

hier, niet alle details van het aanbod maar wel een ‘vanafprij’s’ vermeldt. Het Hof lost deze circulariteit niet echt op maar weegt de concrete omstandigheden en komt dan tot de conclusie dat reclame met een vanafprij’s wel een aanbod kan zijn, maar dat de eisen die men aan de inhoud van die reclame mag stellen, weer gerelateerd moeten worden aan het medium. Een heel duidelijke afbakening levert dat natuurlijk niet op, maar misschien was dat gezien de tekst van art. 7 Richtlijn OHP ook niet te verwach-

ten. Een ondernemer die zeker wil zijn dat hij niet binnen de randen van art. 7 Richtlijn OHP valt, kan overwegen om elke prijsvermelding in zijn reclame-uiting weg te laten. Ik neem ten minste aan dat in dat geval geen ‘uitnodiging tot aankoop’ wordt gedaan. Het Hof heeft die vraag overigens niet beantwoord.

Prof. mr. W.H. van Boom

Koop onroerende zaken

Hof 's-Hertogenbosch 8 september 2009

(*mrs. Van Schaik-Veltman, Vriezen en Van Laarhoven*)

Zaaknr. HD 103.005.296 E

LJN BQ6356

(Zie de noot onder deze uitspraak.)

- *asbest in dak loods en woonhuis*
- *dwaling en non-conformiteit*
- *toerekening wetenschap makelaar aan verkoper*
- *gebrek dat normaal gebruik verhindert*

(...)

Gewezen in de zaak op het hoger beroep van de door de rechtbank Maastricht gewezen vonnissen van 17 mei 2006 en 2 mei 2007 tussen principaal appellanten – hierna: [A.] c.s. – als gedaagden en principaal geïntimeerden – hierna: [C.] c.s. – als eisers, als vervolg op het in deze zaak gewezen tussenarrest van 3 maart 2009.

8. Het verdere verloop van het geding in hoger beroep

8.1. Na het tussenarrest van 3 maart 2009 hebben [A.] c.s. bij exploit van 2 april 2009 de erfgenamen van wijlen [C.] opgeroepen, waarna de erfgenamen bij akte d.d. 14 april 2009 te kennen hebben gegeven dat zij het volledig eens zijn met de stellingen en standpunten die [D.] tot op heden in de onderhavige procedure heeft ingenomen en dat de erfgenamen deze stellingen en standpunten tot de hunne maken. Ook de door [D.] gedane betwistingen en bewijsaanbiedingen moeten worden geacht mede namens de erven te zijn gedaan en het voorwaardelijk incidenteel appel dient geacht te worden mede namens de erven te zijn ingesteld. [A.] c.s. hebben hierop nog een antwoordakte genomen.

8.2. Het hof overweegt dat, nu de erfgenamen van [C.] alsnog zijn opgeroepen en zich hebben aangesloten bij de tot nu toe in de procedure van de zijde van [D.] ingenomen standpunten en stellingen, het geding van de zijde van [C.] c.s. zowel in het principaal appel als in het voorwaardelijke incidenteel appel geacht moet worden te worden gevoerd door de erven van [C.] en [D.]. Het hof zal de partijen blijven aanduiden als [A.] c.s. en [C.] c.s.

9. De gronden van het hoger beroep

Voor de inhoud van de grieven verwijst het hof naar de desbetreffende memories.

10. De verdere beoordeling

- 10.1.1.** Het gaat in dit hoger beroep om het volgende.
- a) In 2002 hebben [A.] c.s. de aan hen in eigendom toebehorende woning met aanhorigheden, gelegen aan de [perceel] te [plaatsnaam], te koop aangeboden. Tot de aanhorigheden van de woning behoort een loods.
 - b) Ter bemiddeling bij de verkoop hebben [A.] c.s. makelaar [E.] (hierna: [E.]) ingeschakeld.
 - c) [C.] c.s. hebben in 2002 de woning enige malen bezichtigd. Bij één van die bezichtigingen was de zoon van makelaar [E.] (hierna: [F.] jr.) aanwezig.
 - d) Op 31 december 2002 hebben [A.] c.s. en [C.] c.s. overeenstemming bereikt over de koop van de woning door [C.] c.s. voor een prijs van € 375 000.
 - e) Op 8 januari 2003 heeft [F.] jr. een schriftelijke koopakte ter ondertekening verzonden naar [C.] c.s. [C.] c.s. hebben deze koopakte ondertekend.
 - f) Na ondertekening van de koopakte door [C.] c.s. hebben [A.] c.s. op 12 januari 2003 de koopakte ondertekend. Zij hebben echter aan art. 10 sub e van de koopakte, waarin staat dat de verkoper verklaart ‘dat er voor zover bekend in of aan het object geen asbest of asbesthoudende stoffen aanwezig zijn’, de vermelding ‘loods’ toegevoegd, daarmee aangevend dat zich in het dak van de loods wel asbest bevond.
 - g) De notariële transportakte met betrekking tot de woning is verleden op 14 februari 2003. [C.] c.s. hebben in deze akte de volgende bepaling doen opnemen:

‘Asbest

Artikel 7

Bij het totstandkomen van de koopovereenkomst is door de makelaar niet aan koper meegedeeld dat asbest aanwezig is in het dak van de loods. Ook in de door koper ondertekende koopovereenkomst is daarvan geen melding gemaakt. Verkoper had de aanwezigheid van die asbest aan de makelaar gemeld.

Koper behoudt zich terzake alle rechten voor.’

- h) [C.] c.s. hebben het dak van de loods laten saneren voor een bedrag van € 5712. Bij brief van 19 maart 2003 hebben [C.] dit bedrag als schade van [A.] c.s. gevorderd.

Op 7 juli 2003 heeft de raadsman van [C.] c.s. [A.] c.s. nogmaals tot betaling van dit bedrag gesommeerd.

i) Bij brief van 22 september 2003 heeft voormelde raadsman, mr. Holthuijsen, aan [A.] c.s. melding gemaakt van een gesprek dat hij – mr. Holthuijsen – met [E.] heeft gehad en waarin [E.] gezegd zou hebben dat er ook asbest aanwezig is in de dakbedekking van het huis. Op grond van dit gesprek vordert mr. Holthuijsen namens [C.] c.s. in de brief dat [A.] c.s. de asbesthoudende dakbedekking van het huis laten verwijderen en vervangen door een nieuwe dakbedekking.

j) [C.] c.s. hebben bij de rechtbank Maastricht een verzoek ingediend tot het houden van een voorlopig deskundigenonderzoek naar de aanwezigheid van asbest in de dakbedekking van het woonhuis. De rechtbank heeft bij beschikking van 27 april 2004 dit verzoek toegewezen en een voorlopig deskundigenonderzoek bevolen. Als deskundige is benoemd: dhr. Ir. R. Leppers van INTRON B.V. te [vestigingsplaats].

k) De deskundige heeft zijn rapport uitgebracht op 19 juli 2004. Zijn conclusies houden – zakelijk weergegeven – in dat asbest is verwerkt in de dakbedekking van het woonhuis. Het betreft witte asbest in orde van grootte 2-5% m/m over een oppervlak van ca. 280 m². De deskundige geeft voorts aan dat de kosten die redelijkerwijze gemoeid zullen zijn met het vervangen van de asbesthoudende dakbedekking kunnen worden begroot op € 65 000. De daartoe uit te voeren werkzaamheden worden door de deskundige beschreven in par. 5.3 van het rapport. Over de asbesthoudende beplating merkt de deskundige voorts nog op:

‘Het valt op dat de platen zowel binnen als buiten zichtbaar zijn;

Binnen enkel op de zolder die als opslag dient, buiten bij de overstekken van het hellend vlak (...)’

Op de door de rechtbank gestelde vraag of de onderhavige zaak de deskundige overigens nog aanleiding geeft tot het maken van opmerkingen antwoordt de deskundige:

‘Gezien de technische staat van de asbesthoudende platen, het type plaat en asbest, de huidige functie en de plaatsen waar deze zijn toegepast (onder andere de buitensituatie en onbewoonde gedeelten), concludeert INTRON dat er momenteel geen direct risico voor de bewoners aanwezig is, bepaald volgens het beoordelingsmodel bepaling risico’s van asbest (vereenvoudigde methode, bijlage 4 van BRL 5052). De platen hoeven daarom niet per direct te worden verwijderd. Er mogen echter geen tussentijdse bewerking aan plaatsvinden. Gezien de conditie van de randen van de platen kan worden gesproken over “licht beschadigd” en “verweerd”. Bij verder beschadigingen en/of verwerking adviseert Intron wel om direct maatregelen te treffen (concentratie metingen en/of verwijdering). Verwijdering van de platen binnen een periode van 5 à 10 jaar is vanuit het oogpunt van gezondheidsrisico sowieso aan te bevelen.’

l) Op 20 januari 2005 heeft mr. Holthuijsen [A.] c.s. gesommeerd tot betaling van een bedrag van € 90 000.

m) [A.] c.s. hebben aan de sommatie geen gehoor gegeven. Bij inleidende dagvaarding van 9 mei 2005 hebben [C.] c.s. [A.] c.s. in rechte betrokken.

10.1.2. In eerste aanleg hebben [C.] c.s. gevorderd: primair, wegens dwaling:

1. de gevolgen van de koopovereenkomst te wijzigen, in die toegevoegd dat de door [C.] c.s. verschuldigde koopprijs wordt verminderd met een bedrag ad € 83 062,
2. [A.] c.s. hoofdelijk te veroordelen tot betaling van dit bedrag ad € 83 062 aan [C.] c.s., althans het door de rechtbank in goede justitie te betalen bedrag, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 14 februari 2003 tot aan de dag der algehele voldoening;

subsidiair, wegens non-conformiteit:

1. [A.] c.s. te veroordelen tot betaling van: een bedrag van € 5172, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 3 april 2003 tot aan de dag der algehele voldoening, en;
2. primair [A.] c.s. hoofdelijk te veroordelen tot een bedrag van € 77 350, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 4 februari 2005 tot aan de dag der algehele voldoening;
3. subsidiair [C.] c.s. te machtigen de noodzakelijke werkzaamheden zoals vermeld onder 5.3. van het voorlopig deskundigenbericht zelf te laten uitvoeren voor rekening van [A.] c.s. door een bedrijf dat in het bezit is van een geldig certificaat op basis van BRL 5050 en [A.] c.s. hoofdelijk te gelasten de kosten daarvan op eerste verzoek te voldoen op vertoon van afschriften van de op de uitvoering van die werkzaamheden betrekking hebbende facturen, met inbegrip van eventuele voorschotnota’s, althans bescheiden als door de rechtbank in goede justitie te bepalen;
4. meer subsidiair [A.] c.s. te veroordelen de noodzakelijke werkzaamheden zoals vermeld onder 5.3 van het voorlopig deskundigenbericht zo spoedig mogelijk te doen uitvoeren door een bedrijf dat in het bezit is van een geldig certificaat op basis van BRL 5050, met de bepaling dat de werkzaamheden dienen aan te vangen binnen vier weken na betekening van het in dezen te wijzen vonnis en dienen te zijn afgerond binnen drie maanden na betekening van dat vonnis, op straffe van een hoofdelijk te verbeuren dwangsom van € 1000 per dag of deel van een dag dat [A.] c.s. in gebreke zullen blijven aan de veroordeling te voldoen.

[C.] c.s. hebben voorts, zowel primair als subsidiair, een verklaring van recht gevorderd dat [A.] c.s. hoofdelijk aansprakelijk zijn voor alle door [C.] c.s. geleden en nog te lijden schade als gevolg van het feit dat zich in de dakbeplating van het woonhuis asbest bevindt, met hoofdelijke veroordeling van [C.] c.s. om deze schade – voor zover het schadeposten betreft waarvoor uit hoofde van de overige petita nog geen vergoeding is toegewezen – te voldoen, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet.

Voorts hebben [C.] c.s. een bedrag van € 1788 gevorderd aan buitengerechtigde kosten, alsmede veroordeling van [A.] c.s. in de kosten van het geding, de kosten van het

voorlopige deskundigenbericht en de daarbij behorende verzoekschriftprocedure daaronder begrepen.

10.1.3. Bij (tussen)vonnissen van 17 mei 2006 heeft de rechtbank de primaire vordering sub 1 toewijsbaar geoordeeld voor wat betreft de aanwezigheid van asbest in de loods. De subsidiaire vorderingen, gegrond op non-conformiteit, heeft de rechtbank aanstonds niet voor toewijzing vatbaar geoordeeld. Ten aanzien van de primaire vordering wegens dwaling vanwege de aanwezigheid van asbest in het dak van het woonhuis heeft de rechtbank in het tussenvonnissen [C.] c.s. toegelaten te bewijzen dat [A.] c.s. – op de vraag van [C.] of er in enig deel van de woning asbest aanwezig was – hebben geantwoord dat in het dak van de woning geen asbest aanwezig was dan wel dat makelaar [E.] sr. (in een gesprek met de raadsman van [C.] c.s.) gezegd heeft ‘Net zoals iedereen kon zien dat er asbest zit in het dak van het huis’.

10.1.4. Bij eindvonnis van 2 mei 2007 heeft de rechtbank geoordeeld dat [C.] c.s. geslaagd zijn in beide onderdelen van de bewijsopdracht. De rechtbank heeft de primaire vordering van [C.] c.s. sub 1 en 2 in haar geheel toegewezen, evenals de vordering tot vergoeding van de buitengerechtelijke kosten. De gevorderde verklaring van recht heeft de rechtbank afgewezen.

De grieven in het principaal appel

10.2. Door de grieven acht het hof het geschil in volle omvang aan zijn oordeel onderworpen. Het hof zal hierna achtereenvolgens ingaan op de kwestie van het asbest in het dak van de loods en op de kwestie van het in het dak van de woning aangetroffen asbest.

Asbest in de loods

10.3.1. [A.] c.s. betogen in de toelichting op grief I dat de rechtbank de vordering van [C.] c.s. wegens dwaling vanwege de aanwezigheid van asbest in het dak van de loods ten onrechte heeft toegewezen.

[A.] c.s. voeren hiertoe allereerst aan dat pas op 12 januari 2003, toen [A.] c.s. de schriftelijke koopakte hebben ondertekend, een perfecte koopovereenkomst is tot stand gekomen tussen [A.] c.s. en [C.] c.s. en niet al op 31 december 2002 toen tussen partijen mondeling overeenstemming is bereikt over de koop van de woning. Dit brengt met zich, aldus [A.] c.s., dat [A.] c.s. tijdig melding hebben gemaakt van de aanwezigheid van asbest in het dak van de loods, omdat zij dit feit hebben vermeld in de schriftelijke koopakte, voordat zij de akte hebben ondertekend. Voorts voeren [A.] c.s. aan dat tijdens de bezichtigingen van de woning door [C.] c.s. [A.] c.s. hebben gezegd dat de golfplaten die het dak van de loods vormden van asbest waren. Van schending van een mededelingsplicht in de zin van art. 6:228 lid 1 sub b die een beroep op dwaling rechtvaardigt is dan ook geen sprake, aldus [A.] c.s.

10.3.2. Het hof overweegt als volgt. Tussen partijen is niet in geschil dat zij op 31 december 2002 mondeling overeenstemming hebben bereikt over de koop van de woning door [C.] c.s. tegen een prijs van € 375 000.

Door deze mondelinge overeenstemming is naar het oordeel van het hof, anders dan [A.] c.s. stellen, een perfecte koopovereenkomst ontstaan, nu gesteld noch gebleken is dat [A.] c.s. op dat moment enig voorbehoud hebben gemaakt ter zake de totstandkoming van de overeenkomst. Naar het oordeel van het hof behoeft [C.] c.s. er dan ook niet op bedacht te zijn dat eerst in de schriftelijke koopakte specifieke mededelingen zouden worden gedaan met betrekking tot de aanwezigheid van asbest in het gekochte, zeker nu in dit geding – nu dit door [A.] c.s. niet is betwist – als vaststaand moet worden aangenomen dat [C.] c.s. bij de bezichtigingen van het woonhuis naar de aanwezigheid van asbest in de woning hebben gevraagd. Naar het oordeel van het hof heeft de vermelding in de koopakte dat in (het dak van) de loods asbest aanwezig is dan ook niet te gelden als een tijdige mededeling die in de weg staat aan een beroep op dwaling door [C.] c.s.

10.3.3. Met betrekking tot de nadere stellingname van [A.] c.s. in de memorie van grieven dat zij ook ter gelegenheid van de bezichtigingen aan [C.] c.s. mededeling hebben gedaan van de aanwezigheid van asbest in de loods overweegt het hof dat deze stellingname haaks staat op hetgeen [A.] c.s. eerder in de procedure hebben betoogd, namelijk dat zij niet met [C.] c.s. hebben gesproken over asbest in de loods (p-v van comparitie in eerste aanleg). De nadere stellingname verdraagt zich ook niet met het in de conclusie van antwoord ingenomen standpunt dat [A.] c.s. [E.] hadden geïnformeerd over de aanwezigheid van asbest in de loods en [E.] hadden verzocht dit aan de kopers door te geven en dat [A.] c.s., toen zij constateerden dat [E.] van de aanwezigheid van asbest in de loods geen melding had gemaakt in de koopakte, in januari 2003 de kopers telefonisch op de hoogte hebben gebracht van de aanwezigheid van asbest in de loods (conclusie van antwoord onder 1.3 en 1.4). Het hof is dan ook van oordeel dat aan de nadere stellingname van [A.] c.s. in de memorie van grieven moet worden voorbijgegaan. Dit geldt temeer nu [A.] c.s. geen nadere verklaring hebben gegeven voor hun eerdere, andersluidende, standpunt. De enkele verwijzing in de memorie van grieven naar de ter gelegenheid van de getuigenverhoren afgelegde verklaring door appellant sub 1. en diens dochter is daartoe in elk geval onvoldoende. Het hof overweegt hierbij voorts nog dat, indien [A.] c.s. bij de rondleidingen wel zouden hebben gesproken over de aanwezigheid van asbest in de loods het voor de hand had gelegen dat zij dat ook bij het verlijden van de notariële akte zouden hebben kenbaar gemaakt en in de akte zouden hebben laten opnemen. Dit is echter niet gebeurd: volstaan is met opname van het standpunt van [A.] c.s. dat zij de aanwezigheid van asbest aan [E.] hadden gemeld.

Voor zover [A.] c.s. betogen dat de dwaling ten aanzien van de aanwezigheid van asbest in de loods voor rekening van [C.] c.s. moet blijven omdat zij als leek hadden kunnen zien dat de golfplaten op de loods van asbest waren, faalt dit betoog omdat, indien – zoals hier ten aanzien van de aanwezigheid van asbest in de loods vaststaat – de verkoper op de hoogte was van de aanwezigheid van asbest in de loods, op hem de verplichting rust dit aan de koper mede te delen en de redelijkheid en billijkheid zich er tegen verzet dat verkoper alsdan ter afwering van het

beroep op dwaling aanvoert dat de koper de dwaling aan zichzelf heeft te wijten.

Nu het hof het voorts aannemelijk oordeelt dat [C.] c.s. indien zij zouden hebben geweten dat de dakplaten van de loods asbesthoudend waren de woning niet op dezelfde voorwaarden zouden hebben gekocht, maar daarvoor een vermindering van de prijs zouden hebben bedongen, heeft de rechtbank naar het oordeel van het hof terecht het beroep op dwaling van [C.] c.s. op dit punt gehonoreerd en de vordering tot betaling van het bedrag van € 5712 toegewezen. Grief I faalt dan ook.

Asbest in het dak van het woonhuis

10.4.1. Het hof komt thans toe aan de beoordeling van de grieven voor zover die gericht zijn tegen het oordeel van de rechtbank dat het beroep op dwaling van [C.] c.s. ook dient te worden gehonoreerd voor wat betreft de aanwezigheid van asbest in het dak van het woonhuis. Met grief IV – en deels ook met de grieven I, II en III – keren [A.] c.s. zich tegen het oordeel van de rechtbank dat de wetenschap van [E.] van de aanwezigheid van asbest in het dak van het woonhuis in het kader van het beroep door [C.] c.s. op dwaling aan [A.] c.s. moet worden toegerekend. De rechtbank heeft hiertoe overwogen dat [E.] [A.] c.s. bij het voeren van de verkoopgesprekken kennelijk vertegenwoordigde en dat [A.] c.s. op grond van het bepaalde in art. 6:172 BW voor fouten van hun vertegenwoordiger aansprakelijk zijn.

10.4.2. Het hof overweegt als volgt. Gelet op de door [E.] bij gelegenheid van de enquête in eerste aanleg afgelegde getuigenverklaring kan als vaststaand worden aangenomen dat [E.] in een gesprek met mr. Holthuijsen, raadsman van [C.] c.s., gezegd heeft:

‘(...) dat iedereen kon zien dat er asbest zat in het dak van de loods. Net zoals iedereen kon zien dat er asbest zat in het dak van het huis (...)’

Naar het oordeel van het hof kan uit deze verklaring, wat hier verder ook van zij, worden afgeleid dat [E.] zelf wist dat de dakbeplating van de woning van asbest was. Het hof is echter – anders dan de rechtbank – van oordeel dat er geen grond is om deze wetenschap van [E.] aan [A.] c.s. toe te rekenen in het kader van het door [C.] c.s. gedane beroep op dwaling. Naar het oordeel van het hof kan [E.] niet worden beschouwd als vertegenwoordiger van [A.] c.s. omdat naar vaste rechtspraak de opdracht aan een makelaar tot bemiddeling bij de verkoop van een huis geen volmacht inhoudt tot het verrichten van rechtshandelingen maar zich in beginsel slechts uitstrekt tot het verrichten van feitelijke handelingen, waaronder het voeren van verkoopgesprekken dient te worden begrepen. Gesteld noch gebleken is dat [E.] in dit geval bij uitzondering wel als vertegenwoordiger van [A.] c.s. zou hebben te gelden: het enkele feit dat [E.] verkoopgesprekken voerde is hiertoe in elk geval onvoldoende. De wetenschap van [E.] kan dan ook niet op de grond dat [E.] als vertegenwoordiger van [A.] c.s. zou hebben te gelden in het kader van een beroep op dwaling aan [A.] c.s. worden toegerekend. Naar het oordeel van het hof is voor toerekening van wetenschap buiten het geval van vertegenwoor-

diging, zeker als het gaat om toerekening van wetenschap aan een particuliere verkoper die deze wetenschap zelf niet bezat, slechts in bijzondere omstandigheden plaats. Gesteld noch gebleken is echter dat dergelijke bijzondere omstandigheden zich hier voordoen. Het hof wijst er in dit verband op dat partijen zich tijdens de bezichtigingen, zoals blijkt uit de afgelegde getuigenverklaringen, vooral met elkaar hebben verstaan over de eigenschappen van het huis en dat [E.] daarbij niet aanwezig was, terwijl de – tijdens één van de bezichtigingen – wél aanwezige [F.] jr., toen van de zijde van [C.] c.s. aan hem de vraag werd gesteld of asbest aanwezig was in het huis, heeft gezegd dat hij dat niet wist om vervolgens [C.] c.s. naar [A.] c.s. te verwijzen. Hieruit blijkt dat, anders dan van de zijde van [A.] c.s. tijdens de comparitie is verklaard, makelaar [E.] slechts een beperkte rol heeft gespeeld bij de totstandkoming van de overeenkomst. Voor toerekening van de wetenschap van [E.] aan [A.] c.s. is dan ook reeds op deze grond geen reden. Het hof is voorts van oordeel dat het te dezen door de rechtbank toepasselijk geachte art. 6:172 BW hier toepassing mist omdat [E.] niet heeft te gelden als vertegenwoordiger en omdat het in dit geval niet gaat om aansprakelijkheid van [A.] c.s. voor een door [E.] gepleegde onrechtmatige daad maar om de vraag of de wetenschap van [E.] aan [A.] c.s. kan worden toegerekend in het kader van een beroep op dwaling. Ook het door [C.] c.s. in dit verband gedane beroep op art. 6:76 BW faalt naar het oordeel van het hof, omdat het hier evenmin gaat om de aansprakelijkheid voor gedragingen van een hulppersoon bij de uitvoering van een verbintenis uit overeenkomst.

10.4.3. In aansluiting op het voorgaande overweegt het hof voorts dat [C.] c.s. onvoldoende hebben gesteld waaruit zou kunnen blijken dat [A.] c.s. zelf wisten dat asbest in het dak van het woonhuis aanwezig was. Weliswaar stellen [C.] c.s. dat [A.] c.s. van de aanwezigheid op de hoogte moeten zijn geweest omdat zij al langer in het huis woonden maar dit enkele feit is als onderbouwing voor de stelling dat [A.] c.s. wisten van de aanwezigheid van asbest in de woning onvoldoende. Voorts is niet gebleken dat makelaar [E.] met [A.] c.s. over de aanwezigheid van asbest in de dakbeplating van het woonhuis heeft gesproken. [A.] c.s. hebben verder gemotiveerd betwist dat zij op de hoogte waren van de aanwezigheid van asbest in het woonhuis. Zij hebben daartoe aangevoerd dat zij in 1993, toen zij het huis hebben gekocht, van hun toenmalige verkopers te horen hebben gekregen dat de verbouwingen aan het huis waren uitgevoerd nadat asbest reeds verboden was. Ook uit de ter gelegenheid van de getuigenverhoren afgelegde verklaringen van [A.] c.s. kan niet worden afgeleid dat [A.] c.s. op de hoogte waren van asbest in het dak van de woning. Naar het oordeel van het hof blijkt uit deze verklaringen veeleer dat [A.] c.s. ervan uitgingen dat er geen asbest in het dak van de woning was verwerkt. Dat [A.] c.s. niet wisten dat het dak van het woonhuis asbest bevatte vindt naar het oordeel van het hof voorts steun in het feit dat zij, alvorens de schriftelijke koopakte op 12 januari 2003 te ondertekenen, wél aanleiding hebben gezien om melding te maken van asbest in het dak van de loods (waarvan zij wisten), maar niet van asbest in het dak van de woning. Het hof is dan ook van oordeel dat het, gelet op een en ander, op de weg

van [C.] c.s. had gelegen hun stelling dat [A.] c.s. wetenschap hadden van de aanwezigheid van asbest in het woonhuis, nader te onderbouwen en aannemelijk te maken. Nu zij dat niet hebben gedaan verwerpt het hof dit betoog en zal het hof er bij de verdere beoordeling vanuit gaan dat [A.] c.s. geen wetenschap hadden van de aanwezigheid van asbest in de dakbeplating van het woonhuis.

10.4.4. Uit het voorgaande volgt dat grief IV die is gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat wetenschap van [E.] in het kader van het beroep op dwaling aan [A.] c.s. kan worden toegerekend slaagt en dat ook de grieven I, II en III, voor zover zij betrekking hebben op het oordeel van de rechtbank dat de wetenschap van makelaar [E.] aan [A.] c.s. kan worden toegerekend, doel treffen. Voorts is het hof van oordeel dat het beroep op dwaling ook niet kan worden gegrond op het achterhouden van informatie door [A.] c.s. omdat zij zelf wetenschap zouden hebben gehad van de aanwezigheid van asbest in het dak van het woonhuis. Zoals hiervoor is overwogen gaat het hof er in dit kader van uit dat [A.] c.s. deze wetenschap niet hadden. Het hof verwerpt daarmee het andersluidende betoog van [C.] c.s. in de inleidende dagvaarding (pnt. 28 t/m 31).

(...)

10.4.8. Uit het voorgaande volgt dat de grieven in het principaal appel slagen voor zover deze betrekking hebben op het door de rechtbank gehonoreerde beroep op dwaling voor wat betreft de aanwezigheid van asbest in het dak van het woonhuis.

10.5.1. Het (deels) slagen van de grieven in het principaal appel brengt, reeds op grond van de devolutieve werking van het appel, mee dat dient te worden onderzocht of de vorderingen van [C.] c.s. op de subsidiaire grondslag wegens non-conformiteit voor toewijzing in aanmerking komen. De rechtbank heeft de vorderingen op die grondslag afgewezen op de grond dat de aanwezigheid van asbest in de dakbeplating de verkochte zaak niet ongeschikt maakt als woonhuis.

10.5.2. Het hof deelt het oordeel van de rechtbank dat de aanwezigheid van asbest in de dakbeplating van de woning in dit geval niet in de weg staat aan het normaal gebruik van de woning als woonhuis. De deskundige heeft in de conclusies van zijn rapport aangegeven dat er ten tijde van het opmaken van zijn rapport (2004) geen directe risico's waren voor de gezondheid en dat de dakplaten dan ook niet behoeft te worden verwijderd. Vervolgens constateert de deskundige dat de dakplaten op enkele plaatsen verweerd zijn en licht beschadigd hetgeen hem tot het oordeel brengt dat het, met het oog op gezondheidsrisico's, is aan te bevelen de dakplaten op een termijn van 5 à 10 jaar te verwijderen. Het hof is van oordeel dat deze aanbevelingen van de deskundige, mede gelet op zijn oordeel dat de dakbeplating op het moment van de aankoop geen directe gezondheidsrisico's met zich brengt, niet tot de conclusie kunnen leiden dat het woonhuis niet geschikt is voor normaal gebruik. De omstandigheid dat op een termijn van 5 à 10 jaar vervan-

ging van de dakbeplating wenselijk is, maakt dit niet anders.

10.5.3. Voor zover [C.] c.s. betogen dat het woonhuis niet de eigenschappen bezat die de koper mocht verwachten omdat [C.] c.s. ervan uit mochten gaan dat de woning geen asbest zou bevatten overweegt het hof allereerst dat het antwoord op de vraag welke eigenschappen de koper, op het moment van contracteren, op grond van de overeenkomst mocht verwachten, afhankelijk is van alle omstandigheden van het geval. Het hof overweegt in dit verband, zoals reeds met betrekking tot het beroep op dwaling is overwogen, dat [C.] c.s. er in de gegeven omstandigheden niet van mochten uitgaan dat de woning asbestvrij was en dat op hen in verband hiermee dan ook een onderzoeksplicht rustte. Nu voorts niet gebleken is dat [A.] c.s. op de hoogte waren van het asbest in de dakbeplating, en de mededelingen van [A.] c.s. niet van dien aard waren dat [C.] c.s. daaraan het vertrouwen mochten ontlenuen dat het dak van de woning asbestvrij was, dient naar het oordeel van het hof in de gegeven omstandigheden de aanwezigheid van asbest in de dakbeplating van het woonhuis voor risico van [C.] c.s. te komen en kunnen [A.] c.s. zich met vrucht beroepen op het bepaalde in de art. 8 van de koopakte, inhoudende dat de verkoper niet instaat voor hem onbekende onzichtbare gebreken.

10.6.1. Uit al het voorgaande volgt dat het tussenvonnis van 16 mei 2006 en het eindvonnis van 2 mei 2007 moeten worden vernietigd. Het hof zal, opnieuw rechtdoende, de gevolgen van de tussen partijen gesloten koopovereenkomst in die zin wijzigen dat de verschuldigde koopprijs wordt verminderd met een bedrag van € 5712 en [A.] c.s. veroordelen tot betaling van dit bedrag aan [C.] c.s. De buitengerechtigde kosten zullen in overeenstemming met het toe te wijzen gedeelte van de hoofdvordering worden toegewezen tot een bedrag van € 768.

(...)

11. De uitspraak

Het hof:
vernietigt de vonnissen van de rechtbank Maastricht van 17 mei 2006 en 2 mei 2007;
en opnieuw rechtdoende;
wijzigt de gevolgen van de tussen partijen gesloten koopovereenkomst in dier voege dat de door [C.] c.s. verschuldigde koopprijs wordt verminderd met een bedrag van € 5712;
veroordeelt [A.] c.s. hoofdelijk, des dat de een betalende de ander zal zijn bevrijd, om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan [C.] c.s. te betalen een bedrag van € 5712 vermeerderd met de wettelijke rente over dat bedrag vanaf 14 februari 2003 tot de dag der algehele voldoening;
veroordeelt [A.] c.s. hoofdelijk, des dat de een betalende de ander zal zijn bevrijd, om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan [C.] c.s. te betalen een bedrag van € 768 aan buitengerechtigde kosten, vermeerderd met de wettelijke rente over dat bedrag vanaf de dag der inleidende dagvaarding, zijnde 9 mei 2005, tot de dag der algehele voldoening;

veroordeelt [A.] c.s. om aan [C.] c.s. de helft van de aan de zijde van [C.] c.s. gevallen proceskosten in eerste aanleg (met uitzondering van de kosten van het deskundigenbericht) te vergoeden, welke kosten in totaal worden begroot op € 541,17 aan verschotten en op € 3576 aan salaris advocaat; compenseert de proceskosten in eerste aanleg voor het overige; compenseert de proceskosten in hoger beroep aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt; wijst af het meer of anders gevorderde; verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Inleiding

Dit arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 8 september 2009 is interessant omdat het hof zich hierin heeft uitgelaten over de volgende twee voor de rechtspraak relevante vragen:

1. Wanneer wordt wetenschap van de makelaar aan de verkoper (als diens opdrachtgever) *toegerekend* (in die zin dat wetenschap van de makelaar heeft te gelden als wetenschap van de verkoper ten opzichte van de koper)?
2. Wanneer is sprake van een 'gebrek' dat het *normaal gebruik* verhindert (vgl. art. 7:17 lid 2 BW)?

Aan dit arrest wordt pas nu aandacht besteed in *TvC* omdat de koper cassatieberoep heeft ingesteld en dit beroep door de Hoge Raad is verworpen in een door hem gewezen arrest van 8 juli 2011, *RvdW* 2011, 853 (*LJN* BQ1693). Het arrest van de Hoge Raad zelf wordt niet afgedrukt aangezien hij de cassatieklachten zonder nadere motivering, onder verwijzing naar art. 81 Wet RO, van de hand heeft gewezen. Ik zal in deze annotatie wel verwijzen naar passages uit de conclusie van A-G Timmerman bij het arrest van de Hoge Raad.

Alvorens in te gaan op de antwoorden die het hof op de hiervoor genoemde vragen heeft geformuleerd, schets ik eerst de feiten:

- In 2002 heeft A (hierna: verkoper) zijn woonhuis met een daarnaast gelegen loods te koop aangeboden.
- Verkoper heeft aan makelaar E opgedragen bij de verkoop te bemiddelen.
- C (hierna: koper) heeft de onroerende zaak enkele malen in aanwezigheid van verkoper bezichtigd. Makelaar E was bij deze bezichtigingen *niet* aanwezig.
- In januari 2003 is het woonhuis (met loods) aan koper verkocht. De koopakte is door het kantoor van makelaar E opgemaakt. Nadat koper de koopakte al had ondertekend, heeft verkoper nog handmatig aan artikel 10 onder e van de koopakte toegevoegd dat zich in het dak van de loods *asbest* bevond. Koper is hiermee pas *na* de koop bekend geworden. Hij heeft in de notariële leveringsakte de volgende bepaling laten opnemen:
'Asbest
Artikel 7
Bij het totstandkomen van de koopovereenkomst is door de makelaar niet aan koper meegedeeld dat asbest aanwezig is in het dak van de loods. Ook in

de door koper ondertekende koopovereenkomst is daarvan geen melding gemaakt. Verkoper had de aanwezigheid van die asbest aan de makelaar gemeld. Koper behoudt zich terzake alle rechten voor.'

- Op 14 februari 2003 is de verkochte onroerende zaak aan koper geleverd.
- Koper heeft het dak van de loods laten saneren. De hiermee gemoeide kosten, € 5712, heeft koper in maart 2003 als schadevergoeding van verkoper gevorderd.
- In september 2003 heeft koper (via zijn advocaat) aan verkoper laten weten dat hij van diens makelaar E had vernomen dat zich ook in het dak van het *woonhuis* asbest bevond. Hij heeft verkoper gesommeerd het dak van het woonhuis te (laten) vernieuwen, maar deze heeft hieraan geen gevolg gegeven.
- Op verzoek van koper heeft de rechtbank een voorlopig deskundigenonderzoek door Intron BV bevolen. Intron heeft in haar onderzoeksrapport geconcludeerd dat (witte) asbest in de dakbedekking van het woonhuis is verwerkt en dat met de vervanging van de asbesthoudende dakbedekking € 65 000 zal zijn gemoeid. Daarnaast heeft Intron in haar rapport opgemerkt:
'Gezien de technische staat van de asbesthoudende platen, (...), concludeert Intron dat er momenteel geen direct risico voor de bewoners aanwezig is (...). De platen hoeven daarom niet per direct te worden verwijderd. (...) Verwijdering van de platen binnen een periode van 5 à 10 jaar is vanuit het oogpunt van gezondheidsrisico sowieso aan te bevelen.'

Koper heeft in rechte betaling van verkoper gevorderd van de kosten die gemoeid zijn met de verwijdering van het asbest in het dak van de loods (€ 5172) en het dak van het woonhuis (€ 65 000). Deze vordering heeft koper primair op dwaling en subsidiair op non-conformiteit gebaseerd.

De rechtbank heeft de vordering van koper integraal toegewezen. Verkoper heeft hoger beroep tegen dit vonnis ingesteld. Het hof heeft de grieven van verkoper die waren gericht tegen de beslissing van de rechtbank omtrent het asbest in het dak van de *loods* verworpen. Koper had er niet bedacht op hoeven te zijn dat *na* ondertekening door hem van de koopakte daarin door verkoper nog iets over asbest in het dak van de loods zou worden toegevoegd. Het betoog van verkoper dat koper is tekortgeschoten in diens onderzoeksplicht doordat hij had behoren op te merken dat de golfplaten op het dak van de loods van asbest waren, verwerpt het hof (in 10.3.3 van het arrest) onder verwijzing naar de zogenoemde 'prioriteitsregel'. Verkoper was immers op de hoogte van het asbest, en dan verzetten de eisen van redelijkheid en billijkheid zich ertegen dat hij met succes kan aanvoeren dat koper onvoldoende onderzoek heeft gedaan. De Hoge Raad heeft de toepasselijkheid van genoemde regel o.a. in het arrest HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 666 (*Offringa*/

Vinck) uitdrukkelijk bevestigd.¹ De rechtbank heeft derhalve terecht geoordeeld dat de kosten van verwijdering van het asbest in het dak van de *loods* (€ 5172) voor rekening van verkoper komen, aldus het hof. Dit oordeel lijkt mij in beginsel juist.²

Het hof is echter, anders dan de rechtbank, van oordeel dat de kosten van verwijdering van het asbest in het dak van het *woonhuis* (€ 65 000) voor risico van koper behoren te komen. Het hof heeft aangenomen dat verkoper zelf *niet* bekend was met het asbest in het dak van het woonhuis. Vaststond dat makelaar E (die in opdracht van verkoper heeft gehandeld) hiervan wel op de hoogte was. Het hof heeft de grieven van verkoper tegen de beslissing van de rechtbank omtrent het asbest in het dak van het *woonhuis* gehonoreerd en het bestreden vonnis (in zoverre) vernietigd. Van de overwegingen die tot deze vernietiging hebben geleid, springen er twee in het oog: ten eerste de overweging van het hof dat de wetenschap van makelaar E *niet* kon worden toegerekend aan verkoper, en ten tweede de overweging dat het geleverde woonhuis wel geschikt is voor 'normaal gebruik' ondanks het feit dat het dak binnen enkele jaren moet worden vervangen. Op deze twee overwegingen ga ik hierna nader in.

Toerekening wetenschap makelaar aan verkoper

De rechtbank had geoordeeld dat de wetenschap van makelaar E (omtrekt het asbest in het dak van het woonhuis) wel aan verkoper moest worden toegerekend omdat makelaar E als diens *vertegenwoordiger* had gehandeld. Het gevolg van deze toerekening is dat de wetenschap van makelaar E had te gelden als wetenschap van verkoper, waardoor hij koper had behoren te informeren over het asbest in het dak van het woonhuis. Nu dat niet was gebeurd, had verkoper een op hem rustende mededelingsplicht geschonden, en kon koper zich volgens de rechtbank dus met succes op dwaling beroepen.

Anders dan de rechtbank komt het hof tot het oordeel dat makelaar E niet als vertegenwoordiger heeft gehandeld. Dit oordeel lijkt me op zichzelf juist. In het arrest HR 26 juni 2009, *NJ* 2010, 664, m.nt. Jac. Hijma (*Wiggers/Makelaardij Sneek*) heeft de Hoge Raad namelijk benadrukt dat een bemiddelingsopdracht aan een makelaar *geen* volmacht behelst, en dat daarmee evenmin de schijn wordt gewekt dat de makelaar als vertegenwoordiger mag optreden. De makelaar treedt volgens de Hoge Raad in de regel op als een *bode* van zijn opdrachtgever, en dus niet als diens (juridische) vertegenwoordiger.³ Het hof heeft dan ook terecht (in 10.4.2 van het arrest) overwogen dat makelaar E niet als vertegenwoordiger kon worden beschouwd omdat een bemiddelingsopdracht zich in beginsel slechts uitstrekt tot het verrichten van feitelijke handelingen. Van toerekening van de wetenschap

van makelaar E aan verkoper krachtens vertegenwoordiging kon derhalve geen sprake zijn.

Vervolgens heeft het hof zich (mijns inziens terecht) over de vraag gebogen of van toerekening van wetenschap buiten vertegenwoordiging sprake kan zijn geweest. Het hof beantwoordt deze vraag ontkennend, daartoe overwegend dat voor toerekening van wetenschap slechts 'in bijzondere omstandigheden' plaats is, en dat dergelijke omstandigheden in de onderhavige zaak niet zijn komen vast te staan. Hij overweegt daarbij (in 10.4.2):

'Het hof wijst er in dit verband op dat partijen zich tijdens de bezichtigingen, (...), vooral met elkaar hebben verstaan over de eigenschappen van het huis en dat E daarbij niet aanwezig was (...). Hieruit blijkt dat, (...), makelaar E slechts een beperkte rol heeft gespeeld bij de totstandkoming van de overeenkomst. Voor toerekening van de wetenschap van E aan A c.s. [= verkoper; toevoeging JD] is dan ook reeds op deze grond geen reden.'

Het hof lijkt vooral van belang te achten dat makelaar E slechts een *beperkte rol* heeft gespeeld bij de totstandkoming van de overeenkomst. Dit lijkt mij inderdaad een relevante omstandigheid. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad valt op te maken dat de vraag of kennis van de ene persoon aan een ander valt toe te rekenen, aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval moet worden beantwoord.⁴ Het komt erop aan of de kennis van de ene persoon (i.c. makelaar E) 'in het maatschappelijk verkeer als kennis van de ander (i.c. verkoper) heeft te gelden'. In dit verband is ook van belang het arrest HR 11 november 2005, *NJ* 2007, 231 (*Ontvanger/V.*), waarin de Hoge Raad heeft overwogen dat terughoudendheid moet worden betracht bij de toerekening van kennis van de ene persoon aan een ander (die deze kennis zelf niet had).

In mijn dissertatie heb ik betoogd dat bij de beantwoording van de vraag of wetenschap van een makelaar aan zijn opdrachtgever moet worden toegerekend, het *gerechtvaardigd vertrouwen* van de wederpartij van doorslaggevende betekenis is.⁵ Toegespitst op de onderhavige zaak: heeft koper erop vertrouwd en mocht hij erop vertrouwen dat makelaar E diens deskundigheid en wetenschap zou aanwenden met het oog op de tot stand te brengen koopovereenkomst? Hierbij speelt het (voor koper 'zichtbare') aandeel van makelaar E in de totstandkoming van de koopovereenkomst een belangrijke rol.

Naar mijn mening heeft het hof dus terecht gewicht toegekend aan de mate van betrokkenheid van makelaar E bij de totstandkoming van de koopovereenkomst. Ik ben het echter niet eens met het oordeel van het hof dat makelaar E daarbij slechts een 'beperkte rol' heeft gespeeld. Mijns inziens heeft hij een aanmerkelijk grotere rol gehad

1. Zie hierover ook J.J. Dammingh, 'Aansprakelijkheid voor gebrek aan onroerende zaak', *Adv.bl.* 2000, p. 216-217.

2. Met dien verstande dat koper een deel van de kosten op grond van de correctie 'nieuw voor oud' mogelijk zelf moet dragen. Zie hierover ook in het vervolg van deze annotatie.

3. *LJN* BH9284. Dit arrest is, met annotatie, ook gepubliceerd in *TvC* 2009-5, p. 211-214.

4. Zie o.a. HR 16 mei 1986, *NJ* 1986, 638 (*Küppers/WUH*) en HR 16 maart 2007, *NJ* 2007, 332 (*Laurus/Vomar*).

5. J.J. Dammingh, *Bemiddeling door de makelaar bij de koop en verkoop van onroerende zaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2002, p. 245-247.

bij het sluiten van de koopovereenkomst. Weliswaar is makelaar E kennelijk niet bij de bezichtigingen door koper aanwezig geweest, maar de onroerende zaak zal wel via zijn kantoor te koop zijn aangeboden. In elk geval was koper ervan op de hoogte dat E als makelaar voor verkoper optrad. Makelaar E, althans zijn kantoor, heeft ook de door partijen te ondertekenen koopakte opge maakt. Hoewel makelaar E *wist* dat zich (ook) in het dak van het woonhuis asbest bevond, heeft hij (althans zijn kantoor) in artikel 10 onder e van de koopakte vermeld dat 'voor zover bekend' geen asbest in het object is verwerkt. Gelet op de bij hem aanwezige wetenschap had makelaar E mijns inziens niet een koopakte met zo'n 'onbekendheidsclausule'⁶ aan partijen ter ondertekening mogen voorleggen. Bovendien had hij niet de door partijen ondertekende koopakte met daarin de door verkoper buiten medeweten van koper 'eenzijdig' toegevoegde passage over asbest in het dak van de loods naar de notaris mogen doorgeleiden zonder hierover eerst koper te informeren. Makelaar E heeft kortom de mogelijkheid gehad om koper op het asbest in het dak van het woonhuis te wijzen *voordat* partijen contractueel aan elkaar werden gebonden.⁷ Koper heeft er in de gegeven omstandigheden ook op mogen vertrouwen dat makelaar E hem deze kennis niet zou onthouden. Aldus had de wetenschap van makelaar E (omtrekt het asbest) mijns inziens *wel* aan verkoper behoren te worden toegerekend. Dit zou hebben meegebracht dat koper zich in beginsel wel met succes op dwaling (en ook op non-conformiteit) had kunnen beroepen; in dat geval zou verkoper immers een op hem rustende mededelingsplicht jegens koper hebben geschonden. Ik ben het dan ook niet eens met het door het hof over de toerekening gevelde oordeel.

In de inleiding merkte ik al op dat koper tevergeefs cassatieberoep tegen het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch heeft ingesteld. De Hoge Raad heeft de cassatieklachten zonder nadere motivering verworpen. Uit de conclusie van A-G Timmerman bij het arrest van de Hoge Raad blijkt dat koper verschillende klachten naar voren heeft gebracht tegen het oordeel van het hof dat de wetenschap van makelaar E niet aan verkoper kon worden toegerekend. Met betrekking tot al deze klachten heeft de A-G evenwel geconcludeerd dat deze niet kunnen slagen, en die conclusie is door de Hoge Raad overgenomen. Over de cassatieklachten zelf beschik ik niet. Uit hetgeen daarover in de conclusie van de A-G is vermeld, valt voor mij niet op te maken of de cassatieklachten een strekking hebben gehad die (in meerdere of mindere mate) overeenkomt met de kritiek die ik hiervoor op het oordeel van het hof over de toerekening heb geuit.

Verhindert asbest een 'normaal gebruik' als woonhuis?

Art. 7:17 BW regelt de zogenoemde 'conformiteit': de verkoper is gehouden om aan de koper een zaak te leveren die beantwoordt aan de koopovereenkomst. Daarvan is sprake als de geleverde zaak de eigenschappen bezit die de koper op grond van de koopovereenkomst mocht verwachten. Ingevolge art. 7:17 lid 2 tweede zin BW mag de koper verwachten dat de geleverde zaak geschikt is voor 'normaal gebruik'. Blijkt de aan de koper geleverde zaak als gevolg van een daaraan klevend 'gebrek' niet geschikt voor normaal gebruik te zijn, dan is er 'non-conformiteit' en daarmee een tekortkoming van de verkoper.⁸ In de onderhavige zaak heeft koper zich op het standpunt gesteld dat het asbest in het dak van het woonhuis het 'normaal gebruik' (als woning) verhinderde. Hoewel dit niet expliciet uit het arrest valt op te maken, lijkt ervan te moeten worden uitgegaan dat het woonhuis al enkele tientallen jaren oud was. De deskundige, Intron BV, was van mening dat de asbesthoudende dakbedekking pas op termijn behoefde te worden vervangen. Zowel de rechtbank als het hof komt tot het oordeel dat het asbest niet aan een normaal gebruik als woonhuis in de weg staat. Het hof heeft (in 10.5.2 van het arrest) overwogen:

'De deskundige heeft aangegeven (...) dat de dakplaten dan ook niet behoeften te worden verwijderd. Vervolgens constateert de deskundige dat de dakplaten op enkele plaatsen verweerd zijn en licht beschadigd hetgeen hem tot het oordeel brengt dat het, met het oog op gezondheidsrisico's, is aan te bevelen de dakplaten op een termijn van 5 à 10 jaar te verwijderen. Het hof is van oordeel dat deze aanbevelingen van de deskundige, mede gelet op zijn oordeel dat de dakbeplating op het moment van de aankoop geen directe gezondheidsrisico's met zich brengt, niet tot de conclusie kunnen leiden dat het woonhuis niet geschikt is voor normaal gebruik. De omstandigheid dat op een termijn van 5 à 10 jaar vervanging van de dakbeplating wenselijk is, maakt dit niet anders.'

In cassatie heeft koper erover geklaagd dat het hof met deze overweging uit het oog heeft verloren dat normaal gebruik van een woning een duurzaam gebruik veronderstelt 'gedurende 20 jaar of meer'. Deze klacht geeft volgens de A-G blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Hij merkt op:

'Het is juist dat tot het normaal gebruik van een woning behoort dat een woning veilig bewoond kan worden en dat deze bewoning ook enig duurzaam karakter moet dragen. Dat dit duurzaam gebruik bij woningen minstens 20 jaar zou moeten zijn is geen rechtsregel. Dat het hof heeft aangenomen dat normaal gebruik van de woning mogelijk is, is gezien de omstandigheden van het geval bovendien niet onbegrijpelijk. (...) Ook met de aanwezige

6. Zie over een 'onbekendheidsclausule': J.J. Dammingh, 'Non-conformiteit en de NVM-koopakte', *TvC* 2009-3, p. 125-126, en de aldaar vermelde literatuur en rechtspraak.

7. Het is gebruikelijk dat de voor de verkoper optredende makelaar in het kader van de uitvoering van zijn bemiddelingsopdracht de door partijen ondertekende koopakte met het oog op de levering doorgeleid naar de notaris. Overigens zal de makelaar, die de zorg van een 'goed opdrachtnemer' moet betrachten, niet zonder voorafgaand overleg met de verkoper als zijn opdrachtgever de koper op het asbest mogen wijzen. Vgl. art. 7:401 BW.

8. Zie hierover o.a. J.J. Dammingh, 'Non-conformiteit en de NVM-koopakte', *TvC* 2009-3, p. 120-121.

dakbeplating kan de woning in beginsel veilig worden bewoond. Dat de deskundige heeft geoordeeld dat vervanging van de dakbeplating binnen 5 à 10 jaar noodzakelijk is, staat in dit geval ook niet aan het normaal gebruik van de woning in de weg. Die periode is mijns inziens voldoende om aan het gebruik een duurzaam karakter te kunnen toeschrijven.⁹

Volgens de A-G is de geleverde woning dus geschikt voor normaal gebruik indien deze veilig kan worden bewoond en de bewoning 'enig duurzaam karakter' heeft. Men kan erover van mening verschillen wanneer aan die eis van 'duurzaamheid' is voldaan. Mij lijkt daarbij (in een concreet geval) beslissend hetgeen de koper op grond van de koopovereenkomst van *deze* woning mocht verwachten. Wanneer het gaat om een enkele tientallen jaren oud woonhuis, zoals in de onderhavige zaak, zal de koper in beginsel niet mogen verwachten dat dit woonhuis gedurende (nog) ten minste 20 jaar 'probleemloos' kan worden bewoond. In zoverre onderschrijf ik de conclusie van de A-G dat de cassatieklacht van koper niet kan slagen.

Een ander standpunt over wat onder 'normaal gebruik' als woonhuis moet worden verstaan dan de A-G in zijn conclusie inneemt, lijkt me echter mogelijk. De A-G gaat ervan uit dat aan de eis van 'normaal gebruik' is voldaan indien de geleverde zaak geschikt is voor veilige bewoning. Men zou het begrip 'normaal gebruik' echter ook *ruimer* kunnen opvatten. Ik wijs in dit verband op een lijn in de rechtspraak van de Rechtbank Zwolle. Volgens deze rechtbank valt onder het begrip 'normaal gebruik' ook een 'normaal te achten verbouwing' (in de toekomst): de koper moet, als nieuwe eigenaar, een dakkapel kunnen (laten) plaatsen, een badkamer (laten) vernieuwen of een kamer of serre kunnen (laten) aanbouwen. Voor zover dergelijke 'normaal te achten verbouwingen' door de aanwezigheid van asbest worden verhinderd, levert dat asbest een gebrek op dat het normaal gebruik belemmert (waardoor sprake is van non-conformiteit). Ik wijs ter illustratie op een uitspraak van de Rechtbank Zwolle van 17 november 2004 (*LJN AS3644*), waarin de rechtbank overweegt:

'Ook al zou het zo zijn dat de aanwezigheid van asbest in eternietplaten niet schadelijk is zolang die platen niet op enigerlei wijze worden bewerkt of verspaand, naar het oordeel van de rechtbank staat de enkele aanwezigheid van eternietplaten in beginsel in de weg aan normaal gebruik van de woning. Er dient in beginsel rekening mee te worden gehouden dat de nieuwe eigenaar op kortere of langere termijn werkzaamheden zal willen (laten) uitvoeren die het vrijkomen van schadelijke asbestvezels tot

gevolg hebben en nopen tot verwijdering van de eternietplaten. Dat is alleen anders wanneer de platen zich op een zodanige plaats in de woning bevinden dat uiterst onwaarschijnlijk is dat de nieuwe eigenaar daar (op termijn) werkzaamheden zal (laten) uitvoeren.'

Uit deze overweging blijkt dat de rechtbank ervan uitgaat dat 'normaal gebruik' méér omvat dan (alleen) veilige bewoning. Toegespitst op de onderhavige zaak zou deze ruimere opvatting meebrengen dat het asbest wél aan een 'normaal gebruik' (als woning) in de weg staat: hierdoor kan koper immers niet zonder gezondheidsrisico's een dakkapel (laten) plaatsen. Volgens deze ruimere opvatting, die ik verdedigbaar vind, zou dan dus wel sprake zijn van non-conformiteit (en ook van dwaling), waardoor koper de kosten van verwijdering van het asbest in het dak van het woonhuis met succes op verkoper kan verhalen. Uit het rapport van Intron BV bleek dat met de vervanging van de asbesthoudende dakbedekking € 65 000 is gemoeid. Indien non-conformiteit wordt aangenomen, zou verkoper mijns inziens wel met succes het verweer kunnen voeren dat een deel van de kosten voor rekening van koper behoort te blijven. Koper mocht immers op grond van de koopovereenkomst (in samenhang met art. 7:17 lid 2 BW) verwachten dat het dak geschikt voor 'normaal gebruik' zou zijn (en dus geen asbest zou bevatten). Hij mocht echter geen nieuwe dakbedekking verwachten, nu het woonhuis (al) enkele tientallen jaren oud was. Hoewel eigenlijk slechts de *extra* kosten die gemoeid zijn met de verwijdering van de asbesthoudende dakplaten voor rekening van verkoper komen, zal er in feite een *correctie 'nieuw voor oud'* plaatsvinden. Deze correctie leidt ertoe dat koper een deel van de kosten die gemoeid zijn met de vervanging van de asbesthoudende dakplaten door een nieuwe dakbedekking, zelf behoort te dragen.¹⁰

Tot besluit

Uit deze annotatie blijkt dat het hof in de onderhavige zaak tot een ander oordeel had kunnen c.q. moeten komen. Er was mijns inziens wel reden om de wetenschap van makelaar E (omtrekt het asbest in het dak van het woonhuis) aan verkoper toe te rekenen. En verdedigbaar lijkt me dat het asbest in het dak van het woonhuis, anders dan het hof heeft geoordeeld, het 'normaal gebruik' als woning wel verhinderde. Niettemin is het arrest van het hof in cassatie door de Hoge Raad in stand gelaten, hetgeen mogelijk ook met de inhoud van de cassatieklachten te maken heeft gehad.

Mr. J.J. Dammingh

9. De conclusie van A-G Timmerman is te vinden in *RvdW* 2011, 853.

10. Zie ook J.J. Dammingh, 'Non-conformiteit en de NVM-koopakte', *TvC* 2009-3, p. 122.