zijn in gebreke gebleven bij de controle of voor deze baan een licentie was verleend, met gevolg dat de wedstrijd op een niet goedgekeurd circuit plaatsvond; karten is een gevaarlijke sport en deelnemers zijn voor wat betreft de veiligheid van het circuit afhankelijk van de wedstrijdleaders, waaraan niet afdoet dat zij vrijwilligers waren. Ook de *verzekeringsaspecten* worden door het hof hierbij betrokken: aangenomen wordt dat de wedstrijdleaders verzekerd waren, terwijl de ongevallenverzekering van de karter slechts tot een geringe uitkering had geleid.

De Hoge Raad keurt de beoordeling door het hof goed en voegt nog toe dat aan de mate van verwijtbaarheid van het handelen van de wedstrijdleaders de omstandigheid dat de geblesseerde karter zich goed bewust was van de aan karten verbonden risico's niet kan afdoen, omdat hij als deelnemer op het punt van de veiligheid van het circuit afhankelijk is van wedstrijdleaders (rov. 3.5.3).

Exoneratie en non-conformiteit nader bezien

Om tot een afronding op dit punt te komen, wij zagen dat in het eerder genoemde arrest uit 2005, *Fabels/Meenderink*, bij de toetsing van een beroep op exoneratie bij non-conformiteit de cassatierechter de maatstaf hanteert van een ‘*ernstig verwijt*’ dat

⁵⁶ HR 10 juni 2011, *NJ* 2012/405, m.nt. Tjong Tjin Tai, *Van den Hoek/Plots (kartingbaan)*.

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.⁵⁷

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 genoegzaam heeft genomen.”⁵⁸

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 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

⁵⁷ 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.

⁵⁸ 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.

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”.⁵⁹

Deze overweging van het hof is echter letterlijk ontleend aan het standaardarrest over exoneratie uit 1967: *Saladin/HBU* en dat geeft te denken.⁶⁰ Allereerst, dat er niets nieuws onder de zon is, maar ook dat het illustreert hoe non-conformiteit beheerst wordt door de vaste jurisprudentie in het contractenrecht. Dat eerste is niet geheel juist, er ontbreekt een belangrijk element in de overweging van het hof: het *verzekeringsaspect*. Evenmin nieuwlichterij, al ontstaan in de jaren '60, werd dit zoals wij zagen nog eens bevestigd in de arresten van 2004, *Kuunders/Swilders*, en 2011, *Kartingbaan*.⁶¹

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 2016⁶²; Hof Den Haag 21 november 2017, inzake *Greencat*⁶³ en Hof Den Bosch 12 mei 2018.⁶⁴

Alternatieve routes: stilzwijgende garantie en dwaling

Tenslotte, bij de afsluiting van dit onderdeel, nog een opmerking over een aspect dat al eerder ter sprake kwam. 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 *Maassluis*.⁶⁵ Van een dergelijke specifieke garantie mag niet door middel van een beroep op een algemeen 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 of ruim boven de marktprijs aangeboden heeft; om het pand te kunnen bewonen zouden geen ingrijpende herstelmaatregelen en verbouwingen behoeven uitgevoerd te worden door de koper. Het goed onderhouden zijn van het pand, met inachtneming van de voorschriften van de Monumentenwet, kan in zo’n geval als een stilzwijgende garantie opgevat worden die door de koper verleend werd bij de koop.⁶⁶ Het zou zinnig zijn om dit in procedures aan te voeren in de context van non-conformiteit.

⁵⁹ Hof Den Bosch 1 mei 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:1836, rov. 10.5.4.

⁶⁰ HR 19 mei 1967, *NJ* 1967/261, m.nt. Scholten; *AA* 1967, p.214, m.nt. Stein.

⁶¹ Indien men op zoek is naar een *deep pocket* in de vorm van een verzekeringsdekking, kan ook de makelaar in beeld komen, die vaak een cruciale rol gespeeld heeft bij de verkoop van een gebrekkig pand. Voor de *aansprakelijkheid van de makelaar* verwijs ik naar mijn paper voor het symposium van 13 november 2020, genoemd in noot 1, par. 5.

⁶² ECLI:NL:RBRT:2016:1016.

⁶³ ECLI:NL:GHDHA:2017:3239.

⁶⁴ ECLI:NL:GHSHE:2018:1836.

⁶⁵ HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994/289, m.nt. Brunner, ook bekend als *Steendijkpolder*. Zie hierover: Van Dunné, *Verbintenissenrecht 1*, p.486 e.v.

⁶⁶ Zie in dit verband ook: HR 20 juni 2008, *Pontmeyer/Archon*, boven besproken, in par. 1.1.

Er is nog een andere manier om de exoneratie-fuik te ontlopen – dit als laatste kanttekening – namelijk door een beroep op *dwaling* te doen. In de praktijk wordt dat bij non-conformiteit regelmatig gedaan, soms in combinatie met een beroep op bedrog.⁶⁷ Men heeft aldus geen hinder van een exoneratiebeding van de verkoper, zoals de ouderdomsclausule. Daarbij zou men geen vernietiging van de overeenkomst moeten vragen, maar het alternatief: “opheffing van dwalingsnadeel”, namelijk door *aanpassing van de koopsom*, op grond van art. 6:230 lid 2 BW. Dit wordt niet gezien als schadevergoeding, anders dan bij een vordering op grond van non-conformiteit het geval is waarbij het gaat om een vorm van wanprestatie, met schadevergoeding tot gevolg. Een aantrekkelijke bijkomstigheid is dat volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad door de koper daarnaast ook andere vormen van geleden schade aan de verkoper in rekening gebracht mogen worden.⁶⁸

Over de wijze van berekening van het op te heffen nadeel nog het volgende. Indien de misleide koper niet met een voor de rechter overtuigende berekeningsmethode komt, mag deze niet volstaan met afwijzing van diens vordering, maar moet dan het bedrag van het nadeel door middel van een *schatting* vaststellen.⁶⁹

Tot besluit

Over non-conformiteit zullen de pennen (in digitale vorm) voorlopig niet stil komen te vallen, in alle gremia van het rechtskundige veld. De insteek was voor mij de ‘ouderdomsclausule’, een *casus belli* in talloze procedures die tegenwoordig gevoerd worden.

In dit artikel heb ik getracht om bekende rechtsvragen op dit gebied te plaatsen in het kader van het algemene contractenrecht, met als meerwaarde dat beter inzicht verkregen kan worden in de beoordeling van de rechtspositie van partijen, als verkoper en koper tegenover elkaar staand, bij de afweging van beider belangen. Dat gebeurt met behulp van een reservoir aan (ge)rechtelijke kennis en ervaring die bij het bemeesteren van het fenomeen ‘conformiteit’ ingezet kan worden, ter verhoging van de kwaliteit van het bereikte oordeel. Onze hoogste rechter geeft in cassatie regelmatig aanwijzingen daarvoor, die het college niet altijd zelf in acht lijkt te nemen, hetgeen de rechtsontwikkeling dan niet bevordert.

Het doel van deze beschouwingen was om, anders dan het lot van de verborgen gebrekenregeling van het oud-BW was, het wettelijk conformiteitsvereiste aan zijn doel te laten beantwoorden, namelijk de koper bescherming bieden, en niet voor hem een valkuil te zijn. Daarvan zijn er helaas genoeg aanwezig in het contractenrecht.

⁶⁷ Een voorbeeld van een dwalingsactie geeft Heyman-Bartels, in nr. 309. Een beroep op bedrog is weinig zinvol: bedrog is notoir moeilijk te bewijzen, want bij het doen van onjuiste mededelingen of verzwijging door verkoper is het aantonen van *opzet* vereist. Soms kan er grond zijn voor een beroep op *wederzijdse dwaling*, maar dat is geen sine cure, zie mijn *Verbintenissenrecht 1*, p.558-569.

⁶⁸ Zie voor deze rechtsfiguur: 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, *Bb* 2020/21, p.112 e.v.

⁶⁹ HR 6 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1910, *NJ* 2020/19, *Maetis/Beheermij. X*. Zie voor details: conclusie A-G Hartlief, en Van der Weiden, t.a.p. Voor gemaakte kosten die verhaald kunnen worden, zie: HR 18 juni 2002, *NJ* 2002/196, *Ruinemans/Heijmeijer* en de conclusie van A-G Bakels. Vgl. ook: Van der Weiden, t.a.p., p.114-115.