

“Zie je dat?”

Een onderzoek naar de regelgeving en overwegingen van de Nederlandse rechters over non-conformiteit bij geschillen over feitelijke gebreken die na de overdracht aan een bestaande woning zijn geconstateerd.

Door : Wilma Ros

Datum: 12 februari 2014

Begeleider : Prof. mr. M.M. van Rossum

Inleiding	3
Hoofdstuk 1: Non-conformiteit: de wettelijke regeling toegespist op de koop van bestaande woningen	
1.1 Algemene aspecten van non-conformiteit	6
1.2 Aard van de zaak	7
1.3 Normaal gebruik	7
1.4 Mededelingen van de verkoper	8
1.5 Onderzoeksplicht van de koper	8
1.6 Toerekenbaarheid	9
1.7 Klachtplicht	10
Hoofdstuk 2: Non-conformiteit van bestaande woningen in de praktijk	
2.1 Artikel 5.1 NVM	11
2.2 Artikel 5.3 NVM	11
2.3 Onbekendheidsverklaringen	12
2.4 Ouderdomsclausule	13
Hoofdstuk 3: Non-conformiteit van bestaande woningen in de rechtspraak	
3.1 Non-conformiteit	14
3.2 Mededelingsplicht verkoper	25
3.3 Onderzoeksplicht koper	28
3.4 Ouderdomsclausule	32
3.5 Klachtplicht	35
Hoofdstuk 4: Non-conformiteit in het Duitse recht	
4.1 Inleiding	38
4.2 Conformiteit in Duitsland; de wettelijk regeling en de rechtspraak	41
Hoofdstuk 5: Conclusie	41
Literatuurlijst	44

Inleiding

“Ik heb een huis gekocht met een verborgen gebrek”, is een veel voorkomende toelichting van een verzoek om rechtshulp die ik tegenkom in mijn werk als medewerker Rechtshulp bij een rechtsbijstandsverzekering.

Het begrip ‘verborgen gebrek’ kent bijna iedereen wel, maar wat het begrip juridisch inhoudt is veel minder bekend. Hoewel dat op het eerste gezicht niet zo lijkt, is de regeling omtrent verborgen gebreken (conformiteit) vanwege de vele factoren die een rol spelen, complex. Dit wordt nog eens versterkt doordat de rechtspraak hierover casuïstisch van aard is en zelfs per rechtbank of Hof kan verschillen.

Het aantal procedures dat er over non-conformiteit van een woning zijn gevoerd, is aanzienlijk. Helaas heeft dit allerminst geleid tot helderheid over dit conformiteitsleerstuk. Indien een koper en verkoper er samen niet uitkomen, zullen zij hun geschil aan de rechter moeten voorleggen die hierover dan een uitspraak mag doen. Procedures zijn vaak kostbaar en kosten veel tijd en energie. Gemiddeld duurt het een jaar alvorens er een uitspraak komt. Al die tijd zitten partijen in onzekerheid. Het mag duidelijk zijn dat dit een onwenselijke situatie is. Het onderwerp is daarom zowel juridisch als ook maatschappelijk relevant.

Van een koper wordt een zekere inspanning verwacht bij de koop van een bestaande woning. Laat hij dit na, kan hij nog wel eens voor een onaangename verrassing komen te staan. Vooral ‘starters’ blijken in mijn praktijk nog wel eens door hun enthousiasme de aankoop van hun eerste woning ietwat lichtzinnig te zijn aangegaan en zich niet hebben gerealiseerd welke risico’s zij hierbij eigenlijk op zich hebben genomen.

Gelet op bovengenoemde aard en omvang van de problematiek, is het voor een teleurgestelde koper lastig om een procedure te overwegen. Procedures zijn vaak kostbaar en nemen veel tijd in beslag en (negatieve) energie. Gemiddeld duurt het een jaar alvorens er een uitspraak komt en je weet waar je aan toe bent. Al die tijd verkeren partijen in onzekerheid. Het mag duidelijk zijn dat dit een onwenselijke situatie is. De vraag die dan ook opkomt, is of de regeling inzake non-conformiteit van bestaande woningen, voor de huidige praktijk wel efficiënt en doeltreffend is.

Dit onderzoek verschaft inzicht in de wijze waarop de Nederlandse rechters over de (non-) conformiteit oordelen en kan zo een bijdrage leveren aan de discussie over hoe de regeling betreffende de koop van een bestaande woning het beste vorm gegeven kan worden. Dit, met als uiteindelijke doel meer rechtszekerheid te bereiken voor betrokken partijen.

De centrale vraag van het onderzoek is:

Op welke wijze toetst de Nederlandse rechter een beroep op non-conformiteit van bestaande woningen? Wat zijn de overwegingen van rechters om te beslissen welke gebreken al dan niet non-conformiteit opleveren? Dient de regelgeving en wijze van toetsing door de rechters, de belangen van betrokken partijen?

Hiervoor heb ik vele uitspraken van lagere rechters bestudeerd, maar ook die van het Hof en de Hoge Raad. Hierbij heb ik mij voornamelijk beperkt tot de uitspraken van de laatste 5 jaar, maar vanwege het belang ervan ook oudere uitspraken bestudeerd.

Voor een goed begrip van de regeling over conformiteit in de praktijk, is inzicht in de wettelijke regeling hieromtrent noodzakelijk. Deze regeling zal als eerste behandeld worden. De algemene conformiteitsverplichting van de verkoper is neergelegd in artikel 7:17 BW en zal als eerste in hoofdstuk 1 worden besproken, gevolgd door een bespreking van de factoren die hierbij een belangrijke rol spelen zoals onder andere de onderzoeks-, - mededelings- en klachtplicht.

Daar in de praktijk vrijwel altijd gebruik wordt gemaakt van een standaard koopcontract en hiermee wordt afgeweken van de wettelijke regeling, zal vervolgens, in hoofdstuk 2, de contractspraktijk worden besproken. Gekozen is om het standaard NVM-contract als uitgangspunt te nemen, aangezien deze veel wordt gebruikt.

Nadat de wettelijke regeling en de contractspraktijk zijn besproken, zal uitgebreid de rechtspraktijk worden behandeld. Aan de hand van de bestudeerde uitspraken, zal inzicht worden gegeven in de overwegingen van de rechters ten aanzien van non-conformiteit. Hier ligt dan ook het zwaartepunt van mijn onderzoek.

Aanvankelijk wilde ik ook een gedeelte Europees recht behandelen. Bij het bestuderen van het DCFR, de PECL en het voorstel betreffende een gemeenschappelijk Europees kooprecht bleek dat er in het kader van het conformiteitsleerstuk ten aanzien van onroerend goed niet zoveel relevante stukken waren die van toegevoegde waarde zijn voor dit onderzoek. Dit is eigenlijk ook wel verklaarbaar, daar de (ver)koop van onroerend goed naar haar aard niet grensoverschrijdend is en doorgaans een zaak is van de lidstaten zelf. De Europese Richtlijnen zijn uitdrukkelijk niet van toepassing verklaard op de koop van onroerende zaken. Het voorstel betreffende een gemeenschappelijk Europees kooprecht heeft bepaald dat voor de toepassing van deze

verordening, onder “goederen” wordt verstaan: alle roerende lichamelijke zaken.¹ Ook het DCFR heeft de koop van onroerende zaken niet van toepassing verklaard op de artikelen die betrekking hebben op ‘Sales’.² Om die reden heb ik mij beperkt tot het Duitse recht en beschreven wordt hoe in Duitsland wordt omgegaan met het conformiteitsleerstuk ten aanzien van de koop van onroerende zaken. Voor het Duitse recht is gekozen vanwege de geografische ligging en het feit dat het Duitse (koop)recht veel overeenkomsten vertoont met het Nederlands rechtssysteem. Hiervoor zal ik de relevante Duitse wettelijke bepalingen bespreken en is ook een aantal Duitse uitspraken aangehaald om een eerste inzicht te verkrijgen in de overwegingen van de Duitse rechters in gelijksoortige zaken.

Het onderzoek wordt afgesloten met een conclusie.

¹ Zie art. 2 onder h

² Zie art. IV.A.-1:101 lid 3 DCFR

HOOFDSTUK 1: NON-CONFORMITEIT : De wettelijke regeling toegespitst op de koop van bestaande woningen

1.1 Algemene aspecten van non-conformiteit.

Na het betrekken van de woning, kan een koper geconfronteerd worden met verschillende materiële gebreken aan de woning. Om enkele voorbeelden te noemen: verroeste cv-leidingen, verrotte draag of vloerbalken, kelderzwam, schimmelvorming, houtworm, boktor, asbest, gebrekkige fundering en bodemverontreiniging. Wanneer een koper met bepaalde gebreken geconfronteerd wordt, kan hij van mening zijn dat de woning niet aan de overeenkomst beantwoordt en non-conform is.

In de wet is het zgn. conformiteitsleerstuk in artikel 7:17 BW neergelegd.³ In het eerste lid van dit artikel is vrij algemeen bepaald dat de afgeleverde zaak aan de overeenkomst moet beantwoorden. Het tweede lid bepaalt verder dat een zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt indien zij, mede gelet op de aard van de zaak en de mededelingen die de verkoper over de zaak heeft gedaan, niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. De koper mag verwachten dat de zaak de eigenschappen bezit die nodig zijn voor normaal gebruik en waarvan de koper de aanwezigheid niet hoeft te betwijfelen, alsmede de eigenschappen die nodig zijn voor een bijzonder gebruik dat bij de overeenkomst is voorzien. Aan de hand van de bepalingen van dit lid kunnen dus de verwachtingen van de koper worden afgeleid. De verkoper kan hierbij in vergaande mate het verwachtingspatroon van de koper beïnvloeden.⁴

De koper kan volgens het vijfde lid, niet klagen over gebreken die hem bekend waren of redelijkerwijs bekend konden zijn. Dit lid is opgenomen vanwege de Europese Richtlijn ter bevordering van consumentenbescherming bij koop.⁵ Dit lid benadrukt dat de koper oplettend moet zijn en dat er een onderzoeksplicht voor de koper aanwezig kan zijn. Hoewel deze richtlijn in het kader van de consumentenkoop is opgenomen, is dit lid ook van toepassing op de koop van onroerend goed.

Art 7:17 BW spreekt over eigenschappen. Indien in het kader van de conformiteit het begrip 'gebreken' gebruik wordt, moet dat ruim en subjectief worden opgevat. Dan moet hieronder worden verstaan: iedere (serieus) afwijkende eigenschap van het gekochte ten opzichte van hetgeen de

³ Huijgen 2012, p. 55

⁴ Asser/Hijma 2013, p. 331

⁵ Richtlijn 1999/44/EG d.d. 25 mei 1999, PbEG L171

koper mocht verwachten en als negatief door hem wordt beschouwd.⁶ Dit artikel is van regelend recht voor koop van onroerende zaken.

De aan het begin van dit hoofdstuk opgenoemde gebreken, zijn een voorbeeld van gebreken die non-conformiteit kunnen opleveren. Of de gebreken ook daadwerkelijk non-conformiteit opleveren, zal moeten worden beoordeeld aan de hand van alle relevante feiten en omstandigheden van het geval.⁷ Wat een koper mag verwachten hangt af van meerdere omstandigheden waarvan de belangrijkste hieronder zullen worden toegelicht.

1.2 Aard van de zaak

Allereerst speelt de aard van de zaak een rol. Bij de koop van een woning kan deze betrekking hebben op bijvoorbeeld het bouwjaar van de woning, de locatie en de wijze waarop of waarvoor de verkoper de woning heeft gebruikt (of juist niet). Zo zal een koper van een oudere woning niet mogen verwachten dat deze de eigenschappen bezit van een nieuwbouwwoning.

1.3 Normaal gebruik

Voorts is van belang dat de zaak de eigenschappen bezit die nodig zijn voor normaal gebruik. Wat dit begrip voor onroerende zaken inhoudt, is allerm minst duidelijk. Ondanks de bedoelde uitwerking van het eerste lid van art 7:17 BW, geeft dit begrip helaas geen helderheid over wat hieronder dient te worden verstaan. Het begrip 'bijzonder gebruik' is volgens de wettekst alleen relevant indien dit bij overeenkomst is voorzien. Het gaat hierbij om de geschiktheid voor een afwijkend gebruik dat ten tijde van het sluiten van de overeenkomst aan de verkoper kenbaar is gemaakt. Bijzonder gebruik hoeft echter niet *specifiek* te zijn overeengekomen.⁸ Het 'bijzonder gebruik' kan volgens Klik worden gezien als een rem op een te vergaande interpretatie van 'normaal gebruik'.⁹

Volgens Heyman & Bartels ligt de betekenis van het begrip 'normaal gebruik' in de bewijspositie van partijen. De koper die beweert dat er sprake is van non-conformiteit, zal moeten bewijzen dat hij het gebrek waarom het gaat, niet hoefde te verwachten. Als de koper kan aantonen dat dit gebrek het normale gebruik van de zaak verhindert, dan is daarmee de non-conformiteit in beginsel gegeven.¹⁰

⁶ Heyman & Bartels 2012, p. 274

⁷ Asser/Hijma 2013, p. 331

⁸ Klik 2008, p. 194

⁹ Klik 2008, p. 195

¹⁰ Heyman & Bartels 2012, p.309

De tweede zin van het tweede lid van artikel 7:17 BW mag niet als een invulling van het algemene verwachtingspatroon van de eerste zin worden beschouwd. Dan zou alleen ongeschiktheid voor normaal gebruik de woning non-conform maken. Andere gebreken die voor non-conformiteit in aanmerking kunnen komen, zouden dan niet onder het conformiteitsbegrip kunnen vallen. Zo zal een afwijkende grondoppervlakte, slechte staat van het stucwerk of het niet voldoen aan de bouwvoorschriften niet direct het normaal gebruik van de zaak in de weg, maar kunnen wel non-conformiteit opleveren.¹¹

Hijma stelt dat het daarbij niet gaat om wat een koper in het concrete geval verstaat onder normaal gebruik, maar dat er wordt bedoeld wat er naar algemene maatstaven als normaal kan worden aangemerkt.¹² Hierbij lijkt 'een niet te strikte interpretatie' geïndiceerd. Het gaat er om welk gebruik naar algemene maatstaven van de zaak behoort te kunnen worden gemaakt. Klik pleit ervoor een ruime uitleg van het begrip 'normaal gebruik' te hanteren. Dit, met name omdat in gevallen van de koop van onroerend goed voor 'normaal gebruik' ook het criterium van 'verhandelbaarheid' van belang is. Een ruime uitleg houdt dan in beginsel in dat meer risicofactoren in de sfeer van de verkoper worden gebracht.¹³

1.4 Mededelingen van de verkoper

De verwachtingen van de koper kunnen tevens worden afgeleid uit wat de verkoper over de zaak heeft medegedeeld. Een verkoper heeft daarbij hele andere belangen dan een koper en zal zijn woning (logisch) aanprijzen en mooier willen presenteren dan deze in werkelijkheid is. Een koper zal daarop bedacht moeten zijn. In beginsel is de verkoper wel verplicht om de hem bekende gebreken te melden aan de koper en waarvan hij weet dat deze ook voor de koper van belang zijn.¹⁴ De Hoge Raad heeft daarover bepaald dat een koper mag vertrouwen op de juistheid van hetgeen de verkoper hem heeft verteld.¹⁵

Het verstrekken van een onjuiste mededeling kan een succesvol beroep op dwaling of non-conformiteit opleveren. In het kader van dwaling, maakt de wet onderscheid tussen het verstrekken van onjuiste informatie en onvolledige informatieverstrekking (in de zin van artikel 6:228 lid 1 onder a en b BW). Dit onderscheid kan echter niet altijd even scherp gemaakt worden, daarom meent Jansen dat het hier aankomt op de vraag wat de partijen hierbij van elkaar over en weer mogen

¹¹ Heyman & Bartels 2012, p. 310

¹² Asser/Hijma 2013, p. 341

¹³ Klik 2008, p. 318-319

¹⁴ HR 15 november 1957, *NJ* 1958,67 (Baris/Riezenkamp), Rb. Middelburg 13 oktober 2010, *NJF* 2011,75 en HR 14 november 2008, *NJ* 2008, 588

¹⁵ HR 15 november 1957, *NJ* 1958,67 (Baris/Riezenkamp) en Hof Amsterdam 4 september 2012, *LJN* BY6797

verwachten. Aan de ene kant zullen partijen zich moeten inspannen om misverstanden bij de andere partij te voorkomen door de mededelingen met de nodige juistheid en volledigheid trachten te doen. Aan de andere kant zullen partijen voldoende onderzoek moeten doen naar deze mededelingen teneinde te voorkomen dat zij deze mededelingen verkeerd hebben opgevat.¹⁶ Zo zal een globale mededeling of een mededeling waarvan de (potentiële) juistheid eenvoudig te controleren is, in het algemeen minder snel een beroep op dwaling kunnen rechtvaardigen. Ook de aard van de rechtsverhouding, zoals deskundigheid van een van de partijen, kunnen een rol spelen bij de beoordeling of een partij gerechtvaardigd mocht vertrouwen op de mededeling van zijn wederpartij.¹⁷ Jansen is van mening dat het uitgangspunt moet zijn dat partijen er in beginsel zelf verantwoordelijk voor zijn dat zij goed geïnformeerd zijn. Het is dan ook in beginsel aan de onwetende partij die zich op het schenden van een mededelingsplicht van zijn wederpartij beroept, om deugdelijk te motiveren waarom zijn wederpartij tot het geven van deze informatie gehouden was.¹⁸

Hijma stelt dat niet alle mededelingen juridisch gezien even zwaar mogen wegen en maakt onderscheid tussen blote mededelingen, serieuze inlichtingen en toezeggingen en garanties.¹⁹ Aan de eerste categorie mededelingen kan in beginsel niet zo veel waarde gehecht worden dat de koper zich met succes op non-conformiteit kan beroepen. Bij de andere twee soorten mededelingen kan dit wel.

Schendt de verkoper zijn mededelingsplicht dan zal hij zich er in beginsel niet met succes op kunnen beroepen dat de koper zijn onderzoeksplicht heeft geschonden. Dit is al vanaf 1973 vaste jurisprudentie van de Hoge Raad en nadien meermaals herhaald.²⁰ Uitgangspunt is dan ook dat de mededelingsplicht in beginsel voor de onderzoeksplicht gaat.

1.5 Onderzoeksplicht van de koper

Ook de onderzoeksplicht speelt een belangrijk rol bij het bepalen van het verwachtingspatroon van de koper. De tweede zin van artikel 7:17 lid 2 en lid 5 BW verwijzen naar deze onderzoeksplicht van de koper. De bepaling 'en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefte te betwijfelen' is hierover duidelijk. Als de koper een reden had om te twijfelen, bijvoorbeeld een bruine kring op het plafond van de woonkamer gelegen onder de badkamer, wordt de koper geacht hier onderzoek naar te

¹⁶ Jansen 2013, p. 56

¹⁷ Jansen 2013, p. 57-69

¹⁸ Jansen 2013, p. 183

¹⁹ Asser/Hijma 2013, p. 334

²⁰ Zie bijv. HR 30 november 1973, *NJ* 1974,97 (Van der Beek/Van Dartel), HR 10 april 1998, *NJ* 1998,666 en HR 14 november 2008, *NJ* 2008, 588 (Van Dalssen/Gemeente Kampen)

doen. Doet hij dit onderzoek niet of stelt hij hier geen vragen over, dan kan de koper later geen geslaagd beroep doen op non-conformiteit indien er een lekkage in de badkamer blijkt te zijn.²¹

Wanneer er een onderzoeksplicht moet worden aangenomen, is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval. Te denken valt hierbij onder andere aan de volgende relevante aspecten.²²

- a. de aard van de zaak
- b. de waarneembaarheid van het gebrek
- c. de hoogte van de prijs
- d. de deskundigheid van koper en verkoper
- e. de omstandigheden waaronder de koop plaatsvond die kunnen maken dat de koper een groter risico aanvaardt dan normaal
- f. de mededelingen die de koper over de zaak heeft gedaan

In de in de vorige paragraaf beschreven mededelingsplicht ligt besloten dat de buitengrens van deze informatieplicht de eigen verantwoordelijkheid van de koper is, namelijk de onderzoeksplicht.

1.6 Toerekenbaarheid

Als non-conformiteit is gegeven, levert dit nog geen wettelijke garantie op waarbij die tekortkoming ook aan de verkoper kan worden toegerekend.²³ Tussen koper en verkoper bestaat een resultaatsverbintenis waarop de artikelen 6:74 en 6:75 BW van toepassing zijn. Er bestaat derhalve een toerekenbare en niet-toerekenbare non-conformiteit.²⁴ De verkoper kan zich dus beroepen op overmacht. Dit is van belang voor de toewijzing van een schadevergoeding, want hiervoor is vereist dat de non-conformiteit de verkoper toegerekend kan worden. Artikel 6:75 BW bepaalt in dat kader dat deze toerekening kan plaatsvinden krachtens schuld, wet, rechtshandeling of verkeersopvatting. Kan de tekortkoming de verkoper niet worden toegerekend, maar is er wel sprake van non-conformiteit, kan de koper niet met succes schadevergoeding eisen. De koper kan dan wel proberen de kosten van herstel op een andere wijze op de verkoper te verhalen, namelijk door het vorderen van herstel, de koop (gedeeltelijk) te ontbinden danwel de overeenkomst zo te wijzigen dat het nadeel wordt opgeheven. Zo kan het gebrek dan uiteindelijk toch voor rekening van de verkoper komen.

²¹ Zie in dat kader ook HR 14 november 2008, *NJ* 2008, 588 en Jansen 2013, p. 187

²² *NvW* I, Parl. Gesch. Boek 7, p.121

²³ Heyman & Bartels 2012, p. 270

²⁴ Heymans & Bartles 2012, p. 271

1.7 Klachtplicht

Het is tot slot van wezenlijk belang dat de koper zijn klachten tijdig meldt aan de verkoper. Hierbij wordt de koper een redelijke tijd gegund om de aard en ernst van het gebrek te achterhalen om vervolgens te kunnen overwegen of hij de schade wel of niet op de verkoper wil gaan verhalen. Artikel 7:23 BW schrijft voor dat de koper binnen bekwame tijd de klacht aan de verkoper kenbaar moet maken. Doet hij dat niet, kan de verkoper een beroep doen op overschrijding van de klachttermijn. Dit kan ernstige gevolgen hebben voor de koper, omdat deze termijn een vervaltermijn betreft. Dit houdt in dat de koper na het verstrijken van deze termijn geen actie meer heeft op grond van non-conformiteit.

De klachtplicht wordt wel beschouwd als een specifieke uitwerking van het leerstuk rechtsverwerking.²⁵ Deze plicht om klachten binnen bekwame tijd te melden, beschermt de verkoper tegen late en daardoor moeilijk te beoordelen of te betwisten klachten.²⁶ Wat bekwame tijd is, dient afgewogen te worden tegen alle betrokken belangen. In recente arresten heeft de Hoge Raad ook het belang van de koper betrokken door een belangrijke rol toe te kennen aan het nadeelvereiste van de verkoper bij het aanvaarden van een beroep op het niet-tijdig klagen. In een drietal arresten van 8 februari 2013,²⁷ heeft de Hoge Raad enkele vragen in dat kader verduidelijkt en sindsdien is er veel geschreven over de overwegingen van de Hoge Raad in deze arresten over de klachtplicht. Sommige auteurs pleiten er voor om de klachtplicht voor consumenten, ook in het geval van koop van bestaande woningen, af te schaffen. Indien een koper wordt geconfronteerd met een gebrek, zou naar hun mening, kunnen worden volstaan met de leerstukken van rechtsverwerking en verjaring.²⁸

²⁵ Van Emden & De Haan 2013, p. 94

²⁶ Wessels 2010, p. 52

²⁷ HR 8 februari 2013, *LJN* BY4600, BX7195 en BX7846

²⁸ Tjittes en Kampman 2013 en Valk 2014, p. 7

HOOFDSTUK 2: NON- CONFORMITEIT: DE PRAKTIJK

In de praktijk wordt veelvuldig gebruik gemaakt van een standaard koopakte. De meest gebruikte hiervan is de NVM-akte. Deze akte heeft voor wat betreft de wettelijk geregelde conformiteit, een regeling die afwijkt van art. 7:17 BW. In het kader van dit onderzoek zijn de artikelen 5.1, 5.3, 5.4 (de onbekendheidsverklaringen), 5.5 van de NVM-akte en de ouderdomsclausule van belang. Deze artikelen zullen hieronder behandeld worden.

2.1 Artikel 5.1 NVM

Dit artikel bepaalt, voor zover hier van belang, dat de onroerende zaak aan de koper zal worden overgedragen in de staat waarin het zich bij het tot stand komen van de overeenkomst bevindt met alle daarbij behorende (...) zichtbare en onzichtbare gebreken.

Volgens de Toelichting op de NVM-koopakte (versie juli 2008) is de hoofdregel dat de verkoper niet in staat voor (verborgen) gebreken. Alle risico wordt dus in beginsel bij de koper neergelegd.

Het artikel is een algemeen exoneratiebeding dat ten gunste van de verkoper kan worden gezien; de koper aanvaardt immers de woning met al zijn eigenschappen en dus ook met alle gebreken die eraan kleven. Om terug te komen op de in het vorige hoofdstuk beschreven verwachtingen van de koper, een koper kan indien hij gebruik heeft gemaakt van de NVM-koopakte, niet stellen dat hij de eigenschappen niet had hoeven te verwachten. De verkoper sluit eigenlijk iedere aansprakelijkheid wegens non-conformiteit uit. Het gevolg is dan dat een gebrek geen non-conformiteit oplevert ook, als de koper er niet bedacht op had hoeven te zijn.

2.2 Artikel 5.3 NVM

De algemene exoneratiebepaling van artikel 5.1 wordt weer beperkt door artikel 5.3 waarin wordt bepaald dat de verkoper er wel voor instaat dat de woning geschikt is voor het normaal gebruik als woonhuis. De Toelichting op de NVM-koopakte geeft aan dat met artikel 5.3 de verkoper instaat voor de afwezigheid van gebreken die het normale gebruik belemmeren, tenzij die gebreken kenbaar waren aan de koper op het moment dat de koopovereenkomst tot stand kwam. Hieronder vallen ook gebreken die de koper niet kent, maar die hij had moeten ontdekken als hij voldoende zorgvuldig te werk was gegaan bij de koop van de woning.

Artikel 5.3 is nogal ruim geformuleerd en allerm minst ondubbelzinnig. Of deze bepaling als een garantieverplichting moet worden gezien, daarover verschillende meningen in de literatuur. Doordat in de praktijk het begrip garantie niet altijd in dezelfde juridische zin wordt gebruikt kan het lastig worden om vast te stellen wat de garantie inhoudt. Na het baanbrekende arrest van De

Rooij/Van Olphen over het begrip 'normaal gebruik' dat in hoofdstuk 3 besproken wordt, is er veel geschreven over dit onderwerp.

Van Rossum leest in deze uitspraak dat de Hoge Raad artikel 5.3 niet als een garantieverplichting kwalificeert, behalve als partijen dat uitdrukkelijk hebben beoogd. Van Rossum vindt het te ver gaan om op grond van een onduidelijk standaardbeding een verdergaande verplichting op de verkoper te leggen, dan uit de wet voortvloeit.²⁹ Heyman & Bartels zijn het hier mee eens.³⁰ Zij geven er de voorkeur aan om artikel 5.3 als een resultaatsverbintenis uit te leggen in plaats van als een garantie. Dat leidt tot een evenwichtiger risicoverdeling die de koper voldoende bescherming biedt zonder de 'onschuldige' verkoper te zwaar te belasten.³¹

Dammingh stelt daarentegen dat uit overwegingen van de Hoge Raad moet worden afgeleid dat de verkoper ervoor 'instaat' dat de geleverde zaak voor een normaal gebruik als woning geschikt zal zijn. 'Instaan voor' betekent naar gangbaar spraakgebruik dat een prestatie wordt gegarandeerd en derhalve dient artikel 5.3 als een garantie te worden uitgelegd, aldus Dammingh.³² Het rechtsgevolg is dan dat de verkoper aansprakelijk is voor alle schade die de koper lijdt, doordat de aan hem geleverde woning niet die eigenschappen bezit die voor normaal gebruik nodig zijn.

In de lagere rechtspraak wordt, zoals straks in hoofdstuk 3 zal blijken, artikel 5.3 eigenlijk altijd opgevat als een garantie.

2.3 Onbekendheidsverklaringen

In artikel 5.4 e.v. kunnen partijen laten vastleggen over wat hen al dan niet bekend is over verontreiniging van het onroerend goed. Dit zijn de zgn. (on)bekendheidsverklaringen. De functie van dit artikel is volgens de Toelichting om als bewijs of signaal te dienen. De bewijsfunctie is daarin gelegen dat de koper die bijvoorbeeld verklaart bekend te zijn met de aanwezigheid van een ondergrondse tank, niet met succes achteraf kan beweren dat de verkoper hem hierop had moeten wijzen. Aan de andere kant kan de verkoper die verklaart dat hij niet bekend is met de aanwezigheid van een olietank, niet achteraf stellen dat de olietank voor de koper zichtbaar had moeten zijn. De signaalfunctie ligt hem daarin dat partijen erop attent worden gemaakt over dit onderwerp na te denken.

²⁹ Van Rossum 2006, p. 359-363

³⁰ Heyman & Bartels 2012, p. 337

³¹ Heyman & Bartels 2012, p. 336

³² Dammingh 2009, p. 120-128

Het is gebleken dat deze verklaringen voor de verdeling van het risico voor verborgen gebreken, zeer verschillend kunnen worden geïnterpreteerd. Zo kan worden aangenomen dat de verklaringen een exoneratie zijn, of een garantie danwel louter een neutrale mededeling.³³ Om misverstanden hierover te vermijden is art 5.13 opgenomen dat bepaalt dat de enkele verklaring dat de verkoper niet bekend is met bepaalde feiten of omstandigheden, dit geen garantie of vrijwaring inhoudt voor de koper of verkoper. De onbekendheidsverklaringen dienen derhalve als een neutrale mededeling opgevat te worden.

2.4 Ouderdomsclausule

Indien de verkoper een wat oudere woning wil verkopen, kan hij een ouderdomsclausule opnemen in de koopakte. In deze clausule wordt de koper er al dan niet met zo veel woorden op geattendeerd, dat de eisen die aan de (bouw)kwaliteit van deze woning gesteld mogen worden in het algemeen lager liggen dan bij nieuwere woningen. Vervolgens wordt in de clausule bepaald dat de verkoper niet in staat voor bepaalde, nader genoemde gebreken. In tegenstelling tot de onbekendheidsverklaringen kan de ouderdomsclausule wel een exonererende werking toegeschreven worden.

³³ Heyman & Bartels 2012, p. 343

HOOFDSTUK 3: CONFORMITEIT IN DE RECHTSPRAAK

Ondanks de in 2003 doorgevoerde wetwijziging waarbij lid 5 aan art 7:17 BW is toegevoegd en het tweede lid is aangevuld met de bepaling dat bij het verwachtingspatroon van de koper mede moet worden gelet op de aard van de zaak en mededelingen van de verkoper, is er nog geen enkele duidelijkheid gekomen over wat er onder het begrip 'normaal gebruik' moet worden verstaan. Het aantal procedures is daarom nog steeds aanzienlijk.

Vanwege de omvang van het aantal gevonden uitspraken over non-conformiteit bij een bestaande woning, is het onmogelijk al deze uitspraken te behandelen. Reden waarom ik mij heb beperkt tot voornamelijk uitspraken van lagere rechtspraak als die van de hogere instanties van de laatste vijf jaar en ook daar weer een selectie uit heb gemaakt. Een aantal oudere uitspraken dat niet onbesproken mag blijven in het kader van dit onderzoek, zal eveneens behandeld worden.

Tijdens het bestuderen van de uitspraken, bleek dat de rechters, afhankelijk van de zaak, aan bepaalde factoren een meer of minder zwaarwegend belang toe te kennen. Om deze belangen te onderscheiden, is ervoor gekozen de uitspraken te categoriseren aan de hand van deze hoofdfactoren, te weten de betekenis van het begrip 'normaal gebruik', de mededelingsplicht van de verkoper, de onderzoeksplicht van de koper, de ouderdomsclausule en de klachtplicht. Deze indeling bleek overigens wel lastig, omdat er natuurlijk in elke uitspraak meerdere factoren tegelijk een rol spelen bij de beoordeling. Ten behoeve van het overzicht en om duidelijkheid te verschaffen in de overwegingen van de rechters ten aanzien van de relevante factoren, is desondanks toch besloten deze indeling als zodanig te hanteren.

In verreweg de meeste gevallen begint de rechter zijn beoordeling door, al dan niet met zoveel woorden, voorop te stellen dat een woning op grond van artikel 7:17 BW bij aflevering aan de overeenkomst moet beantwoorden. Dit gevolgd door de overweging dat de woning mede gelet op de aard van de zaak en de mededelingen die de verkoper daarover heeft gedaan, de eigenschappen moet bezitten die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. De koper mag verwachten dat de zaak de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen, alsmede de eigenschappen die nodig zijn voor een bijzonder gebruik dat bij de overeenkomst is voorzien. Wat de koper mag verwachten wordt ingekleurd door mededelings- en onderzoeksplichten en de overige omstandigheden van het geval. De verkoper is gehouden mededeling te doen van gebreken waarvan hij op de hoogte is. Een gebrek dat aan normaal gebruik in de weg staat, kan onder omstandigheden meebrengen dat van non-conformiteit sprake is, ook als de verkoper het gebrek niet kende.

De koper zal afhankelijk van de ouderdom en de prijs van de woning, tot op zekere hoogte rekening moeten houden met een bepaalde mate van meteen te verrichten (achterstallig) onderhoud en aanpassingen aan de eisen van de tijd, ook al was de noodzaak daartoe ten tijde van de koop niet direct zichtbaar.³⁴

Er is dus een aantal criteria waaraan de rechter toetst of er sprake is van non-conformiteit. Deze criteria worden hieronder besproken.

3.1 Normaal gebruik

Op grond van artikel 7:17 BW kan een gebrek dat aan normaal gebruik in de weg staat, conformiteit opleveren, ook als de verkoper niet op de hoogte was van het gebrek. In artikel 5.3 NVM is dit begrip ook opgenomen. Hoe oordelen rechter nu over het begrip 'normaal gebruik'?

Uit de bestudeerde rechtspraak komt naar voren dat er een aantal gebreken zonder nadere motivering, vanwege hun aard al dan niet in aanmerking komt om het normaal gebruik van de woning in de weg te staan.

Zo staan volgens de bestudeerde rechtspraak de volgende gebreken in beginsel het normaal gebruik van de woning niet in de weg: een oppervlakkige aantasting door houtworm³⁵ of schimmel³⁶, een gebrek aan de cv-leidingen³⁷ en het verrot zijn van bijna alle kozijnen³⁸.

Gebreken die wel in de weg kunnen staan aan normaal gebruik van de woning, zijn onder andere een grotendeels verrot dak van de uitbouw³⁹, het niet kunnen stuken van de muren⁴⁰, het ontbreken van een fundering onder een aanbouw⁴¹, aanmerkelijke schade aan het buitenstucwerk gepaard gaand met vochtdoorslag⁴², een niet functionerende verwarming⁴³, kelderzwam⁴⁴, boktor

³⁴ Hof Amsterdam 20 december 2011, *NJF* 2012,57, Rb. Arnhem 4 december 1997, *NJKort* 1998/22, Rb. Arnhem 7 december 2011, *LJN* BV0489

³⁵ Rb. Zutphen 16 juli 2008, *LJN* BD8964

³⁶ Hof Arnhem 18 maart 2008, *NJF* 2008,257

³⁷ Hof Arnhem 19 maart 2013 GHARL:2013:BZ4298

³⁸ Rb. Arnhem 10 februari 2012, RBARN:2010:BL4471

³⁹ Hof 's-Hertogenbosch 28 augustus 2012, *LJN* BX6048

⁴⁰ Rb. Middelburg 13 oktober 2010 *NJF* 2011, 75

⁴¹ Rb. Haarlem 2 april 2008 *LJN* BD0814 en Hof 's-Gravenhage 22 november 2011, *LJN* BU5779

⁴² HR 15 december 2006 *RvdW* 2007, 11

⁴³ Rb. Utrecht 16 maart 2011, *LJN* BQ7850

⁴⁴ Rb. Dordrecht 2 februari 2011, *LJN* BP3125

en houtworm in constructieve delen van het dak⁴⁵, (hechtgebonden) asbest in scheidingswanden en aftimmering van de woning⁴⁶, een niet goed geventileerde met puin gevulde kruipruimte en een lekkende badkamer⁴⁷.

Of gebreken die het normaal gebruik van de woning in de weg staan ook non-conformiteit opleveren, is afhankelijk van meerdere omstandigheden. In het arrest De Rooij /Van Olphen is de Hoge Raad uitvoerig ingegaan op het begrip normaal gebruik van artikel 5.3 NVM. Vanwege het belang van dit arrest, zal dit arrest als eerste en wat uitgebreider worden besproken. Hierna zullen andere relevante uitspraken besproken worden.

In het arrest De Rooij /Van Olphen stond de uitleg van het begrip 'normaal gebruik' centraal.⁴⁸ Van Olphen had zijn woning verkocht aan De Rooij. Voorafgaand aan de koop had De Rooij aan Van Olphen laten weten dat hij van plan was de woning te slopen en het perceel in twee kavels te splitsen om vervolgens op iedere kavel een woning te bouwen. De Rooij had dit voornemen opgenomen in artikel 5.3 NVM met de bedoeling om de twee te bouwen woningen onder de noemer te brengen van het begrip 'het normaal gebruik' van de woning. Na de koop, maar voor de levering, werd de gekochte woning aangewezen als 'beschermd dorpsgezicht' in de zin van artikel 35 Monumentenwet. De Rooij kreeg daarom geen sloopvergunning. De Rooij heeft hierop een procedure gestart en daarbij het standpunt ingenomen dat Van Olphen tekort is geschoten in zijn verplichting als opgenomen in artikel 5.3 NVM, omdat woning niet de gegarandeerde eigenschappen voor het 'normaal gebruik' bezat, doordat de sloop van de woning niet mogelijk bleek te zijn. In deze zaak draait het dan om de vraag of sloop van een huis valt onder de norm 'normaal gebruik' van artikel 5.3 NVM.

Over de uitleg van artikel 5.3 overweegt de Hoge Raad dat:

“de uitleg dient te geschieden met in achtneming van de zogeheten Haviltex-maatstaf (HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635). Deze brengt mee dat de vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van partijen is geregeld, niet kan worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract. In praktisch opzicht is de taalkundige betekenis die de bewoordingen waarin deze bepalingen zijn gesteld, 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

⁴⁵ Hof Arnhem 18 maart 2008, NJF 2008, 257 en Hof 's-Hertogenbosch 6 december 2005, NJF 2006, 271

⁴⁶ Rb. 's-Gravenhage 3 juni 2009 NJF 2009,387 en Rb. Zwolle 28 januari 2004, LJN AO4124

⁴⁷ Rb. Amsterdam 24 april 2013, RVR 2013, 85

⁴⁸ HR 23 december 2005, RvdW 2006, 17 (De Rooij/Van Olphen)

wel van groot belang (HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493). In dit licht heeft ten aanzien van de uitleg van een overeenkomst waarbij een bebouwde onroerende zaak is verkocht, het volgende te gelden. Indien partijen bij de schriftelijke vastlegging van hun overeenkomst gebruik maken van een standaardakte waarin een beding voorkomt dat, zoals art. 5.3 van de standaard NVM-koopakte, als voorgedrukte verklaring van de verkoper bevat dat de verkochte zaak de feitelijke eigenschappen zal bezitten die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn, zal uitgangspunt voor de uitleg van dit beding dienen te zijn dat 'normaal gebruik' betrekking heeft op wat daaronder naar gangbaar spraakgebruik wordt verstaan ten aanzien van de grond alsmede van de ten tijde van de verkoop zich daarop bevindende bebouwing. Daaronder valt in beginsel niet de sloop van de bebouwing gevolgd door het gebruik van de grond als bouwgrond. Dit betekent dat het enkele feit dat in een dergelijk beding naast de voorgedrukte tekst door partijen specifiek is opgenomen dat koper voornemens is van de onroerende zaak gebruikt te maken als bouwperceel, niet zonder meer en ook niet in beginsel, meebrengt dat de overeenkomst aldus dient te worden uitgelegd dat de verkoper ervoor in staat dat sloop van de ten tijde van de verkoop bevindende bebouwing mogelijk en geoorloofd zal zijn."

De Hoge Raad stelt dus voorop dat de uitleg dient te geschieden met in achtneming van de Haviltex-maatstaf. De bewoordingen van het contract volgens de Haviltex-maatstaf zijn echter niet beslissend, maar de taalkundige betekenis van die bewoordingen voor de uitleg 'in praktisch opzicht' is doorgaans wel van groot belang. De Hoge Raad stelt dat slopen en nieuwbouw naar gangbaar spraakgebruik niet onder 'normaal gebruik' van de woning valt en geeft dus een beperkte werking aan het begrip. Opmerkelijk is dat de Hoge Raad aangeeft dat niet de bedoeling van de opstellers van de standaardakte die inhoud hebben willen geven aan het begrip 'normaal gebruik', van belang is, maar de bedoeling van de contracterende partijen. Indien een koper voornemens is de woning niet als woonhuis te gaan gebruiken, is het dus niet voldoende om in art 5.3 aan te geven waarvoor je het gekochte dan wel wilt gaan gebruiken. Dit zal uitdrukkelijk overeengekomen moeten worden.

In een andere zaak deed de verkoper een beroep op het hiervoor besproken arrest. Ook hier ging het om de garantie in een standaardbeding. De Hoge Raad oordeelde toen dat op grond van vaststaande feiten de koper ervan mocht uitgaan dat de verkoper heeft willen garanderen dat het terrein geschikt zou zijn voor woningbouw.⁴⁹ Net als bij De Rooij/Van Olphen was in artikel 5.3 ook de bedoeling van de koper opgenomen, namelijk dat hij het terrein wilde gebruiken t.b.v. projectontwikkeling. Het Hof had hierbij aansluiting gezocht bij de ontsnappingsmogelijkheid van

⁴⁹ HR 20 juni 2008, NJ 2008, 355

het arrest De Rooij/Van Olphen en overwoog dat de Hoge Raad sprak van een “uitgangspunt” bij de uitleg van dit beding. Dit arrest laat dit ook toe. Volgens de Hoge Raad ligt het op de weg van de koper om feiten en omstandigheden te stellen waaruit blijkt dat de verkoper de eigenschappen in het concrete geval wel degelijk heeft willen garanderen of dat de koper daar op mocht vertrouwen. In het gegeven geval moest het verkochte geschikt zijn voor woningbouw, wat impliceert dat de bouwvakkers zonder wezenlijke gezondheidsrisico's moeten kunnen werken. De aanwezigheid van asbest leverde daarom een gebrek op, waardoor de garantie is geschonden althans de grond non-conform moet worden geacht

Hieruit blijkt maar weer dat het begrip ‘normaal gebruik’ in het licht gezien moet worden van alle omstandigheden van het geval. Hieronder volgt de bespreking van een aantal uitspraken waarin het begrip ‘normaal gebruik’ centraal staat en wordt nagegaan hoe de rechtspraak invulling geeft aan het begrip en wat haar overwegingen zijn om al dan niet tot non-conformiteit te concluderen.

In een zaak die werd voorgelegd aan het Hof 's-Gravenhage stelde de koper dat de gebrekkige fundering van de aanbouw in de weg staat aan het normaal gebruik van de aanbouw. De rechter ging hierin mee en overwoog dat een fundering een essentieel onderdeel is van een goede bouwkundige constructie. Het beroep van de verkoper op de algemene uitsluiting van aansprakelijkheid zoals opgenomen in artikel 8 (LMV-koopakte) kon hem daarom niet baten. De rechter was van oordeel dat er hier sprake is van non-conformiteit.⁵⁰

Deze uitspraak ligt in de lijn met een ander geval waarin de fundering centraal stond. In deze zaak ontbrak de fundering onder een aanbouw waardoor de aanbouw verzakt was. De rechtbank in Haarlem oordeelde dat de uitbouw niet de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn, omdat de afwezigheid van een deugdelijke fundering namelijk in veel gevallen verzakking en scheuren veroorzaakt.⁵¹

Het Hof Leeuwarden stelde in een zaak waar ook de fundering ter discussie stond, dat het bij de beoordeling of een woning die eigenschappen bezit die nodig zijn voor het normaal gebruik als woonhuis, betekent dat er geen gebreken verwacht behoefde te worden die het woongenot wezenlijk aantast. Daarbij gaat het niet enkel om gebreken die het woongenot onmiddellijk in de weg staan, maar ook om gebreken die op afzienbare termijn zouden moeten worden verholpen, om ook in de toekomst het woongenot te kunnen behouden.⁵²

⁵⁰ Hof 's-Gravenhage 22 november 2011 *LJN BU5779*

⁵¹ Rb. Haarlem 2 april 2008, *LJN BD0814*

⁵² Hof Leeuwarden 10 augustus 2005, *NJF 2005,418*

Duidelijk is dus dat de fundering als een wezenlijk onderdeel van de woning wordt beschouwd en afhankelijk van de ernst van het gebrek, al snel in aanmerking kan komen voor non-conformiteit. Uit de volgende zaak casus, blijkt dat niet alle ernstige gebreken in aanmerking komen voor non-conformiteit. Ook de aard van de gebreken speelt een rol hierin. Zo deed de koper bij de rechtbank Arnhem een beroep op de bewoordingen van de verkoopbrochure waarin stond vermeld dat de staat van het onderhoud van de woning “goed” was. Kort na de overdracht constateerde de schilder echter dat nagenoeg alle kozijnen van de woning deels verrot waren als gevolg van een onjuiste plaatsing van het glas. Een dergelijk gebrek maakt de woning volgens de rechter echter naar gangbaar spraakgebruik in het algemeen, niet ongeschikt voor normaal gebruik. De opmerking dat de staat van het onderhoud “goed” is, is daarbij te algemeen van aard en de vermelding ervan in de verkoopbrochure is onvoldoende om hieruit een garantie af te lezen.⁵³

Het Amsterdamse hof overwoog in een andere zaak, dat als in de verkoopbrochure staat vermeld dat de kelderbak totaal is vernieuwd in 2005 en achteraf is gebleken dat dit slechts ten dele is gebeurd, de kopers mochten verwachten dat de hele kelderbak ook waterdicht was. Het Hof oordeelde daarom dat de kopers die na de overdracht geconfronteerd werden met een lekkage, recht hebben op een schadevergoeding ter hoogte van de kosten die nodig zijn om de kelder alsnog waterdicht te maken.⁵⁴ De wijze waarop de eigenschappen van de woning worden beschreven in een verkoopbrochure, is dus van het belang bij het bepalen van de verwachtingen.

De rechtbank Utrecht oordeelde in een zaak die haar werd voorgelegd dat een niet functionerende verwarming een gebrek is dat het normaal gebruik van het woonhuis in de weg staat. Voor de beoordeling of er dan ook sprake is van non-conformiteit, moet volgens de rechter nagegaan worden of de kopers op grond van de overeenkomst mochten verwachten dat dit gebrek zich niet zou voordoen. De vloerverwarming was ongeveer 17 jaar oud, zodat disfunctioneren als gevolg van slijtage en/of achterstallig onderhoud reëel is. De koper had hierop bedacht moeten zijn, tenzij de verkoper mededelingen heeft gedaan waardoor de koper er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat in de nabije toekomst geen reparaties verwacht hoefden te worden. Dit brengt mee dat de koper zich ten aanzien van het gebrek aan de vloerverwarming, ondanks dat dit normaal gebruik ervan in de weg staat, dus toch niet kan beroepen op non-conformiteit als bedoeld in artikel 5.3.⁵⁵

Dat de leeftijd van de woning een rol kan spelen bij het verwachtingspatroon, bleek ook uit de volgende casus. Het Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde met de rechtbank Arnhem dat corrosie

⁵³ Rb. Arnhem 10 februari 2012, RBARN:2010:BL4471

⁵⁴ Hof Amsterdam 28 augustus 2012, LJV BX6068

⁵⁵ Rb. Utrecht 16 maart 2011, LJV BQ7850

van leidingbuizen na verloop van 40 jaar behoort te vallen binnen het verwachtingspatroon van een koper. Een gebrek aan de cv-leidingen waardoor de cv-ketel een lage druk heeft vanwege een lek in de leidingen als gevolg van corrosie tast het (verwachtingspatroon van) het normale gebruik niet aan en dus kan er geen sprake zijn van non-conformiteit.⁵⁶

In een zaak die aanhangig werd gemaakt bij de rechtbank Dordrecht, oordeelde de rechter dat een woning met kelderzwam niet die eigenschappen bezit die voor normaal gebruik nodig is. Allereerst omdat kelderzwam slecht is voor de gezondheid. Daar uit de tekst van artikel 5.3 blijkt dat de verkoper conformiteit heeft gegarandeerd (eigenschappen die nodig zijn voor een normaal gebruik) levert kelderzwam zowel non-conformiteit op als een toerekenbare tekortkoming krachtens rechtshandeling. De wanprestatie volgt uit de schending van de conformiteitsgarantie, derhalve is niet relevant of verkopers wisten van de kelderzwam.⁵⁷

Dat de ernst van het gebrek, de aard van de zaak en de leeftijd van de woning onderling kunnen samenhangen, wordt duidelijk in de volgende zaak. Het Hof Arnhem vond dat de aangetroffen schimmel geen wezenlijk gebrek is, omdat de schimmel alleen de muurplanken had aangetast. Daarbij was de woning meer dan 110 jaar oud en verkeerde de woning in authentieke staat. In dat geval moet een koper er rekening mee houden dat houten delen die bloot hebben gestaan aan inwerking door vocht, zoals muurplanken maar ook kozijnen, in de loop der jaren door schimmel zijn aangetast. Dit geldt niet voor de aangetroffen boktor en houtworm in constructieve delen van het dak. Dat is een gebrek dat op niet al te lange termijn moet worden aangepakt. Een verkoper dient in beginsel voor de degelijkheid van de dakconstructie in te staan. Echter, in deze zaak had de koper sporen van houtworm gezien en hier geen vragen over gesteld. Om die reden en het feit dat koper wist dat de woning meer dan 110 jaar oud was, kan de garantie van artikel 5.3 niet voor de afwezigheid van houtvernielers aanwezig worden geacht. Koper mocht dus niet verwachten dat de dakconstructie niet zou zijn aangetast.⁵⁸

Soms worden gebreken pas na wat langere tijd ontdekt, maar kunnen de gebreken volgens de rechter toch het normaal gebruik van de woning in de weg staan. Zo had een vastgoedontwikkelaar in 2007 een woning gekocht. Deze woning was in 2005 gerenoveerd en na de aankoop heeft de vastgoedontwikkelaar zelf een nieuwe houten bovengevloer laten aanleggen op de bestaande balkenvloer. Hierna is de woning te koop aangeboden waarbij de recente renovatie is vermeld. De woning is vervolgens eind 2007 verkocht. De nieuwe bewoner constateerde vier jaar later, in 2011, dat de vloer voor een deel verrot is. Een ingeschakelde deskundige stelde vast

⁵⁶ Hof Arnhem-Leeuwarden 19 maart 2013, GHARL:2013:BZ4298

⁵⁷ Rb. Dordrecht 2 februari 2011, RBDOR:2011:BP3125

⁵⁸ Hof Arnhem 18 maart 2008, NJF 2008,257

dat bij de renovatie in 2005 de ventilatieopeningen in de achtergevel zijn dichtgezet en de kruipruimte vol puin lag. Daarbij was er ook een lekkage in de badkamer geconstateerd. Dit alles was er de oorzaak van dat de vloerbalken verrot waren. De rechtbank Amsterdam aan wie het geschil werd voorgelegd, overwoog dat de koper bij de aankoop van de woning mocht verwachten dat deze de eigenschappen had die voor een normaal gebruik nodig zijn, waaronder moet worden begrepen een goed geventileerde en niet met puin gevulde kruipruimte en een niet lekkende badkamer, mede nu de woning in 2005 en 2007 nog was vernieuwd. De woning beantwoordde daarom bij aflevering niet aan de overeenkomst.⁵⁹

De vraag hoe moet worden bepaald wat de koper mocht verwachten stond ook ter discussie in een zaak van geheel andere aard die aan het Hof Amsterdam werd voorgelegd.⁶⁰ De kopers van een appartementsrecht in een appartementencomplex waarvan op de begane grond vijf bedrijfsruimten zijn gerealiseerd, klaagden erover het geluid dat afkomstig is van twee kinderdagverblijven die daar zijn gevestigd. De vraag was aan de orde of de appartementsrechten de eigenschappen bezitten die de kopers op grond van de koopovereenkomst mochten verwachten. Dit, ook gezien de informatie in verkoopbrochure en op de website en de mededelingen van de makelaar. Het hof oordeelde dat deze vraag mede moest worden beantwoord aan de hand van aard van de appartementen en de mededelingen die de verkoper daarover heeft gedaan. Het hof stelt voorop dat de eigenaren niets concreets mochten afleiden uit de aanprijzingen in de verkoopbrochure en de website met betrekking tot het geluidsniveau dat in de directe omgeving van de appartementen zou worden geproduceerd. Een verkoper is daarbij in het algemeen niet verantwoordelijk voor het geluidsniveau dat derden in de directe omgeving van de appartementen produceren. Ook de vestiging van twee kinderdagverblijven kan op basis van de gegeven informatie niet als een toerekenbare tekortkoming van de verkoper aangemerkt worden, aldus het hof.

In het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 28 augustus 2012, oordeelde het hof dat de verkoper met artikel 5.3 NVM de koper de garantie heeft gegeven dat de geleverde zaak de eigenschappen zal bezitten die voor het normaal gebruik daarvan nodig zijn. Bevat de geleverde zaak een eigenschap waarop de koper niet bedacht had hoeven te zijn, maar die het normaal gebrek van de zaak belemmert, er geen sprake van conformiteit zal zijn, indien bij het sluiten van de koop gebruik is gemaakt van de NVM-koopakte. Het hof oordeelde voorts dat een grotendeels verrot plat dak van de uitbouw, een evident gebrek is, dat aan een normaal gebruik van de woning in de weg staat. Het hof vervolgde dat onder normaal gebruik van een woning niet alleen valt te

⁵⁹ Rb. Amsterdam 24 april 2013, *RVR* 2013,85

⁶⁰ Hof Amsterdam 23 oktober 2012, *LJN* BY8298

begrijpen dat in die woning kan worden gewoond, maar ook dat dit zonder onaanvaardbare overlast gepaard gaat, en dat de constructieve veiligheid van de woning niet in gevaar komt.⁶¹

Als een gebrek niet het normaal gebruik van de zaak belemmert, kan er toch sprake zijn van non-conformiteit. Dit volgt uit het arrest van Fabels/Meenderink.⁶² In deze zaak had de verkoper verbouwingen uitgevoerd aan de woning, die in strijd waren met de destijds geldende bouwvoorschriften. Volgens de verkoper was er geen sprake van non-conformiteit, omdat de gestelde gebreken niet het normaal gebruik van de woning in de weg staan. De Hoge Raad verwierp dit betoog van de verkoper en overwoog dat *“de conformiteitseis van art. 7:17 BW meebrengt dat de koper van een woning, behoudens anders luidende afspraken, ervan mag uitgaan dat de bouw van een woning of verbouwing destijds is geschied met in achtneming van de op dat moment geldende voorschriften, ook als die voorschriften niet direct betrekking hebben op de gebruiksbepalende eigenschappen of veiligheidsaspecten van de woning”*.

In lijn met deze uitspraak oordeelde het Amsterdamse hof. De kopers hadden in deze zaak de verkopers laten weten dat zij verbouwingsplannen hadden. De verkopers hadden daarop de bouwtekeningen van onder andere de aanbouw van een serre in 2002 overhandigd. De verkoper die zelf aannemer was, had deze aanbouw zelf geplaatst. Toen de kopers na de overdracht begonnen met de verbouwing, constateerden zij dat de serre een van de bouwtekening afwijkende fundering had. Deze fundering bleek ook niet gelijkwaardig en het hof oordeelde daarom dat de kopers er op mochten vertrouwen dat de fundering volgens de bouwtekening was aangebracht danwel op een wijze die daaraan gelijkwaardig was. Er was sprake van non-conformiteit die recht gaf op vermindering van de koopprijs. Deze tekortkoming was tevens toerekenbaar aan de verkoper, omdat deze de fundering zelf had aangebracht en als aannemer redelijkerwijs had moeten begrijpen dat de aangebrachte fundering niet gelijkwaardig was aan de tekening en hij de kopers daarvan onkundig had gehouden.⁶³

Een koper mag dus in beginsel verwachten dat een woning is gebouwd of verbouwd met in achtneming van de toen van toepassing zijnde voorschriften. Dit blijkt ook uit de volgende uitspraak waarin een voormalig woonboerderij was gesplitst in een twee-onder-een-kapwoning. Deze woning bleek na het betrekken ervan, extreem gehorig te zijn. Uit onderzoek bleek dat dit mede kwam doordat de woningscheidende wand niet aan het Bouwbesluit voldeed, omdat de vereiste geluidwering niet werd gehaald en niet was voldaan aan de eisen van geluidsisolatie. Ook hier oordeelde de rechter dat artikel 7:17 BW mee brengt dat de koper van een woning in beginsel

⁶¹ Hof 's-Hertogenbosch 28 augustus 2012 LJN: BX6048

⁶² ⁶² HR 25 februari 2005, LJN AR5383 (Fabels/Meenderink)

⁶³ Hof Amsterdam, 2 april 2013, LJN BZ6679

ervan mag uitgaan dat de bouw van een woning of van een verbouwing destijds is geschied met in achtneming van de op dat moment geldende voorschriften, zelfs ook als die voorschriften niet direct betrekking hebben op gebruiksbepalende eigenschappen of veiligheidsaspecten van de woning.⁶⁴ Het feit dat de woning van onvoldoende geluidsisolatie was voorzien, kwam daarom voor rekening van de verkopers.⁶⁵

De aanwezigheid van asbest is veelvuldig het onderwerp in procedures. Asbest heeft vanwege de gezondheidsrisico's die er aan de materie verbonden zijn een slechte reputatie, maar de aanwezigheid van asbest maakt nog niet dat non-conformiteit gegeven is.

Zo heeft de rechtbank Arnhem een beroep op non-conformiteit afgewezen, omdat de aangetroffen asbestplaten in de woonkamer en keuken niet aan het feitelijk gebruik als woonhuis in de weg stond.⁶⁶ Ook de rechtbank Leeuwarden oordeelde dat de koper geen concrete feiten en omstandigheden had gesteld waaruit volgde dat (hechtgebonden) asbest in de spouwmuren het normaal gebruik als woonhuis in de weg staat, terwijl dit zonder nadere toelichting niet viel in te zien. De rechtbank stelde hier dat de koper niet aan zijn stelplecht had voldaan, omdat onweersproken was gesteld dat het hier ging om hechtgebonden asbest en de kans op aanraking daarmee minimaal is, zodat geen gevaar bestond voor de volksgezondheid.⁶⁷

Het Hof 's-Hertogenbosch oordeelde dat de aanwezigheid van asbest in de dakbeplating van de woning niet in de weg staat aan het normaal gebruik van de woning als woonhuis.⁶⁸ Volgens de ingeschakelde deskundige waren er geen directe risico's voor de gezondheid en hoefden de dakplaten derhalve niet te worden verwijderd. Wel adviseerde de deskundige een aantal van de dakplaten die licht beschadigd waren, op een termijn van 5 à 10 jaar te verwijderen. Doordat de dakbeplating op het moment van de aankoop geen directe gezondheidsrisico's met zich meebracht, kon volgens het hof niet geconcludeerd worden dat het woonhuis niet geschikt is voor normaal gebruik. De koper wilde zich hier niet bij neerleggen en klaagde in cassatie dat het hof uit het oog had verloren dat normaal gebruik van de woning een duurzaam gebruik veronderstelt gedurende twintig jaar of meer. De Hoge Raad gaf daarop toe dat tot het normaal gebruik van de woning behoort dat een woning veilig bewoond kan worden en een duurzaam karakter moet dragen. Vastgesteld was dat normaal gebruik van de woning mogelijk was. Een periode van 5 à 10

⁶⁴ HR 25 februari 2005, *LJN* AR5383 (Fabels/Meenderink)

⁶⁵ Rb. Zutphen 3 januari 2007 *LJN* BA1993, ook Hof Leeuwarden 28 juni 2011, *NJF* 2011, 380

⁶⁶ Rb. Arnhem 7 januari 2009, *LJN* BH2783

⁶⁷ Rb Leeuwarden 5 september 2012, *LJN* BX8195)

⁶⁸ Hof 's-Hertogenbosch 8 september 2009, *LJN* BQ6356

jaar waar binnen de dakplaten geadviseerd wordt te vervangen, is voldoende om de woning een duurzaam karakter te kunnen toeschrijven.⁶⁹

Hoe anders gaat de rechtbank Zwolle om met het begrip 'normaal gebruik'. Deze rechtbank vat dit begrip wat ruimer op en is van mening dat ook een 'normaal te achten verbouwing' (in de toekomst) hieronder valt. Er zal namelijk altijd rekening mee moeten worden gehouden dat de nieuwe eigenaar op kortere of langere termijn werkzaamheden zal willen laten uitvoeren die het vrijkomen van schadelijke asbestvezels tot gevolg kunnen hebben.⁷⁰ Indien bijvoorbeeld het plaatsen van een dakkapel niet kan vanwege de aanwezigheid van asbest, levert dat asbest een gebrek op dat het normaal gebruik belemmert en daarmee non-conformiteit.

In de lijn met deze uitspraak ligt de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage waarin de rechter zich boog over de vraag of de aanwezigheid van (hechtgebonden) asbest in scheidingswanden en aftimmering van de woning, het normale gebruik van de woning in de weg staat. De rechter vond van wel, omdat de bewoner niet zo maar kon boren of schroeven in de muur. Dit zijn bewerkingen die iedere huiseigenaar op enig moment zal uitvoeren.⁷¹ Aangezien de woning dateert uit ca.1890 mocht de koper er echter niet zonder meer vanuit gaan dat de woning asbestvrij zou zijn. De koper is daarbij in het koopcontract expliciet gewezen op zijn onderzoeksplicht. Nu de koper dit heeft nagelaten, mocht de koper niet verwachten dat de woning asbestvrij zou worden opgeleverd. Er was daarom van non-conformiteit geen sprake.⁷²

In het geval een partij stelt dat asbest het normaal gebruik van de woning in de weg staat, is het dus van belang wat de aard en ernst is van het asbest (hechtgebonden of losgebonden) en ook waar het asbest zich in de woning bevindt.

Tot slot nog de zaak van de rechtbank Middelburg waarbij in de overeenkomst was opgenomen dat de verkoper met uitzondering van asbest in het aanbouwtje van de woning, er niet mee bekend was of zich in de woning asbesthoudende materialen bevonden. Gelet op die bepaling mocht de koper er volgens de rechtbank niet op vertrouwen dat alleen het aanbouwtje van de woning asbest bevat.⁷³

⁶⁹ HR 8 juli 2011, *LJN* BQ1693

⁷⁰ Rb. Zwolle 28 januari 2004, RBZWO:2004:AO4124

⁷¹ Zie ook Hof Arnhem 14 december 2010, *NJF* 2011, 92, Hof Amsterdam 14 december 2010, *NJF* 2011, 92 en Rb. Rotterdam 6 november 2013, RBROT:2013:8937

⁷² Rb. 's-Gravenhage 3 juni 2009 *NJF* 2009,387

⁷³ Rb. Middelburg 31 december 2010, *LJN* BO9491

Voorlopige conclusie

Zoals uit de besproken uitspraken naar voren is gekomen, heeft normaal gebruik betrekking op wat hier naar gangbaar taalgebruik onder moet worden verstaan. De uitleg van het begrip 'normaal gebruik' in artikel 5.3 NVM dient te geschieden met in achtneming van de Haviltex-maatstaf en het gangbaar spraakgebruik. In ieder geval kan de sloop van een woning niet onder het normale gebruik worden geschaard.

Het verwachtingspatroon van de koper wordt beoordeeld aan de hand van diverse factoren. Hierbij speelt de prijs en ouderdom van de woning een rol, de mededelingen die de verkoper over de woning heeft gedaan, de bewoordingen van een verkoopbrochure en of de koper wellicht op enig moment voor de koop, aanwijzingen heeft gehad van de aanwezigheid van het gebrek.

Niet elk gebrek belemmert echter het normaal gebruik. Of een gebrek in aanmerking komt voor non-conformiteit, is mede afhankelijk van de aard en de ernst van het gebrek. De woning moet bewoond kunnen worden op een veilige en duurzame wijze. Zo staat een gebrek aan een essentieel onderdeel van een goede bouwkundige constructie of een gebrek dat een gevaar vormt voor de gezondheid danwel een gebrek dat een wezenlijke aantasting van het woongenot veroorzaakt, het normaal gebruik van de woning in de weg. Hierbij hoeft het gebrek niet het onmiddellijk woongenot in de weg te staan.

Ook een gebrek dat niet het normaal gebruik belemmert kan toch in aanmerking komen voor non-conformiteit. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als er gebouwd is in strijd met de bouwvoorschriften. Een koper mag in beginsel verwachten dat de woning is gebouwd of verbouwd met in achtneming van de toen geldende voorschriften.

3.2 Mededelingsplicht verkoper

Zoals hiervoor al werd aangegeven spelen ook de mededelingen van de verkoper een belangrijke rol bij het bepalen van wat een koper in het concrete geval mag verwachten van het gekochte. Ook inlichtingen die de verkoper had moeten mededelen, maar dit heeft nagelaten vallen hieronder.

Van oudsher heeft de Hoge Raad al een aantal belangrijke regels gegeven over de mededelingsplicht van de verkoper. Zo heeft de Hoge Raad in het bekende arrest van Baris /Riezenkamp overwogen dat op beide partijen in beginsel een onderzoeksplicht en een mededelingsplicht rust, waarbij de koper daarbij op de juistheid mag vertrouwen van wat de andere

partij hem heeft verteld. Gesteld kan worden dat dan de onderzoeksplicht van de koper op dit punt eindigt.⁷⁴

Een bewuste verzwijging door de verkoper van een hem bekend, maar voor de koper onbekend, gebrek kan een onrechtmatige daad opleveren van de verkoper jegens de koper.⁷⁵ Als een verkoper zijn mededelingsplicht schendt, zal hij zich er in beginsel niet met succes op kunnen beroepen dat de koper zijn onderzoeksplicht heeft geschonden. Dit is inmiddels vaste jurisprudentie van de Hoge Raad. In beginsel gaat de mededelingsplicht van de verkoper boven de onderzoeksplicht van de koper. In 2008 heeft de Hoge Raad deze zgn. 'prioriteitsregel' bevestigd.⁷⁶ De Hoge Raad overwoog onder meer: *“Op zichzelf is het juist het aan de klacht ten grondslag liggende uitgangspunt dat in het algemeen aan een koper, ook een onvoorzichtige koper, niet zal kunnen worden tegengeworpen dat hij onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar de eigenschappen van het gekochte, wanneer de verkoper dienaangaande naar de in het verkeer geldende opvattingen een mededelingsplicht had, maar heeft nagelaten de koper op de hoogte te stellen van bij de verkoper bekende feitelijke gegevens die relevant zijn voor de beantwoording van de vraag welke eigenschappen de koper met het oog op de beoogde bestemming van het gekochte mocht verwachten.”*

Voor de volledigheid dient opgemerkt te worden dat, zoals uit het arrest zelf ook blijkt, dat er wel uitzonderingen op de prioriteitsregel mogelijk zijn. Ondanks dat de gemeente in deze zaak beschikte over voor de koper belangrijke gegevens, had de koper namelijk volgens de Hoge Raad ook andere waarschuwingen ontvangen en derhalve zelf onderzoek moeten verrichten.

In de hiervoor ook besproken uitspraak van de rechtbank Zutphen uit 2008, werd overwogen dat een oppervlakkige aantasting door houtworm die constructief geen betekenis heeft in beginsel onvoldoende is om de conclusie te rechtvaardigen dat de woning niet geschikt is voor normaal gebruik.⁷⁷ De rechter overwoog voorts dat de bij de standaard NVM-koopakte overgelegde informatielijst, niet meer beoogt dan vorm, inhoud en structuur te geven aan de mededelingsplicht van de verkoper. Die mededelingsplicht strekt in beginsel niet verder dan dat de verkoper ten tijde van het sluiten van de koopovereenkomst aan de kopers bericht wat hem bekend is over de woning. Deze mededeling van de verkoper in een vragenlijst, ontslaat de koper niet van zijn onderzoeksplicht.⁷⁸

⁷⁴ HR 15 november 1957, *NJ* 1958,67 (Baris/Riezenkamp)

⁷⁵ HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 666 (Offringa/Vinck) en Rb. Dordrecht 10 november 2005, *NJF* 2006, 31

⁷⁶ HR 14 november 2008, *NJ* 2008, 588 (Van Daltsen/Gemeente Kampen)

⁷⁷ Rb. Zutphen 16 juli 2008, *LJN* BD8964

⁷⁸ Hof Leeuwarden 6 september 2009, *LJN* BR6807

Van non-conformiteit kan ook sprake zijn als de koper de aanwezigheid van bepaalde gebreken op grond van de mededelingen van de verkoper niet hoefde te verwachten, waarbij van belang is wat de partijen in de overeenkomst hebben opgenomen. De verkoper had in een zaak van het Hof Leeuwarden gegarandeerd dat hem geen feiten bekend waren die erop wezen dat het verkochte enige verontreiniging bevatte die ten nadele strekte van het gebruik voor agrarische doeleinden of die tot een saneringsplicht leidden. Verkopers wisten echter wel dat er puin gestort was door een bedrijf dat daar vroeger gevestigd was en die als vervuiler bekend stond. Het hof oordeelde dat de non-conformiteit niet volgt uit een geschonden garantie, maar uit het verzaken van de mededelingsplicht.⁷⁹ Uit dit arrest blijkt dus dat de verkoper ook een mededelingsplicht kan hebben, als hij het gebreken kon vermoeden.

In het in hoofdstuk 3.1 besproken arrest van het Hof 's-Hertogenbosch oordeelde de rechter eveneens dat een mededelingsplicht van de verkoper die van een gebrek op de hoogte was, prevaleert boven een eventuele onderzoeksplicht.⁸⁰

Het Amsterdamse hof overwoog ook dat een koper in beginsel mag afgaan op de juistheid van de mededelingen van de verkoper. Hier constateerde de koper na de koop en voor de levering, dat de houten ondervloer in het souterrain verrot is. Dit, terwijl in de verkoopbrochure stond vermeld dat het appartement in 2004 volledig gerenoveerd was. Voorafgaand aan de koop had de verkopende partij ook verteld dat alles nieuw was en te vergelijken met nieuwbouw. De ingeschakelde expert oordeelde echter dat de vloer waarschijnlijk meer dan 50 jaar oud was en geheel moest worden vervangen vanwege de ernst van de aanwezige schimmel en vocht. De mededeling van de verkoper (de volledigheid van de renovatie en de vergelijkbaarheid met nieuwbouw) was dus achteraf onjuist, omdat de vloer waarschijnlijk minstens 50 jaar oud was. Het gaat dan ook in deze zaak naar de gevolgen van achteraf onjuist gebleken mededelingen van de verkoper. De koper mocht naar het oordeel van het hof in dit geval afgaan op de juistheid van de mededelingen van de verkoper en had ter zake geen onderzoeksplicht meer.⁸¹

De rechtbank Zwolle oordeelde dat ook al zou het zo zijn dat asbest niet schadelijk is zolang het niet op enigerlei wijze wordt bewerkt, door louter de aanwezigheid ervan in een bouwwerk, op de verkoper in beginsel de plicht rust daarvan mededeling te doen. Vanzelfsprekend als dit hem bekend was. Er zal namelijk altijd rekening moeten worden gehouden dat de nieuwe eigenaar op kortere of langere termijn werkzaamheden zal willen laten uitvoeren die het vrijkomen van

⁷⁹ Hof Leeuwarden 24 april 2012, *LJN* BW3970

⁸⁰ Hof 's-Hertogenbosch 28 augustus 2012 *LJN* BX6048

⁸¹ Hof Amsterdam 4 september 2012 *LJN* BY6797

schadelijke asbestvezels tot gevolg kunnen hebben.⁸² Als de verkoper weet dat er in de woning asbest is verwerkt, doet de verkoper er dus verstandig aan dit te melden aan de koper en de bekendheid van de koper vervolgens in de koopakte op te laten nemen.

Het Hof Arnhem-Leeuwarden overwoog dat in geval van een verkoop van een particulier aan een particulier, het niet voor de hand ligt aan te nemen dat op de verkoper een mededelingsplicht rust voor feiten en omstandigheden die hij niet kende, maar die hij in plaats daarvan geacht wordt te hebben geweten. Koper stelde in deze zaak dat het de verkoper niet kon zijn ontgaan dat de cv-ketel regelmatig moest worden bijgevuld. Het hof is vanwege wat hiervoor overwogen is over de particuliere (ver)koper, terughoudend geweest in de bewijsopdracht en overwoog dat dit nog geen positief bewijs oplevert dat de verkoper ook daadwerkelijk wist dat het bijvullen moest doordat er een lekkage in de leiding aanwezig was.⁸³

De rechtbank Middelburg oordeelde tot slot dat normaal gebruik van de woning in beginsel meebrengt dat de wanden van de woning moeten kunnen worden gestuukt. Indien dat door een vochtprobleem niet kan en voor de wandafwerking een duurder alternatief noodzakelijk is, is sprake van non-conformiteit.⁸⁴ De verkoper had in deze zaak niet verteld dat de woning een “waterwoning”⁸⁵ betrof en door het achterwege laten van deze mededeling had de koper het vochtprobleem niet hoeven te verwachten en daarmee was de woning non-conform.

Voorlopige conclusie

Een verkoper moet zijn woning goed kennen alvorens hij deze verkoopt, om later niet voor onaangename verrassingen te komen staan. Over eigenschappen die voor een koper van belang kunnen zijn, zal de verkoper de koper moeten inlichten. De koper mag er hierbij op vertrouwen dat wat de verkoper heeft gezegd, ook juist en volledig is. De mededelingsplicht van de verkoper gaat in beginsel voor de onderzoeksplicht. Voor het aannemen van een mededelingsplicht kan gelet op de omstandigheden van het geval, van belang zijn of de verkoper het gebrek had kunnen vermoeden.

3.3 Onderzoeksplicht koper

Ook de rol van de koper is een belangrijke factor bij het overwegen welke gerechtvaardigde verwachtingen een koper mag hebben.

⁸² Rb. Zwolle 28 januari 2004, RBZWO:2004:AO4124

⁸³ Hof Arnhem-Leeuwarden, 19 maart 2013, GHARL:2013:BZ4298

⁸⁴ Rb. Middelburg 13 oktober 2010 *NJF* 2011, 75

⁸⁵ Een woning die als gevolg van de inundatie in 1944 onder water heeft gestaan

Het Hof Arnhem oordeelde in het haar voorgelegde geval dat de koper zich niet op gebreken kon beroepen die hij had kunnen ontdekken.⁸⁶ Het hof stelde vast dat de gebreken waarop de koper een beroep deed, naar het oordeel van de deskundige, voor de makelaar van de koper kenbaar waren geweest ten tijde van de koop. Onder verwijzing naar het arrest van De Rooij/Van Olphen oordeelde het hof dat wat een koper mag verwachten afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Het hof vult dit onder meer in met wat de koper reeds wist en dat deze werd bijgestaan door een makelaar. Het had voor de makelaar duidelijk moeten zijn dat de koper rekening had moeten houden met vochtproblemen en de koper had moeten adviseren nader onderzoek te doen. Aangezien de kennis van de makelaar aan de koper moet worden toegerekend, waren de gebreken voor de koper kenbaar op het moment van sluiten van de koopovereenkomst. De koper kon daarom niet met succes een beroep op artikel 5.3 doen.

Ook de Rechtbank Assen overwoog, kort maar krachtig, waar in de gegeven omstandigheden kennelijk reden voor twijfel waren, had koper zonder meer nader onderzoek moeten (laten) doen. De koper kan zich er namelijk niet op beroepen dat de zaak niet aan de overeenkomst beantwoord wanneer hem dit ten tijde van het sluiten van de overeenkomst bekend was of redelijkerwijs bekend had kunnen zijn.⁸⁷

In een zaak van de rechtbank Groningen hadden de kopers in de koopakte aanvullende voorwaarden opgenomen.⁸⁸ In deze voorwaarden was vastgelegd dat de kopers hadden besloten de woning niet bouwkundig te laten onderzoeken. Tevens was opgenomen dat zij op de hoogte waren van het feit dat het verkochte is gebouwd in ca. 1970 en wisten dat hieraan niet de bouwkundige eisen van een recenter gebouwde woning gesteld konden worden. De rechtbank overwoog dat als de geconstateerde gebreken, i.c. vocht en schimmel, het normaal gebruik van de woning in de weg staan, kopers moeten stellen dat deze gebreken niet bij een bouwkundig onderzoek voorafgaand aan de koop aan het licht zouden zijn gekomen. De vordering van de kopers werd afgewezen, omdat onvoldoende gesteld of gebleken was dat de gebreken bij een bouwkundig onderzoek voorafgaand aan de koop, niet aan het licht zouden zijn gekomen. De gebreken kwamen daarom op grond van de aanvullende voorwaarden voor rekening van kopers, aldus de rechtbank. In hoger beroep verzetten de kopers zich tegen het oordeel van de rechtbank dat zij niet aan hun steplicht hebben voldaan. Het Hof Arnhem-Leeuwarden overwoog in hoger beroep dat het *“niet duidelijk is wat de kopers nog meer hadden moeten stellen dan zij hebben gedaan, te weten dat de gebreken niet waarneembaar waren zonder destructief onderzoek en dat*

⁸⁶ Hof Arnhem 10 juli 2007, LJV BA 9975

⁸⁷ Rb. Assen 13 oktober 2010 LYN: BO0995

⁸⁸ Rb. Groningen 13 juli 2011, zaaknummer 120159/HA ZA 10-670

een dergelijk onderzoek niet van hen kan worden verlangd".⁸⁹ Deze stelling vond steun in het deskundigenrapport van het onderzoek dat de kopers hadden laten uitvoeren. Het Hof was dan ook van mening dat in de gegeven omstandigheden van kopers geen nader bouwkundig onderzoek kon worden verwacht dan een visuele inspectie. De kopers hadden naar het oordeel van het hof dan ook voldaan aan hun stelplicht.

Ook de rechtbank Dordrecht oordeelde dat een visuele inspectie in het aan haar voorgelegde geval voldoende was. De kelderzwam was bij de visuele inspectie niet waarneembaar en koper kon de kelder bij koop niet inspecteren, omdat er geen toegang tot de kelder aanwezig was.⁹⁰

Het hof in Den Haag oordeelde dat een professionele koper een verzwaarde onderzoeksplicht ter zake had en dat deze plicht in het concrete geval niet verviel vanwege een mededelingsplicht van de verkoper.⁹¹

In het arrest Rebel/Resim bevestigt de Hoge Raad de regel dat op een koper onder bepaalde omstandigheden een bijzondere onderzoeksplicht kan rusten.⁹² De koper van een bungalowpark voerde aan dat asbest door metselwerk en spaanplaat aan het oog was onttrokken en alleen door breekwerkzaamheden kon worden achterhaald. De Hoge Raad was oordeel dat van deze professionele koper, die zelf voorafgaand aan het sluiten van de koopovereenkomst de aanwezigheid van (zichtbaar) asbest heeft geconstateerd, kan worden verwacht dat hij nader, mogelijk ook destructief, onderzoek doet over de verdere aan- of afwezigheid van asbesthoudend materiaal.

In een ander geval waar ook asbest centraal stond, had een koper na de overdracht ook een grote hoeveelheid (losgebonden) asbest in zijn pand aangetroffen. De koper beriep zich op non-conformiteit. De rechtbank Amsterdam was het hier niet mee eens en wees de vordering af.⁹³ De overweging daartoe was als volgt: ook al staat de aanwezigheid van asbest het normaal gebruik van de woning in de weg, dan hoeft er niet zonder meer sprake te zijn van non-conformiteit. Er is pas sprake van non-conformiteit als de koper er niet aan behoefde te twifelen dat de woning vrij van asbest was. De verkoper gebruikte in dit geval het pand als beleggingsobject en bewoonde de woning niet zelf. In de koopovereenkomst was een ouderdomsclausule opgenomen. De koper had aangegeven dat hij er daarom rekening mee hield dat er in de woning mogelijk wel asbest verwerkt

⁸⁹ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 13 augustus 2013, GHARL:2013:5951

⁹⁰ Rb Dordrecht 2 februari 2011 LJV BP3125

⁹¹ Hof 's-Gravenhage 11 november 2005, NJ 2007, 428

⁹² HR 20 maart 2009, RvdW 2009, 448

⁹³ Rb. Amsterdam 17 augustus 2011 LJV BV7498

zou zijn. Daar komt nog bij dat de koper voornemens was de woning ingrijpend te renoveren. Dit alles in acht genomen, oordeelde de rechtbank dat het op de weg van de koper had gelegen om nader onderzoek te doen naar de aanwezigheid van asbest. Vastgesteld werd dat de verkoper zijn mededelingsplicht niet had geschonden. Gelet op het vorenstaande kwam de rechtbank tot het oordeel dat het voor rekening en risico van de koper kwam dat er in de woning meer en ernstiger asbest is aangetroffen dan hij aanvankelijk voor mogelijk had gehouden.

Het Haagse hof oordeelde vergelijkbaar en stelde dat een koper die een beroep deed op non-conformiteit omdat de gemelde gebreken ernstiger waren dan gemeld, het op zijn weg lag daar nader onderzoek naar te doen. De verkoper had aangegeven dat hij niet bekend was met de actieve lekkages en de ernst van de gemelde gebreken die de koper had geconstateerd. Dit alles in overweging genomen kwamen de gebreken in beginsel voor rekening van de koper. Ook omdat er een ouderdomsclausule was opgenomen.⁹⁴

In een andere zaak was er ook een ouderdomsclausule opgenomen. Hier oordeelde het Hof 's-Hertogenbosch dat de kopers door opname van een ouderdomsclausule een verzwaarde onderzoeksplicht op zich hebben genomen.⁹⁵

De rechtbank Zwolle-Lelystad oordeelde dat de verkopers aan hun mededelingsplicht hadden voldaan door voor de koop een bouwkundig rapport te overhandigen waarin o.a. stond vermeld dat de algehele onderzoekstoestand als slecht kan worden omschreven en de gevels zeer duidelijke verouderingsspooren hadden en scheurvorming die vaak duidt op ongelijke zetting van de fundering. Het lag daarom op de weg van de kopers hier nader onderzoek naar te doen, bij gebreke waarvan zij zich er achteraf niet met succes op kunnen beroepen dat de woning niet aan de overeenkomst beantwoordde. Het feit dat er een scheur aan de binnenkant van de woning was dichtgesmeerd, maakte dat niet anders.⁹⁶

Het Hof 's-Hertogenbosch overwoog dat in het haar voorgelegde geval de boktoraantasting een wezenlijk gebrek opleverde dat het normaal gebruik van de woning belemmerde. Indien de verkoper van een wezenlijk gebrek niet op de hoogte was en ook niet hoefde te zijn, dan is in het algemeen van belang of er op de koper een onderzoeksplicht rustte. Deze plicht wordt geacht aanwezig te zijn als er concrete omstandigheden aanwezig waren waardoor de koper reden had om te twijfelen aan de afwezigheid van het gebrek en de koper het gebrek bij onderzoek binnen de grenzen van het redelijke had kunnen ontdekken. Is aan een van beide eisen niet voldaan, dan

⁹⁴ Hof 's-Gravenhage, 11 november 2008, *NJF* 2009, 97

⁹⁵ Hof 's-Hertogenbosch 8 november 2011, *LJN* BU3951

⁹⁶ Rb. Zwolle Lelystad, 10 september 2008, *LJN* BH2383

behoefde de koper de afwezigheid van het betreffende gebrek niet te betwijfelen en is behoudens een andersluidend beding, het risico voor de verkoper. De koper behoefde in het onderhavige geval niet bedacht te zijn op gebreken.⁹⁷

In de hiervoor ook besproken zaak die leidde tot het arrest van het Hof Arnhem van 18 maart 2008, ontdekte de koper bij de verbouwing dat delen van het houtwerk zijn aangetast door onder meer boktor.⁹⁸ De verkoper wist niet van de aantasting van het houtwerk en had op dit punt dus geen mededelingsplicht. De koper had bij de bezichtiging sporen van houtworm gezien, maar daarnaar geen nader onderzoek ingesteld. Hij mocht dus niet verwachten dat de dakconstructie geheel vrij zou zijn van deze aantasting. Artikel 5.3 wierp daarop ook geen ander licht. Koper had sporen van houtworm gezien en heeft het bij deze vaststelling gelaten. Ook als aangenomen zou moeten worden dat de eerste volzin van artikel 5.3 een garantie bevat, gold die niet voor de afwezigheid van onder meer boktor.

Voorlopige conclusie

Op grond van vorenstaande is, in het kader van de onderzoeksplicht, de algemene lijn dat van een koper de nodige alertheid verwacht mag worden. Op de koper rust in het algemeen, mede gelet op de bepalingen in de koopakte, de mededelingen van de verkoper en de resultaten van een voor de koop uitgevoerd bouwkundig onderzoek, een onderzoeksplicht naar de staat waarin het te kopen onroerend goed zich bevindt. De professionaliteit van de koper speelt hierbij ook een rol en kan leiden tot een verhoogde onderzoeksplicht. In geval de koper wordt bijgestaan door een makelaar, kan de kennis van de makelaar aan de koper worden toegeschreven.

Indien de koper reden heeft om te twijfelen, heeft de koper een onderzoeksplicht waarbij een destructief onderzoek in beginsel niet van de koper kan worden verlangd. Wanneer de verkoper een mededeling over de aanwezigheid van een bepaald gebrek heeft gedaan, dan dient de koper nader onderzoek naar dit gebrek te verrichten. Doet hij dat niet, kan hij zich er later niet met succes op beroepen dat de gebreken toch ernstiger waren dan hij had gedacht. Van deze onderzoeksplicht kan de koper alleen worden ontslagen, wanneer op de verkoper een duidelijke mededelingsplicht rust.

3.4 Ouderdomsclausule

Hieronder volgt een aantal uitspraken waar de rechter zich heeft gebogen over de gebreken aan oudere woningen.

⁹⁷ Hof 's-Hertogenbosch 6 december 2005, *NJF* 2006, 271

⁹⁸ *NJF* 2008,257, Zie ook Hof 's-Gravenhage 11 november 2008, *NJF* 2009,97

De voorzieningenrechter in Zutphen oordeelde over de ouderdomsclausule dat voor de uitleg van deze clausule niets slechts van belang is wat uit de tekst zelf blijkt, maar komt het ook aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs daaraan mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.⁹⁹ Kopers hadden uit de clausule redelijkerwijs moeten afleiden dat de bouwkwaliteit van betreffende woning, niet voldeed aan de tijdens de koop geldende eisen en dat elk beroep op non-conformiteit was uitgesloten. De koper had daarmee het risico voor alle gebreken op zich genomen en derhalve kwamen de onderhavige gebreken voor rekening van de koper.

Het Bossche hof is van mening dat een door vochtdoorslag lekkende kelder van 40 jaar oud, past bij het verwachtingspatroon van een kelder van deze leeftijd.¹⁰⁰ Het lekvrij maken dat op een betrekkelijk gering bedrag begroot was, kan onder de noemer “onderhoud” gebracht worden. Niet is vast komen te staan dat de kelder lekte bij de levering. Ook niet door de stelling van de kopers dat dit uit het feit moest worden afgeleid, dat de kelder kort na de overdracht lekte in samenhang met sporen van oude lekkages.

In 2011 oordeelde het hof Amsterdam dat de koper op grond van de ouderdomsclausule in beginsel niet mocht verwachten dat de kap van de kapconstructie vrij van boktor zou zijn, maar dat de mededelingen aan de zijde van de verkoper een uitzondering op dat beginsel kunnen meebrengen.¹⁰¹ In dit geval mocht de koper afgaan op de mededeling in de koopovereenkomst dat de boktor die zich in de kap van het dak bevond, professioneel was behandeld.

Ditzelfde hof ging in een andere zaak uitvoerig in op hoe een ouderdomsclausule en een niet-zelfbewoningsclausule moesten worden gewaardeerd.¹⁰² De koper vorderde hier een bedrag van ruim € 17.000 om de elektrische installatie en de groepenkast in verband met brandgevaar te vervangen. Daar de woning gerenoveerd was en in de verkoopbrochure vermeld stond dat de groepenkast was vervangen, voerde de koper aan dat hij er dan ook op mocht vertrouwen dat deze installatie deugdelijk was. In de koopovereenkomst was echter niets over de renovatie opgenomen, terwijl er wel een ouderdomsclausule en een niet-zelfbewoningsclausule was opgenomen. Het hof volgde het betoog van de koper daarom niet en oordeelde dat het op de weg van de koper lag hierover vragen te stellen, zodat hij wist wat hij van de renovatie had mogen verwachten. Het hof overwoog voorts dat de reden waarom bij oudere woningen in het algemeen een minder goede bouwkundige staat mag worden verwacht dan bij nieuwere woningen, niet

⁹⁹ Rb. Zutphen 30 januari 2007, *LJN AZ7218*

¹⁰⁰ Hof 's-Hertogenbosch 8 november 2011, *LJN BU3855*

¹⁰¹ Hof Amsterdam 27 december 2011, *LJN BU9605*

¹⁰² Hof Amsterdam 11 september 2012, *LJN BY2322*

uitsluitend hoeft te zijn gelegen in de omstandigheid dat de aanvankelijke bouwwerkzaamheden langer geleden zijn uitgevoerd en derhalve de toen geldende bouwkundige normen minder streng waren en het pand verouderd is. Die reden kan ook gelegen zijn in de omstandigheid dat in of aan oudere woningen meer opeenvolgende (ver)bouw(ings)werkzaamheden kunnen zijn uitgevoerd, die van meer of minder goede kwaliteit kunnen zijn geweest en meer of minder goed op elkaar kunnen aansluiten. De kwaliteit van een recentelijk in of aan de woning uitgevoerde werkzaamheden kunnen daarom binnen de reikwijdte van een ouderdomsclausule vallen, al ligt dat volgens het hof wel minder voor de hand. Over de niet-zelfbewoningsclausule zegt het hof dat deze zo moet worden uitgelegd dat de eigenschappen en gebreken voor rekening van koper komen, indien de verkoper niet van die eigenschappen of gebreken op de hoogte was en hij daarvan vanwege de omstandigheid dat hij de woning niet heeft bewoond, redelijkerwijs ook niet van op de hoogte behoefde te zijn. De koper had niet voldoende gesteld dat de verkoper ook daadwerkelijk op de hoogte was of redelijkerwijs op de hoogte had kunnen zijn van de betreffende gebreken aan de groepenkast. Van iemand die een woning als beleggingsobject gebruikt mag volgens het hof niet in het algemeen zonder meer worden verwacht dat hij in zodanige mate toeziet op de deugdelijkheid van de in zijn opdracht uitgevoerde renovatiewerkzaamheden dat hij bekend is of had moeten zijn met de gebreken in de uitvoering daarvan. Zeker gezien het feit dat er ook nog eens een bijzondere deskundigheid nodig is, om deze ondeugdelijkheid vast te stellen. Op grond van de niet-zelfbewoningsclausule komt daarom de gestelde ondeugdelijkheid van de vernieuwingswerkzaamheden aan de groepenkast voor rekening van de koper. Uit dit arrest blijkt duidelijk het belang van het opnemen van een ouderdomsclausule (en niet-zelfbewoningsclausule).

Het Amsterdamse hof oordeelde in een andere zaak waarin geen ouderdomsclausule in de koopovereenkomst was opgenomen, dat ook al was een woning bij het tot stand komen van de koopovereenkomst meer dan 85 jaar oud, de kopers op basis van het bouwkundige rapport niet hadden hoeven te verwachten dat het dak in zodanig ernstige toestand was dat de woning niet voor normaal gebruik geschikt was. Daarbij kwam de ernst van de gebreken pas aan het licht na destructief onderzoek.¹⁰³

In de hiervoor besproken zaak van de rechtbank Haarlem waar de fundering ontbrak van de uitbouw, oordeelde de rechtbank dat het beroep van de verkoper op de ouderdomsclausule niet kon slagen, omdat uit de strekking van deze bepaling volgt dat die betrekking heeft op gebreken

¹⁰³ Hof Amsterdam 8 januari 2008, *LJN BC7917*

die samenhangen met de ouderdom van de woning en het in casu niet om dergelijke gebreken ging.¹⁰⁴

De vraag of bodemverontreiniging onder de garage het normaal gebruik van de garage belemmerde, stond ter discussie in een uitspraak van de rechtbank Leeuwarden.¹⁰⁵ Om na te gaan of in een concreet geval de grond normaal gebruikt kan worden vanwege bodemverontreiniging hangt onder meer af van de ernst van de vervuiling en de noodzaak van sanering. De rechtbank oordeelde dat in dit geval de bodemverontreiniging het normaal gebruik van de garage niet in de weg stond. Uit de ouderdomsclausule had de koper moeten begrijpen dat de garage vanwege haar ouderdom, gebreken zou kunnen hebben die het normale gebruik in de weg staan en dat het verhelpen van de gebreken (en daarmee gemoeide kosten) voor zijn risico zouden komen. De bodemverontreiniging kon daarom niet tot non-conformiteit leiden.¹⁰⁶

Voorlopige conclusie

In gevallen waarin het gaat om gebreken die inherent zijn aan de leeftijd van de woning, blijkt de ouderdom een belangrijke rol te spelen in de overwegingen van de rechter over de verwachtingen van de koper. Ook het opnemen van een ouderdomsclausule is van invloed, omdat daarmee de koper er op wordt gewezen dat de woning ouder is en aan de hand daarvan mogelijk zijn verwachtingen moet bijstellen. Het belang van de ouderdomsclausule mag blijkens de bestudeerde uitspraken niet onderschat worden. De koper moet zich goed realiseren dat hij door het aanvaarden van de ouderdomsclausule, een aanzienlijk risico voor gebreken op zich neemt.

Ook hier speelt de aard en ernst van het gebrek en, indien van toepassing, de noodzaak van sanering, een rol.

3.5 Klachtplicht

De klachtplicht zoals neergelegd in artikel 7.23 lid BW lijkt aan de tekortschietende partij een ingrijpend verweermiddel in handen te geven. Immers, als een partij te laat klaagt kan deze zijn schuldenaar niet meer aanspreken op de gebreken. In de bestudeerde uitspraken wordt er door de rechter vaak op gewezen dat dit artikel ertoe strekt dat de koper binnen een bekwame tijd zijn klachten aan de verkoper kenbaar moet maken, om de verkoper te behoeden voor late en moeilijk betwistbare klachten. Ten aanzien van een consumentenkoop bepaalt dit artikel dat een termijn van twee maanden, tijdig is. Maar wat is nu een bekwame tijd voor de koop van onroerend goed?

¹⁰⁴ Rb. Haarlem 2 april 2008 *LJN* BD0814

¹⁰⁵ Rb. Leeuwarden 25 november 2009, *LJN* BK5159

¹⁰⁶ Rb. Leeuwarden 25 november 2009, *LJN* BK5159

Lange tijd zocht de lagere rechtspraak aansluiting bij de twee maanden termijn die gold voor de consumentenkoop. De Hoge Raad maakte in het bekende arrest Pouw/Visser korte metten met deze praktijk en overwoog dat bij de koop van een onroerende zaak, geen vaste termijn kan worden gehanteerd, ook niet als uitgangspunt.¹⁰⁷ Hierna heeft de Hoge Raad in diverse arresten het toepassingsbereik van de klachtplicht verduidelijkt.

In een geval waarin een koper in 2007 een gerenoveerde woning had gekocht en pas in 2011 ontdekte dat de vloerbalken voor een deel verrot waren door een lekkage, oordeelde de rechter dat het na 4 jaar ontdekken van de gebreken er niet aan in de weg stond om te concluderen dat de woning bij aflevering niet aan de overeenkomst beantwoordde. Koper had volgens de verkoper eerder moeten vermoeden dat er, gezien de aard van klachten aan de houten vloer, wellicht onder de vloer iets niet goed zou kunnen zijn. Daar de verkoper niet kon concretiseren op welk moment de koper de gebreken dan wel had moeten ontdekken, kon dit verweer de verkoper niet baten.¹⁰⁸

In het arrest van de Hoge Raad van 30 november 2011, had de koper vijf maanden na het ontdekken van een lekkage aan het dak van een zwembad, geklaagd. Koper had eerst een bouwkundig onderzoek laten uitvoeren en een herstelofferte opgevraagd. De vraag of de klacht binnen bekwame tijd is gemeld, moet volgens de Hoge Raad worden beantwoord onder afweging van alle betrokken belangen en met inachtneming van alle relevante omstandigheden. In het arrest Pouw /Visser was al bepaald dat een koper in geval van meer gecompliceerde gebreken in ieder geval de uitslag van een deskundigenonderzoek mag afwachten alvorens hij de verkoper inlicht.¹⁰⁹ In dit arrest gaf de procureur-generaal voorts ook nog enkele andere criteria die de Hoge Raad in de loop der jaren heeft gehanteerd. Zo is tevens van belang of de verkoper nadeel lijdt door de lengte van de gehanteerde klachttermijn. In ieder geval werd nog eens bevestigd dat een vaste termijn niet kon worden gegeven, ook niet als uitgangspunt. Het lang gehanteerde standpunt dat in beginsel een klacht binnen twee maanden als klagen binnen bekwame tijd moet worden gezien, is in ieder geval definitief verlaten.¹¹⁰

Ook in een zaak van het Hof Leeuwarden, duurde het 4 jaar voordat het de koper bekend werd dat de verkoper te kort was geschoten. Op een eiser ligt volgens dit hof een plicht tijdig te reclameren op straffe van verval van aanspraken wegens een gebrekkige prestatie. Volgens art. 6:89 BW en art. 7:23 lid 1 BW vangt de klachttermijn aan op het moment dat de koper het gebrek respectievelijk het niet aan de overeenkomst beantwoorden van hetgeen is afgeleverd, heeft

¹⁰⁷ HR 29 juni 2007, *NJ* 2008, 606

¹⁰⁸ Rb. Amsterdam 24 april 2013, *LJN* CA2184

¹⁰⁹ HR 29 juni 2007, *LJN* AZ7617

¹¹⁰ HR 30 november 2011, *LJN* BX9791

ontdekt of redelijkerwijs had behoren te ontdekken. Dat was in dit geval het moment dat de koper, NSI, ontdekte of behoorde te ontdekken dat het bestemmingsplan in de weg stond aan gebruik van het dak van het gekochte als parkeerdek. NSI voerde nog aan dat zij niet hoefde te klagen, omdat de verkoper, ECH, al op de hoogte was van het gebrek. Met dit argument ging het hof echter niet mee, omdat NSI daarmee voorbij gaat aan de ratio van de klachtplicht die er mede toe dient dat de koper aan de verkoper duidelijk maakt dat het (al dan niet aan de verkoper bekende) gebrek voor de koper aanleiding vormt de verkoper aan te spreken. De enkele mededeling aan de wederpartij is hiervoor niet voldoende.¹¹¹

Het hof vervolgde dat indien niet binnen bekwame tijd wordt geklaagd en de verkoper daardoor in een nadeliger positie komt te verkeren, daarmee de verstoorde balans tussen partijen dient te worden hersteld door aan de koper zijn vorderingsrechten te ontzeggen. Hoewel het erg lang heeft geduurd voordat NSI heeft geklaagd, moet dit worden gezien in het licht van de omstandigheid dat partijen gedurende vier jaar met elkaar bezig zijn geweest om tot een oplossing te komen c.q. het gebrek te verhelpen. De klachtplicht dient vooral tot bescherming van de verkoper indien dit belang is geschaad door het niet binnen bekwame tijd klagen. Indien dit belang niet wordt geschaad en zich ook geen andere bijzondere omstandigheden voordoen, is toepassing van de vergaande consequenties die schending van de klachtplicht meebrengt niet gerechtvaardigd. Het hof oordeelde dat er wegens bovengenoemde (bijzondere) omstandigheden er daarom toch geen sprake van schending van de klachttermijn is. Rekening is gehouden met het ontbreken van nadeel bij de verkoper, ernst van de tekortkoming en de houding van partijen na het bekend worden van de tekortkoming.¹¹²

Het Haagse hof heeft overwogen dat de opsomming van artikel 6:83 BW, van gevallen waarin het verzuim zonder ingebrekestelling intreedt, niet limitatief bedoeld is. Ook de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid kan meebrengen dat voor het intreden van verzuim geen ingebrekestelling is vereist. Als een koper een gebrek meldt en de verkoper uitnodigt om het gebrek te komen bekijken en de verkoper maakt hiervan geen gebruik, is dit vergelijkbaar als een situatie in artikel 6:83 lid c BW. Een beroep op het achterwege laten van de ingebrekestelling is dan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.¹¹³

In dit verband zijn ook de arresten Ploum/Smeets I en II van belang. In deze arresten heeft de Hoge Raad eveneens enkele oordelen gegeven over de klachtplicht. Zo heeft de Hoge Raad beslist dat de klachtplicht ook geldt indien de verkoper al bekend is met de non-conformiteit.

¹¹¹ Zie hierover ook HR 23 november 2077, *NJ* 2008, 522 (Ploum/Smeets I)

¹¹² Hof Leeuwarden 17 april 2012, *LJN* BW2958

¹¹³ Hof 's-Gravenhage 22 november 2011 *LJN* BU5779

Art. 7:23 BW strekt er volgens de Hoge Raad mede toe de verkoper in zoverre te beschermen dat deze erop moet kunnen rekenen dat de koper die meent dat er sprake is van non-conformiteit, dit met spoed aan hem meldt. Nadat de Hoge Raad het arrest van het Hof Den Bosch had vernietigd, oordeelde het Hof Arnhem vervolgens dat koper Smeets wel aan haar klachtplicht had voldaan. Verkoper Ploum vond dit onbegrijpelijk en voerde in cassatie aan dat Smeets onvoldoende voortvarend onderzoek heeft gedaan en haar tussentijds op de hoogte had moeten houden over de stand van zaken. Daarbij bestond het onderzoek van Smeets volgens Ploum slechts uit het opvragen van een saneringsplan en een rapport van BP. De Hoge Raad overwoog daarover dat de onderzoeks- en klachtplicht niet los van de aard van de gekochte zaak en overige omstandigheden kan worden gezien. Daarbij zal van een koper minder snel een voortvarend onderzoek verwacht hoeven te worden, naar mate hij er sterker op mocht vertrouwen dat de zaak wel conform zou zijn. Ook zal hierbij rekening moeten worden gehouden met de complexiteit van het onderzoek en of de koper voor het verkrijgen van informatie hierbij afhankelijk is van derden. Bij dit alles heeft de Hoge Raad een nieuw gezichtspunt aangevoerd, namelijk dat het 'in belangrijke mate mede bepalend' is in hoeverre de belangen van de verkoper geschonden zijn. Als die belangen niet zijn geschaad, zal een gebrek aan voortvarendheid niet snel worden aangenomen. Gelet op de aard en de ernst van de tekortkoming en het feit dat Ploum naar het oordeel van het hof geen feiten of omstandigheden had aangevoerd waaruit bleek dat Ploum in haar belangen was geschaad door het enkele feit dat zij niet wist dat Smeets bij BP had geïnformeerd, heeft de Hoge Raad het oordeel van het hof dat Smeets binnen bekwame tijd heeft geklaagd, in stand gehouden.¹¹⁴

In de recente arresten van 8 februari 2013 heeft de Hoge Raad, tot slot, nadere invulling gegeven over de reikwijdte van de klachtplicht.¹¹⁵ In de arresten was de grondslag de vordering dat de bank aan haar klant onjuiste beleggingsadviezen zou hebben gegeven en/of dat zij haar klant onvoldoende zou hebben gewaarschuwd voor de aan de gemaakte beleggingsbeslissingen verbonden risico's. De bank verweerde zich onder meer met een beroep op art. 6:89 BW dat de klant te laat geklaagd had. De rechtbank en het hof gingen daarin mee en wezen de vordering volledig af. Het oordeel van het hof dat had beslist dat de klant van de bank al in 2002 bekend was met de beleggingsverliezen en dat toen de termijn van artikel 6:89 BW aanving, vond de Hoge Raad te kort door de bocht. De Hoge Raad overwoog dat het oordeel van het hof, dat er sprake was van een fors tijdsverloop en dat slechts onder bijzondere omstandigheden dat niet lijdt tot verval van het recht om een beroep te doen op een gebrek van een prestatie, onjuist is. "*De enkele omstandigheid dat het lang heeft geduurd voordat de cliënt heeft geklaagd, zonder dat daarbij de*

¹¹⁴ HR 23 november 2007, NJ 2008, 552 en HR 25 maart 2011, RvdW 2011, 419

¹¹⁵ HR 8 februari 2013, LJN BY4600, BX7195 en BX7846

overige omstandigheden van het geval worden betrokken, zoals de aan- of afwezigheid van nadeel bij de bank door het tijdsverloop, is ontoereikend voor een succesvol beroep op art. 6:68 BW.”

HOOFDSTUK 4: NON-CONFORMITEIT IN HET DUITSE RECHT

4.1 Inleiding

Bij de herziening van het Duitse Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) zoals dat vanaf 2002 van kracht is, is § 433 BGB de centrale bepaling over conformiteit opgenomen. In deze bepaling is de algemene plicht voor de verkoper neergelegd om een conforme zaak te leveren. In het volgende artikel wordt gespecificeerd wanneer er dan sprake is van conformiteit.¹¹⁶ Hieronder volgt een uiteenzetting van deze en andere relevante wettelijke bepalingen, waarbij tevens een aantal recente Duitse uitspraken besproken zal worden om een indruk te verkrijgen hoe de Duitse rechters omgaan met de aan hen voorgelegde gevallen over non-conformiteit.

4.2 Conformiteit in Duitsland; de wettelijke regeling en rechtspraak

De centrale bepaling over conformiteit is zoals gezegd in het Duitse wetboek geregeld in § 433:

“(1) Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen.

(2) Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen.”

De verkoper is volgens deze bepaling dus verplicht om aan de koper een zaak te leveren die vrij is van feitelijke - en rechtsgebreken.

In § 434 is vervolgens bepaald dat, voor zover hier van belang, (1) een zaak vrij is van gebreken als deze bij de overdracht de overeengekomen eigenschappen bezit. Als bepaalde eigenschappen niet zijn overeengekomen is (2) de zaak vrij van gebreken:

1. als deze de beoogde geschiktheid voor het bepaalde doel bezit of
2. geschikt is voor normaal gebruik en het die eigenschappen bezit die gebruikelijk zijn bij gelijksoortige zaken en die de koper gezien de aard van de zaak verwachten kan.

¹¹⁶ Smits 2002, p. 368-381

Vervolgens is bepaald dat (3) voor de geschiktheid voor normaal gebruik, ook eigenschappen behoren die de koper naar aanleiding van de publieke mededelingen van de verkoper, mag verwachten.

Heel algemeen kan gezegd worden dat de gekochte zaak vrij is van gebreken als de werkelijke aard ("Ist-Beschaffenheit") overeenkomt met de beoogde eigenschappen ("Soll-Beschaffenheit").¹¹⁷ De "Ist-Beschaffenheit" zijn de eigenschappen die de zaak heeft ten tijde van de overdracht en de "Soll-Beschaffenheit" zijn de eigenschappen die bij overeenkomst zijn bepaald. Is in de overeenkomst niets nader bepaald, dan moet worden nagegaan of de zaak aan de overeenkomst beantwoordt.¹¹⁸ De rechtspraak heeft nadere invulling hierover gegeven en onder andere bepaald dat bepaalde gebreken, ongeacht het bij de koop voorgenomen gebruik, normaal gebruik uitsluiten. Voorbeelden hiervan zijn verontreinigde grond, huiszwam, houtrot, verontreinigingen door vroegere onderaardse gebruiken (bijvoorbeeld ondergrondse tanks of stortplaatsen) en ongedierte. Als een koper deze gebreken echter zelf makkelijk had kunnen waarnemen, wordt dit niet als een dergelijk gebrek beschouwd.¹¹⁹

Het BGH heeft met betrekking tot verontreiniging van grond of woning bepaald dat de verkoper de plicht heeft de hem bekende omstandigheden te openbaren, ook ongevraagd. Hierop wordt bij de bespreking van de rechterlijke uitspraken nog teruggekomen. Het uitgangspunt hierbij is dat verontreinigde locaties pas een gebrek inhouden als er regelgeving dreigt om de verontreiniging te verwijderen. Volgens Westermann is dit uitgangspunt echter wel aanvechtbaar, omdat deze regels op korte termijn kunnen worden vastgesteld.¹²⁰ Het is voor een verkoper in ieder geval aan te raden om hem bekende verontreiniging of aanwezigheid van verdachte stoffen melding te maken en deze melding ook in de overeenkomst op te nemen. Ook gebreken waarvan een verkoper weet dat de koper deze bij de bezichtiging niet kan zien, zal hij aan de koper moeten mededelen. Doet de verkoper dit niet, is hij aansprakelijk voor deze gebreken. De verkoper is ook aansprakelijk als hij een hem bekend gebrek arglistig verzwijgt of op gerichte vragen van de koper niet waarheidsgetrouw antwoordt. Een gebrek kan overigens ook aanwezig zijn als de zaak nog niet daadwerkelijk is aangetast, maar waarvan op goede gronden een concrete en duidelijke verdenking bestaat dat deze gebrekkig is of wordt en dit gebrek dan het beoogde gebruik wezenlijk aantast.¹²¹

¹¹⁷ Jauernig 2014, Rn 5

¹¹⁸ Zie hiervoor § 434 (2) onder 2

¹¹⁹ Westermann 2012, Rn 56

¹²⁰ Westermann 2012, rn. 56

¹²¹ OLG Munchen 21 april 1994, NJW 1995, 2566

Eigenschappen op grond van publieke mededelingen door de verkoper, bepalen eveneens wat er verstaan moet worden onder normaal gebruik.¹²² Ook hetgeen is opgenomen in een makelaarsrapport of deskundigenrapport valt onder dit soort mededelingen. De verkoper dient in te staan voor de vermelde eigenschappen en geschiktheid voor het beoogde gebruik in de strikte zin van het woord. Hieronder vallen niet algemene aanprijzingen of blote mededelingen. De verkoper staat voorts niet in voor mededelingen die hij hierbij niet kende of hoefde te kennen of die voor de totstandkoming van de overeenkomst gecorrigeerd zijn. Dit laatste moet dan op gelijke wijze gedaan zijn als de eerdere onjuiste mededeling werd gedaan.¹²³

De eigenschappen van een zaak kunnen uitdrukkelijk, maar ook impliciet zijn overeengekomen. Van dat laatste geval is bijvoorbeeld sprake als de verkoper voor of ten tijde van het sluiten van de overeenkomst de zaak omschrijft of een monster laat zien. In ieder geval is voldoende dat de koper de overeengekomen eigenschappen herkent en de verkoper ermee instemt (ook impliciet). Zo zal bijvoorbeeld bij de koop van een woonhuis de ongeschiktheid van de grond als opslagplaats, niet als een gebrek worden beschouwd.¹²⁴

Gangbare eigenschappen mag een koper altijd verwachten, maar bijzonder gebruik moet, net als bij ons, overeengekomen zijn. Maatstaf voor wat onder normaal gebruik wordt verstaan, is de gemiddelde koper.¹²⁵

De verkoper kan ook garanties afgeven, bijvoorbeeld dat de woning geschikt zal zijn voor normaal gebruik.¹²⁶ Ondanks een contractuele uitsluiting van aansprakelijkheid, wat in het Duitse recht gebruikelijk is, kan een verkoper dan toch aansprakelijk zijn als hij bepaalde eigenschappen heeft gegarandeerd. In dat kader is voor de verkoper voorzichtigheid geboden bij het formuleren van bepaalde eigenschappen die de zaak bezit, daar dit als een garantieverplichting in de zin van § 443 lid 1 geïnterpreteerd kan worden.¹²⁷

Uitgangspunt in het Duitse recht is dat een algemene onderzoeksplicht voor de koper niet bestaat.¹²⁸ Echter, in § 442 zin 1 BGB is bepaald dat als een gebrek de koper onbekend is gebleven als gevolg van zijn eigen grove nalatigheid, de koper alleen dan zijn rechten wegens dit

¹²² zie hiervoor § 434 onder (3),

¹²³ Jauernig 2014, Rn 17

¹²⁴ Jauernig 2014, Rn 17

¹²⁵ Jauernig 2014, Rn 17

¹²⁶ Jauernig 2014, Rn 7

¹²⁷ Staudinger/Matusche-Beckmann 2004, p.154-159

¹²⁸ Staudinger/Matusche-Beckmann 2004, p. 329-331

gebrek geldend kan maken als de verkoper het gebrek arglistig verzwegen heeft of een garantie voor de eigenschap heeft afgegeven. Laat een koper onderzoek na vanwege een mededeling van de verkoper, is dit geen grove nalatigheid. Bijzondere omstandigheden kunnen er echter wel toe leiden dat er voor de koper in het concrete geval een onderzoeksplicht aanwezig was. Zo noemt Matusche-Beckmann als voorbeeld dat het kopen van een woning zonder deze te bezichtigen, als een grove nalatigheid van de koper kan worden beschouwd.¹²⁹

Het OLG Brandenburg heeft in een haar voorgelegde zaak bepaald dat er voor de verkoper geen mededelingsplicht aanwezig was voor het voor de koper zichtbare vochtprobleem in de kelder van een woning die in 1920 is gebouwd. Het OLG heeft in deze uitspraak nog eens benadrukt dat de verkoper alleen gehouden is onzichtbare gebreken te melden.¹³⁰

Op 27 maart 2009 heeft het Bundesgerichtshof een belangrijke uitspraak gedaan over de mededelingsplicht van een verkoper en overwogen dat een verkoper ook een mededelingsplicht heeft als hij weet dat er asbest in de woning is verwerkt.¹³¹ Het Bundesgerichtshof overwoog daartoe als volgt; als er gebruik gemaakt is van bouwstoffen die ten tijde van de bouw van de woning gebruikelijk waren, maar waarvan later is gebleken dat deze gevaarlijk bleken te zijn voor de gezondheid, een informatieverplichting gerechtvaardigd is. Deze verplichting is in ieder geval dan aan te nemen als de bouwmaterialen stoffen bezaten die al in geringe dosis kankerverwekkend zijn en het serieuze gevaar bestaat dat deze stof bij gangbaar gebruik of bij verbouwingwerkzaamheden kunnen vrijkomen. Ook de Duitse rechter overweegt dat er in het bijzonder sprake is van een aanzienlijke beperking van de bruikbaarheid van de woning als gebruikelijke verbouwingwerkzaamheden niet uitgevoerd kunnen worden zonder het risico gezondheidsproblemen op te lopen. Een verkoper die arglistig deze eigenschappen van de woning heeft verzwegen, zoals in onderhavig geval, kan geen beroep doen op de uitsluitingen in de overeenkomst en de regeling van § 434 e.v. BGB en moet de saneringskosten betalen.

Opvallend is dat in Duitsland de koopovereenkomst pas geldig is, als deze opgemaakt en afgewikkeld is door de notaris.¹³² De Duitse notaris heeft hierbij een verdergaande taak als zijn Nederlandse collega en moet partijen goed informeren over de risico's die zij op zich nemen bij het aangaan van de overeenkomst (Belehrung). Uit de bestudeerde rechtspraak blijkt dat in de meeste koopovereenkomsten tussen particulieren, de verkoper aansprakelijkheid voor zichtbare en onzichtbare gebreken heeft uitgesloten en de woning wordt verkocht in de staat waarin deze zich

¹²⁹ Staudinger/Matusche-Beckmann 2004, p. 329-331

¹³⁰ OLG Brandenburg, 8 augustus 2013, Az. 5 U 7 5/12 en OLG Brandenburg 7 november 2013, 5 U 18/11

¹³¹ BGH, 29 maart 2009, V ZR 30/08

¹³² §311b BGB

bevindt tijdens de bezichtiging. Een regeling die direct associaties oproept met artikel 5.1 van ons standaard NVM-contract. Een regeling als 5.3 NVM, zal in het Duitse recht via § 434 bereikt kunnen worden door de mogelijkheid die dit artikel biedt om bepaalde eigenschappen, bijvoorbeeld de geschiktheid van normaal gebruik als woonhuis, in de overeenkomst op te nemen.

De verkoper kan, zoals hiervoor overwogen, dus geen beroep doen op een exoneratie als hij ter zake een garantie heeft gegeven. Dit is opgenomen in § 444 BGB dat de gevolgen van uitsluiting of beperking van de rechten van de koper geregeld. De verkoper kan zich blijkens dit artikel niet op een uitsluiting beroepen voor zover het een frauduleus gebrek is of hij een garantie voor een bepaalde eigenschap heeft afgegeven. Arglistig verzwijgen houdt tenminste een voorwaardelijke opzet in.¹³³ Dat staat niet gelijk aan het feit dat de verkoper niet bekend was met het gebrek of signalen had moeten oppakken dat de woning gebrekkig was. Een verkoper moet een gebrek tenminste voor mogelijk hebben gehouden. Daarbij kan het arglistig voorhouden van eigenschappen gelijkgesteld worden aan het arglistig verzwijgen.¹³⁴ Wanneer een verkoper niet wist van het gebrek, kan hij wel met succes een beroep doen op de garantie-uitsluiting die is opgenomen in de koopovereenkomst.¹³⁵

Conclusie Duits recht

In de praktijk is bij de verkoop van bestaande woningen de aansprakelijkheid van de verkoper voor feitelijke gebreken meestal contractueel uitgesloten. De koop wordt vrijwel altijd gesloten onder uitsluiting van alle rechten en aanspraken van de koper als gevolg van zichtbare en onzichtbare gebreken in de staat waarin de woning zich bevindt tijdens de bezichtiging. Waarschijnlijk is dit ook de reden dat bij het bestuderen van de Duitse uitspraken er veel minder gevallen waren waarin de aard van de gebreken het onderwerp waren van het geschil. Veel meer ging het om de gevallen of de verkoper een gebrek al dan niet arglistig had verzwegen of een mededelingsplicht had ter zake. Duidelijk is dat de verkoper de koper moet inlichten over gebreken die hij bij de bezichtiging niet kan zien. Een koper kan zich daarentegen niet beroepen op non-conformiteit als hij de gebreken kende of door grove nalatigheid niet kende. Het Duitse recht kent op dit punt een minder vergaande onderzoeksplicht dan het Nederlandse recht. De verkoper zal er dan ook verstandig aan doen om gebruik te maken van de mogelijkheid aansprakelijkheid voor feitelijke gebreken contractueel uit te sluiten.

¹³³ BGH 12 april 2013, V ZR 266/11

¹³⁴ OLG Brandenburg 14 november 2013, 5 U 6/11

¹³⁵ OLG Brandenburg 7 november 2013, 5 U 18/11

De rol van de notaris is wezenlijk; hij moet beide partijen goed informeren over het contract dat zij voornemens zijn met elkaar aan te gaan en speelt dus een belangrijke rol om het verwachtingspatroon van partijen te bepalen en zo nodig bij te stellen.

HOOFDSTUK 5 CONCLUSIE

Uit het vorenstaande blijkt dat de vragen op welke wijze de Nederlandse rechter een beroep op non-conformiteit van bestaande woningen toetst en wat de overwegingen zijn van rechters om te beslissen welke gebreken al dan niet non-conformiteit opleveren, niet eenvoudig te beantwoorden is.

De conformiteit zoals dat in de wet geregeld is, is een open norm en voor meerdere uitleg vatbaar. Dit maakt het moeilijk om grip op het conformiteitsleerstuk inzake de koop van bestaande woning te krijgen. Er spelen meerdere factoren en rol en de ontelbare combinaties van deze factoren, maakt dat geen geval hetzelfde is en daarmee de rechtspraak hierover omvangrijk is.

De rechters stellen in vrijwel iedere zaak dat alle omstandigheden van het concrete geval, bijvoorbeeld de aard van de zaak, de gemaakte afspraken, de mededelings- en onderzoeksplicht en deskundigheid van partijen, in acht moeten worden genomen. Vervolgens is het dan een kwestie van contractsuitleg waarop de Haviltex-norm van toepassing is.

In de lagere rechtspraak wordt artikel 5.3 NVM opgevat als een garantie. De literatuur is echter wel verdeeld over de vraag hoe de Hoge Raad artikel 5.3 NVM waardeert.

De rechters stellen per geval vast of het gebrek naar gangbaar taalgebruik het normaal gebruik van de woning in de weg staat. De koper van een bestaand huis zal daarbij afhankelijk van ouderdom, prijs tot op zekere hoogte rekening moeten houden met een bepaalde mate van meteen te verrichten (achterstallig) onderhoud ook al was de noodzaak daartoe ten tijde van het sluiten van de koopovereenkomst niet direct zichtbaar. De verwachtingen van een koper worden verder ingevuld door de mededelingen van de verkoper.

Tevens moet per geval worden vastgesteld of de verkoper ter zake een mededelingsplicht had en de koper een onderzoekplicht. Hoewel de kracht van het geduchte wapen van een te late klachtmelding door de recente arresten sterk is afgenomen, speelt de klachtplicht ook nog steeds een belangrijke rol.

Er zijn dus talloze factoren die meespelen bij de overwegingen van de rechters of een gebrek al dan niet in aanmerking komt voor non-conformiteit. Dit maakt de uitkomst van een aangespannen procedure dan ook vaak zo onzeker wat een zeer onwenselijke situatie is.

Wanneer de huidige wettelijke regeling en contractspraktijk zo blijft, zal de onzekerheid op dit gebied nog wel even voortduren.

Partijen weten vaak niet wat er precies van hen verwacht wordt en, heel belangrijk, welk risico zij zijn aangegaan bij het sluiten van de overeenkomst. De wettelijke regeling scheidt hierover, vooraf, ook geen duidelijkheid. Duidelijk is dat van een koper een bepaalde inspanning mag worden verwacht. Hij mag er niet zondermeer van uitgaan dat alles wel goed is. Een verkoper aan de andere kant, wordt geacht de woning die hij verkoopt, goed te kennen en zal zich moeten realiseren dat hij een mededelingsplicht heeft ter zake van gebreken waarvan hij weet dat deze voor een koper van belang kunnen zijn. Uit de bestudeerde uitspraken, blijkt duidelijk dat het mis gaat bij de verwachtingen die partijen hebben, waar bij het aangaan van de overeenkomst, niet over gesproken is of niet aan gedacht is.

Mijns inziens kan hier een taak voor de makelaar liggen. Hij kan partijen wijzen op de risico's die zij lopen bij het aangaan van het contract dat partijen bij hem ondertekenen. Vanwege het feit dat een makelaar eigenlijk een bemiddelaar is tussen de koper en verkoper, met de daarbij behorende belangen, zou een andere mogelijkheid zijn om de koopovereenkomst, net zoals bij onze oosterburen, door de notaris te laten opmaken en af te handelen. De notaris zal de partijen daarbij heel uitgebreid dienen voor te lichten en hen te wijzen op de risico's van het contract dat zij voornemens zijn met elkaar aan te gaan en de verplichtingen die partijen jegens elkaar op zich nemen. De Duitse regeling maakt partijen hiermee bewust van de (alle) risico's die zij aangaan bij het sluiten van een koopovereenkomst. Dit spreekt mij aan. Zoals in de inleiding reeds aangegeven, komt het in Nederland nog al eens voor dat partijen zich niet bewust zijn van de risico's die zij op zich nemen bij de koop en overdracht van een bestaande woning. Door de verplichte optekening van het koopcontract door de notaris en zijn verplichting partijen hierbij goed te informeren, worden partijen bewust van de risico's en daarmee tegen zichzelf beschermd. Een bijdrage die wat mij betreft in Nederland welkom is.

Een standaardovereenkomst kan hierbij ook van dienst zijn zodat iedereen weet waar hij aan toe is. Als partijen dan toch afwijkende afspraken willen maken kan dat, maar hierover zal dan door partijen zelf nagedacht moeten worden en dit zal weer ten goede komen aan het bewust worden van de risico's en de verwachtingen die een partij mag hebben.

Wanneer een koper zich bewust is van het risico dat hij aangaat bij het tekenen van de koopovereenkomst, kan hij overwegen bepaalde garanties van de verkoper te vragen of bepaalde verwachtingen in de overeenkomst op te laten nemen. Een verkoper kan overwegen bepaalde door hem gedane mededelingen te laten vastleggen.

De teleurstellingen van vooral een koper en daarmee ook voor de verkoper, zullen dan aanzienlijk minder vaak voorkomen. Partijen weten meer dan nu het geval is waar zij aan toe zijn en kunnen dan voor een eventuele procedure ook beter hun kansen inschatten. Zij zijn zich dan immers meer bewust van de risico's die zij zijn aangegaan en hun rol in deze. De voorspelbaarheid en daarmee de rechtszekerheid zullen hiermee gediend zijn. Om af te sluiten met de derde deelvraag van de centrale vraagstelling, denk ik dat op deze wijze de regelgeving en wijze van toetsing door de rechters de belangen van betrokken partijen zal kunnen dienen.

LITERATUURLIJST

ASSER/HIJMA 2013

J. Hijma, *Bijzondere overeenkomsten, Deel I Koop en ruil*. In: Mr. C. Assers Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, voorheen deel 5-I, Deventer: Kluwer 2013

DAMMING 2009

J.J. Damming, 'Tijdschrift voor Consumentenrecht' 2009, p. 120-128

HEYMAN & BARTELS 2012

H.W. Heyman & S.E. Bartels, *Vastgoedtransacties Koop*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012

HUIJGEN 2012

W.G. Huijgen, *Koop en verkoop van onroerende zaken*, Deventer: Kluwer 2012

JANSEN 2013

K.J.O. Jansen, 'Aansprakelijkheid voor onjuiste informatieverstrekking', *NTBR* 2 (2013)

JANSEN 2013

K.J.O. Jansen, 'Informatieplichten in de procespraktijk. Deel 2: praktische toepassing (model)', *TvPP* 6 (2013)

JAUERNIG 2014

O. Jauernig, 'Kommentar zum BGB 15. Auflage 2014', < <http://beck-online.beck.de>.; alleen toegankelijk voor studenten >

KLIK 2008

P. Klik, *Conformiteit bij koop*, Deventer: Kluwer 2008

SMITS 2002

J.M. Smits, 'De herziening van het Duitse verbintenissenrecht: een overzicht en een vergelijking', *NTBR* 19 (2002), p. 368-381

STAUDINGER 2004

J. von Staudinger, *Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2: Recht der Schulverhältnisse*. Berlin: Sellier-de Gruyter 2005

TJITTES EN KAMPMAN 2013

R.P.J.L. Tjittes en J. Kampman, 'De klachtplicht onttroond- enige beschouwingen naar aanleiding van HR 8 februari 2013, ECLI:NL:2013:BY4600 (Van Steeg/Rabobank)', <www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/contracteren/2013/3 >

VALK 2014

W.L. Valk, 'Hoe verder met de klachtplicht?', *NTBR* 1 (2014/2)

VAN EMDEN & DE HAAN 2013

E.A.L. van Emden en M. de Haan, 'Klachtplicht ook bij (zuivere) onrechtmatige daad?', *AV&S* 3 (2013)

VAN ROSSUM 2006

M.M. van Rossum, 'Uitleg van het begrip "normaal gebruik" in standaard NVM-akte: notities naar aanleiding van HR 23-12-2005, RvdW 2006, 17, *WPNR* 6665 (2006)

WESSELS 2010

B.Wessels, *Koop: algemeen*. Monografieën BW, Deventer: Kluwer 2010

WESTERMANN 2012

H.P. Westermann, 'Münchener Kommentar zum BGB 6. Auflage 2012', < <http://beck-online.beck.de>.; alleen toegankelijk voor studenten >