

# De risicoverdeling tussen partijen bij de koop van een woning

*Bij de koop van een woning wordt vaak gebruik gemaakt van een modelakte zoals de zogenoemde ‘Modelkoopakte’ of het ‘KNB-model’. In deze bijdrage wordt de risicoverdeling tussen koper en verkoper volgens de wettelijke regeling en volgens deze modelcontracten besproken voor zover het de conformiteit betreft.*

## 1. Inleiding

Het komt in de praktijk meer dan eens voor dat de koper van een woning *na* de (notariële) levering ontdekt dat het normaal gebruik van de gekochte woning door een ‘gebrek’ wordt verhinderd. De dakconstructie is verrot, de bodem is verontreinigd, er is asbest in het pand verwerkt of de fundering is ondeugdelijk.

De koper vindt dat hij in dat geval ‘een kat in de zak’ heeft gekocht: hij heeft te veel voor de gekochte woning betaald nu deze – door het gebrek – niet voor normaal gebruik geschikt blijkt te zijn. De koopprijs was immers gebaseerd op een voor normaal gebruik geschikte woning. Als gevolg van het gebrek lijdt de koper *schade*: met het herstel van het gebrek zijn kosten gemoeid, en daarnaast kan sprake zijn van aanvullende schade. Denk bijvoorbeeld aan de kosten van het inschakelen van een deskundige (voor onderzoek naar aard en oorzaak van het gebrek), of aan de kosten van een verblijf elders doordat de koper de woning vanwege herstelwerkzaamheden enige tijd niet kan bewonen.

De koper zal zich op het standpunt stellen dat de verkoper aansprakelijk is voor de schade die hij lijdt als gevolg van het gebrek aan de gekochte woning. De verkoper zal nogal eens aansprakelijkheid van de hand wijzen, bijvoorbeeld met het argument dat hij zelf ook niet van het gebrek heeft geweten (waardoor hem geen verwijt treft). Een gang naar de rechter is dan vaak onvermijdelijk.

Bij de beoordeling – door de rechter – of de verkoper aansprakelijk is voor de door de koper geleden schade, gaat het er in de kern om wie het *risico* van het gebrek draagt. Daarbij moet – in beginsel – naar art. 7:17 BW worden gekeken, dat aan de verkoper een *conformiteitsverplichting* oplegt: de door hem te leveren zaak dient de eigenschappen te bezitten die de koper op grond van de koopovereenkomst mocht verwachten. Volgens art. 7:17 *lid* 2 BW mag de koper verwachten dat de aan hem geleverde zaak de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn *en* waarvan hij de aanwezigheid ‘niet behoefde te betwijfelen’. Twee aspecten zijn dus relevant: de eigenschappen voor een normaal gebruik en de *onderzoeksplicht* van de koper.<sup>1</sup> Blijkt aan de geleverde zaak een (feite-



Mr. J.J. Dammingh\*

lijk) gebrek te kleven dat het normaal gebruik ervan verhindert, dan is sprake van *non-conformiteit*, *tenzij* de koper – in verband met zijn onderzoeksplicht – dit gebrek bij het aangaan van de koop (al) had behoren te ontdekken.<sup>2</sup>

Art. 7:17 BW kan als een wettelijke *risicoregeling*<sup>3</sup> worden beschouwd: in ieder concreet geval wordt met inachtneming van enerzijds de voor een normaal gebruik benodigde eigenschappen en anderzijds het van de koper te vergen onderzoek bepaald wie van partijen het *risico* van het gebrek draagt. Is dat de verkoper, dan is sprake van

\* Universitair hoofddocent burgerlijk (proces)recht Radboud Universiteit Nijmegen. (jaap.dammingh@ru.nl)

1. Zie ook art. 7:17 *lid* 5 BW (hoewel deze bepaling op zich niet een onderzoeksplicht aan de koper oplegt). Zie daarover ook: *MvT II* 2000-2001, 27 809, nr. 3, p. 18.
2. Zie over art. 7:17 BW o.m.: *Asser/Hijma 7-I* 2019/482 – 520; A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, Wolters Kluwer Deventer 2018, par. 3.17; en H.W. Heyman en S.E. Bartels, *Vastgoedtransacties – Koop*, Boom Juridische Uitgevers Den Haag 2021, tweede druk (ISBN 978-94-6290-858-1), Hoofdstuk 7 (hierna kortheidshalve: ‘*Heyman/Bartels 2021*, nr. (...)’).
3. J.J. Dammingh, ‘Een kritische blik op de (vernieuwde) NVM-koopakte’, *WPNR* 7044 (2014), p. 1.221 – 1.233 (hierna: ‘*Dammingh WPNR 7044 (2014)*, p. (...)’); en: J.J. Dammingh, ‘De recente wijzigingen van de NVM-koopakte (Modelkoopakte)’, *WPNR* 7219 (2018), p. 979 – 990 (hierna: ‘*Dammingh WPNR 7219 (2018)*, p. (...)’).

non-conformiteit en daarmee van een tekortkoming (van hem). Draagt de koper echter het risico – doordat hij het gebrek had moeten ontdekken – dan is ‘gewoon’ sprake van *conformiteit*.

Bij de beoordeling wie het risico draagt, moet – zoals hiervoor opgemerkt – ‘in beginsel’ naar art. 7:17 BW worden gekeken; dit omdat art. 17 van *regelend recht* is. Het staat partijen dus vrij om in het koopcontract een andere risicoverdeling af te spreken. In de praktijk wordt bij de koop van een woning vaak gebruik gemaakt van de zogenoemde ‘NVM-koopakte’. Ik wees daar al op in mijn bijdrage in WPNR 7219 uit 2018.<sup>4</sup> Deze akte betreft een *model* voor het door verkoper en koper te ondertekenen koopcontract. Het is ontworpen door de NVM (in samenspraak met de Consumentenbond en de Vereniging Eigen Huis). Sinds een aantal jaar wordt het echter ook gebruikt door (verkopende) makelaars die bij andere makelaarsverenigingen – Vastgoed-PRO en VBO Makelaar<sup>5</sup> – zijn aangesloten. In het model wordt daarom niet meer gesproken van ‘NVM-koopakte’, maar van ‘model koopovereenkomst voor een bestaande eengezinswoning’ (hierna: ‘*Modelkoopakte*’).<sup>6</sup>

Voor het sluiten van een koopovereenkomst is het niet noodzakelijk om een notaris in te schakelen. Zijn medewerking is pas nodig zodra – ter uitvoering van de koop – de leveringsakte zoals bedoeld in art. 3:89 BW wordt gepasseerd. In Amsterdam is het echter – anders dan elders in Nederland – gebruikelijk om de notaris reeds te betrekken bij het opstellen en het ondertekenen van de koopakte. Hierbij wordt vaak gebruik gemaakt van een modelkoopakte die is opgesteld door de Ring Amsterdam van de KNB (hierna: ‘*KNB-model*’).

Voor zowel de Modelkoopakte als het KNB-model geldt dat het model eens in de zoveel jaar wordt aangepast voor zover ontwikkelingen in wetgeving, rechtspraak en/of literatuur daartoe openen. De laatste (wezenlijke) aanpassing van de Modelkoopakte dateert van 2018 (ik schreef daarover in mijn bijdrage in WPNR 7219 uit 2018).<sup>7</sup> Het KNB-model is begin 2021 geactualiseerd. Ik ga hierna uit van deze versies.

Hoe is de *risicoverdeling* tussen koper en verkoper in de Modelkoopakte en het KNB-model geregeld voor zover het de ‘conformiteit’ betreft? Dat werk ik hierna uit aan de hand van twee concrete voorbeelden: ten eerste het geval dat de geleverde woning een gebrekkige dakconstructie blijkt te hebben, en ten tweede het geval dat in de geleverde woning *asbest* blijkt te zijn verwerkt. Ik bespreek voor beide gevallen wat rechtens is wanneer a) de wettelijke regeling geldt,

b) de *Modelkoopakte* is gebruikt en c) van het *KNB-model* gebruik is gemaakt.

## 2. De risicoverdeling bij een feitelijk gebrek

Het kan gebeuren dat de koper van een woning na de notariële levering ontdekt dat de dakconstructie gebrekkig is en aan het normaal gebruik van het gekochte pand in de weg staat. Ik geef het volgende *voorbeeld*.

**Voorbeeld 1:** In juni 2021 verkoopt V een woning (bouwjaar 2001) voor een prijs van € 650.000 aan koper K. De (notariële) levering vindt plaats op 1 augustus 2021. In september 2021 blijkt – bij zware regenval – dat de dakconstructie gebrekkig is. Deskundig onderzoek leert dat de dakconstructie moet worden vernieuwd. De kosten van vernieuwing zijn € 40.000. K heeft ook aanvullende schade ad in totaal € 5.000 (o.m. in verband met het inschakelen van een deskundige).

Koper K is van mening dat verkoper V gehouden is om zowel de kosten van vernieuwing van de dakconstructie als de aanvullende schade aan hem te vergoeden. V stelt zich daarentegen op het standpunt dat K (zelf) het risico draagt van het gebrek en dus noch kosten, noch (aanvullende) schade op hem kan verhalen. Wie heeft gelijk?

### Ad a: de wettelijke regeling

Koper K heeft een schade van in totaal € 45.000: € 40.000 aangaande de vernieuwing van het dak en € 5.000 aanvullende schade. Kan hij voor deze schade V met succes aansprakelijk stellen wanneer de wettelijke regeling van toepassing is?

4. Dammingh WPNR 7219 (2018), p. 979.

5. VastgoedPRO bestaat sinds 2009 en is ontstaan uit een fusie tussen de Landelijke Makelaars Vereniging LMV en Register van Vastgoed Taxateurs RVT. VBO Makelaar is de Vereniging voor makelaars en taxateurs VBO Makelaar.

6. Er is ook een ‘NVM-koopakte voor bedrijfs-onroerend goed’ (‘NVM-koopakte BOG’). De NVM-koopakte BOG is sinds de laatste aanpassing – in 2019 – (vrijwel) identiek aan de Modelkoopakte. Zie hierover ook: J.J. Dammingh, ‘Het gebruik van een modelcontract bij de verhuur en de verkoop van bedrijfsruimte en de publiekrechtelijke bestemming’, ORP 2020, nr. 3, p. 22 – 25.

7. Dammingh WPNR 7219 (2018), p. 979 – 990.

De rechtsgrond voor schadevergoeding in de contractuele relatie tussen K en V zal art. 6:74 BW (moeten) zijn. Art. 6:74 BW vereist een *tekortkoming* die aan V – als verkoper – kan worden *toegerekend*. Is er een tekortkoming van V? Dat moet aan de hand van art. 7:17 BW worden vastgesteld. Ik merkte in de inleiding al op dat hierbij twee aspecten relevant zijn: de eigenschappen voor een normaal gebruik en de op K – als koper – rustende onderzoeksplicht. De gebrekkige dakconstructie verhindert het normaal gebruik (als woning). Aannemend dat K geen (concrete) aanwijzing had dat er iets mis zou kunnen zijn met het dak, betekent dit dat *non-conformiteit* – en daarmee een tekortkoming van V – kan worden aangenomen. V draagt dus, op grond van art. 7:17 BW, het *risico* van het (feitelijke) gebrek.

Met die tekortkoming wordt echter nog geen aansprakelijkheid (van V) gevestigd. Art. 6:74 *lid 1* BW eist daarvoor namelijk dat de tekortkoming aan V – als schuldenaar – kan worden toegerekend.<sup>8</sup> Hierbij moet naar art. 6:75 BW worden gekeken. Dit artikel noemt als toerekeningsfactoren *a)* schuld, *b)* de wet, *c)* rechtshandeling en *d)* de verkeersopvattingen. Toerekening krachtens *schuld* is aan de orde wanneer V een verwijt valt te maken (bijvoorbeeld omdat hij zelf verantwoordelijk is voor het ontstaan van het gebrek *of* omdat hij een mededelingsplicht<sup>9</sup> schond). Toerekening krachtens de *wet* speelt bij non-conformiteit geen rol omdat er geen wettelijke bepaling is die toerekening ervan meebrengt.

Toerekening krachtens *rechtshandeling* zou aan de orde zijn wanneer V een contractuele *garantie* zou hebben verstrekt (inhoudend dat het pand geschikt is voor bewoning).

In geval van zo'n garantie is er niet alleen non-conformiteit doordat de gebrekkige dakconstructie het normaal gebruik belemmert, maar ook toerekenbaarheid en daarmee wanprestatie.<sup>10</sup> Lang niet altijd is echter duidelijk *of* het koopcontract een garantie bevat. Dit zal door middel van *uitleg* – met inachtneming van de bekende '*Haviltex*'-maatstaf<sup>11</sup> – moeten worden vastgesteld.<sup>12</sup>

*Stel*: verkoper V treft geen verwijt en het koopcontract bevat geen garantie. Kan in dat geval de non-conformiteit krachtens de *verkeersopvattingen* aan V worden toegerekend? Dat is onzeker. In het arrest *Oerlemans/Driessen* uit 2001<sup>13</sup> overwoog de Hoge Raad dat non-conformiteit bij de verkoop van een *industriële vervaardigd product* in beginsel krachtens de verkeersopvattingen aan de verkoper wordt toegerekend.<sup>14</sup>

Niet vaststaat dat deze (in 2001) door de Hoge Raad geformuleerde regel *ook* geldt bij de ver-

koop van een woning. Hijma meent van wel<sup>15</sup>, maar Heyman en Bartels denken daar anders over. Volgens hen brengen de verkeersopvattingen *niet* mee dat de verkoper – buiten schuld – aansprakelijk is voor de schade die de koper van een onroerende zaak als gevolg van non-conformiteit lijdt.<sup>16</sup>

Ik deel de visie van Heyman en Bartels: treft de verkoper geen verwijt en gaf hij ook geen garantie, dan brengen de verkeersopvattingen mijns inziens *niet* mee dat non-conformiteit aan de verkoper wordt toegerekend (bij de verkoop van een woning of bedrijfspand).<sup>17</sup>

Zou geen aansprakelijkheid van verkoper V worden gevestigd, dan kan K nog wel in verband met de *non-conformiteit* een vordering tegen V instellen. Zo kan hij op grond van art. 7:21 lid 1 *sub b*

8. Uit het woord '*tenzij*' in art. 6:74 *lid 1* BW volgt dat de verkoper – als schuldenaar – dient te stellen en (zo nodig) te bewijzen dat de non-conformiteit (als tekortkoming) *niet* aan hem kan worden toegerekend. Zie hierover o.m.: W.L. Valk, 'Stellen en bewijzen in gevallen van dwaling en non-conformiteit (I) en (II)', *WPNR* 6867 (2010), p. 910 – 916 en *WPNR* 6868 (2010), p. 949 – 957.
9. Zie over de *mededelingsplicht* van de verkoper (c.q. de verhuurder) o.m.: J.J. Dammingh, 'Wanneer rust op een verhuurder (of verkoper) een mededelingsplicht?', *ORP* 2016, nr. 3, p. 30 – 35; *Heyman/Bartels 2021*, nrs. 326 – 336; J.J. Dammingh, 'Non-conformiteit en het *Tennispark-arrest*', *TvC* 2021, nr. 3, p. 159 (hierna: '*Dammingh TvC 2021*, p. (...)'); en J.J. Dammingh, 'Klassiekers: *Offringa/Vinck*: de verhouding tussen mededelings- en onderzoeksplicht', *ORP* 2021, nr. 5, p. 25 (hierna: '*Dammingh ORP 2021*, p. (...)').
10. Zie hierover o.m.: *Dammingh WPNR 7044 (2014)*, p. 1.225; *Dammingh WPNR 7219 (2018)*, p. 980; *Dammingh TvC 2021*, p. 157 – 158 en 161; en *Dammingh ORP 2021*, p. 29.
11. HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635 (*Haviltex*) (*ECLI:NL:HR:1981:AG4158*). Zie over deze maatstaf o.m.: R.P.J.L. Tjittes, *Uitleg van schriftelijke contracten*, Ars Aequi Libri, Nijmegen 2009.
12. In het arrest van de Hoge Raad van 13 december 2019 (*Valerbosch*) (*ECLI:NL:HR:2019:1940*) was o.m. de vraag aan de orde of het koopcontract (aangaande de verkoop van een onroerende zaak) een *garantie* behelsde. Zie over dit arrest o.m.: M.S. Breeman, 'Voorshands taalkundig uitleggen van contracten. Onderdeel van de gereedschapskist of de grabbelton van de rechter?', *ORP* 2020, nr. 7, p. 9 – 15; en J.J. Dammingh, 'Uitleg van contracten en het arrest *Valerbosch* – Reactie', *ORP* 2020, nr. 8, p. 16 – 20.
13. Hoge Raad 27 april 2001, *NJ* 2002/213 (*ECLI:NL:HR:2001:AB1338*).
14. Zie 3.6 van Hoge Raad 27 april 2001, *NJ* 2002/213 (*Oerlemans/Driessen*) (*ECLI:NL:HR:2001:AB1338*).
15. *Asser/Hijma 7-I 2019/599*.
16. *Heyman/Bartels 2021*, nr. 338.
17. Zie ook: *Dammingh TvC 2021*, p. 158.

(juncto art. 7:17) BW *herstel* van het gebrekkige dak – voor rekening van V – vorderen. K kan ook een deel van de koopprijs van V terugvorderen. Hij kreeg voor de door hem betaalde prijs ad € 650.000 immers niet het pand dat hij mocht verwachten. K heeft er mitsdien te veel voor betaald. Er behoort een *correctie* plaats te vinden, zodat het evenwicht tussen de over en weer verrichte prestaties wordt hersteld. Dat kan door middel van partiële ontbinding (ex art. 6:265, 6:270 en 6:271 BW) of via een beroep op dwaling (ex art. 6:228 juncto art. 6:230 lid 2 BW).<sup>18</sup>

Het ligt overigens *niet* voor de hand dat K de volledige kosten van vernieuwing van het dak met succes op V kan verhalen. Het ging immers om de koop van een woning uit 2001. K mocht (redelijkerwijs) wel verwachten dat het – twintig jaar oude – dak voor normaal gebruik geschikt zou zijn, maar niet dat hij een woning met een nieuw dak zou krijgen. Uit het wettelijke stelsel, althans de eisen van redelijkheid en billijkheid, volgt dat er een correctie ‘*nieuw voor oud*’ behoort plaats te vinden. Bij de berekening van die correctie wordt rekening gehouden met enerzijds de (totale) kosten van vernieuwing en anderzijds de levensduur. *Stel*: de dakconstructie heeft een levensduur van veertig jaar. Dan mocht K op grond van de koopovereenkomst verwachten dat het dak nog gedurende twintig jaar normaal bruikbaar zou zijn. De correctie zal dan inhouden dat K de helft van de kosten van vernieuwing – € 20.000 dus – op één van voormelde rechtsgronden op V kan verhalen.

In geval van niet-toerekenbaarheid van de non-conformiteit zal K zijn aanvullende schade (ad € 5.000) *niet* met succes op V kunnen verhalen. Daarvoor geldt dan het in ons aansprakelijkheidsrecht geldende uitgangspunt dat eenieder in beginsel zijn eigen schade draagt (*tenzij* de wet een grondslag voor verhaal van die schade op een ander biedt).

#### Ad b: de Modelkoopakte

Kan K verkoper V met succes aansprakelijk stellen wanneer partijen bij het sluiten van de koop gebruik hebben gemaakt van de *Modelkoopakte* (versie 2018)?

Artikel 6 van de Modelkoopakte bevat – in 6.1 en 6.3 – een contractuele *risicoregeling* waarmee de wettelijke regeling van art. 7:17 BW terzijde is gesteld. In artikel 6.1 wordt het risico van alle gebreken in beginsel bij de koper gelegd. In artikel 6.3 wordt daar echter een belangrijke *uitzondering* op gemaakt. In de versie van 2014 stond in art. 6.3 (slechts):

*“6.3 De onroerende zaak zal bij de eigendoms-overdracht de feitelijke eigenschappen bezitten*

*die nodig zijn voor een normaal gebruik als: (...)<sup>19</sup>. (...)*

*Verkoper staat niet in voor andere eigenschappen dan die voor een normaal gebruik nodig zijn. Gebreken die het normale gebruik belemmeren en die aan koper bekend of kenbaar zijn op het moment van het tot stand komen van deze koopovereenkomst komen voor rekening en risico van koper.”*

Uit art. 6.3 volgt dat de verkoper – i.c. V – het *risico* draagt van de gebreken die het normaal gebruik (als woning) verhinderen (*tenzij* het een voor de koper ‘kenbaar gebrek’ betreft). Vóór 2017 waren rechtspraak en literatuur verdeeld over (het antwoord op) de vraag of art. 6.3 als een *garantie* moest worden gekwalificeerd. Ik besprak dit in mijn bijdrage in WPNR 7219.<sup>20</sup> De sinds 2017 geldende Modelkoopakte heeft echter een einde aan die verdeeldheid c.q. onduidelijkheid gemaakt. Bij het actualiseren van het model in 2017 is aan art. 6.3 namelijk de volgende tekst toegevoegd:

*“Voor gebreken die het normale gebruik belemmeren en die niet aan koper bekend of kenbaar waren op het moment van het tot stand komen van deze koopovereenkomst is verkoper uitsluitend aansprakelijk voor de herstelkosten. Bij het vaststellen van de herstelkosten wordt rekening gehouden met de aftrek ‘nieuw voor oud’. Verkoper is niet aansprakelijk voor overige (aanvullende) schade, tenzij verkoper een verwijt treft.”<sup>21</sup>*

Het aldus aangevulde art. 6.3 maakt duidelijk dat van een garantie geen sprake is: de verkoper draagt wel de kosten die gemoeid zijn met het herstel van het gebrek dat het normaal gebruik verhindert, maar hij is in beginsel niet aansprakelijk voor de aanvullende schade.

18. Zie ook: J.J. Dammingh, ‘Vernietiging en contractuele garanties’, *ORP* 2014, nr. 2, p. 25 – 27; en *Dammingh TrC 2021*, p. 158 en 161. Zie over partiële ontbinding ook: Jac. Hijma, ‘Koopprijsvermindering’, *WPNR* 7202 (2018), p. 566 – 574.

19. Normaliter vullen partijen aan het einde van de zin in: ‘woonhuis’.

20. *Dammingh WPNR 7219 (2018)*, p. 980 – 982.

21. De artikelen 6.1 en 6.3 zijn bij de aanpassing in 2018 niet gewijzigd.



Toegesplitst op *Voorbeeld 1* betekent dit dat K wel de helft van de kosten van vernieuwing – € 20.000 dus – op V kan verhalen, maar niet ook zijn aanvullende schade (*tenzij* hij aantoont dat V een verwijt treft, bijvoorbeeld doordat hij bekend was met het gebrek maar dat heeft verzwegen). De risicoverdeling zoals vervat in de artikelen 6.1 en 6.3 leidt in dit voorbeeld dus tot dezelfde uitkomst als de wettelijke regeling (van art. 7:17 en art. 6:74 BW).

#### Ad c: het KNB-model

*Stel:* in *Voorbeeld 1* is bij het sluiten van de koop gebruik gemaakt van het *KNB-model* (versie 2021). Kan K in dat geval verkoper V met succes voor zijn schade aansprakelijk stellen?

Het KNB-model bevat enerzijds ‘Bijzondere Bepalingen’ en anderzijds ‘Algemene Bepalingen’. De Bijzondere Bepalingen bevatten nogal wat *keuzemogelijkheden*. Dat hangt samen met de betrokkenheid van de notaris bij het opstellen van het koopcontract: het is de bedoeling dat hij partijen over die mogelijkheden informeert en de door hen gemaakte keuzes in het te ondertekenen koopcontract vastlegt. Zo kan bijvoorbeeld, afhankelijk van de aan de orde zijnde omstandigheden, worden gekozen voor een koopprijs verhoogd met BTW of een koopprijs waarbij BTW niet aan de orde is.

De enige bepaling in het KNB-model die iets zegt over de feitelijke staat van (af)levering van de verkochte zaak, is art. I.6 van de Algemene Bepalingen (AB). Art. I.6 AB luidt als volgt:

*“De aflevering (feitelijke levering) van het Verkochte alsmede van de eventueel meeverkochte roerende zaken vindt plaats bij het ondertekenen van de Leveringsakte, in de feitelijke staat waarin het Verkochte en/of de roerende zaken zich dan bevinden, met dien verstande dat deze staat, anders dan door toedoen van Koper, niet minder mag zijn dan de staat waarin het Verkochte en de eventueel meeverkochte roerende zaken zich heden bevinden, behoudens normale slijtage.  
Tot de aflevering dient Verkoper als een zorgvuldig schuldenaar voor het Verkochte en de eventueel meeverkochte roerende zaken te zorgen.”*

Welke (rechts)gevolgen heeft art. I.6 AB voor de risicoverdeling tussen partijen? Dit moet door middel van *uitleg* worden vastgesteld. In dit kader wordt de bekende ‘*Haviltex*’-maatstaf<sup>22</sup> toegepast, die erop neerkomt dat de rechter probeert om de (gezamenlijke) bedoeling van partijen te achterhalen. Daarbij is niet de tekst van het (schriftelijke) contract beslissend, maar

‘de zin die die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bepalingen uit het contract mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten’.<sup>23</sup>

Echter: is bij het sluiten van het contract van een *model* gebruik gemaakt, dan zal een (gezamenlijke) ‘partijbedoeling’ nogal eens ontbreken omdat partijen de bepalingen uit het model vaak niet – specifiek – met elkaar zullen hebben besproken. Dat zal bij art. I.6 AB ook zo zijn: de notaris zal de Algemene Bepalingen van het KNB-model – anders dan de Bijzondere Bepalingen – meestal niet met partijen hebben doorgenomen.

Uit de rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat bij de uitleg van bepalingen in een *model*contract met name objectieve gezichtspunten – zoals de taalkundige betekenis van de gebruikte bewoordingen – gewicht in de schaal leggen.<sup>24</sup> Dit betekent dat (ook) bij de uitleg van art. I.6 AB vooral moet worden gekeken naar de taalkundige betekenis van de tekst van art. I.6.<sup>25</sup>

Heyman en Bartels menen dat art. I.6 AB als een *exoneratie* ten gunste van de verkoper moet worden beschouwd: volgens hen draagt de koper het *risico* van (feitelijke) gebreken.<sup>26</sup> Ik zie dat anders. Uit de tekst van art. I.6 AB valt niet – onomwonden – op te maken dat de koper het risico

22. HR 13 maart 1981, NJ 1981/635 (*Haviltex*) (ECLI:NL:HR:1981:AG4158). Zie over deze maatstaf o.m.: R.P.J.L. Tjittes, *Uitleg van schriftelijke contracten*, Ars Aequi Libri, Nijmegen 2009.

23. Zie o.m. HR 5 april 2013, NJ 2013/214 (*Lundiform/Mexx*) (ECLI:NL:HR:2013:BY8101).

24. Zie (o.m.): Hoge Raad 23 december 2005, NJ 2010/62 (*De Rooij/Van Olphen*) (ECLI:NL:HR:2005:AU2414). Zie ook: R.P.J.L. Tjittes, *Uitleg van schriftelijke contracten*, Ars Aequi Libri, Nijmegen 2009, p. 20; Asser/Sieburgh 6-III 2018/375; Dammingh WPNR 7044 (2014), p. 1.223-1.224; C.E. Drion, ‘Memorandum uitlegjurisprudentie van de Hoge Raad’, *ORP* 2016, afl. 4, p. 37; en F.J. de Vries en Th.C.M. Willemse, ‘Non-conformiteit bij de koop van woonboerderijen’, *TvAR* 2018, afl. 6, p. 272.

25. Zie over de uitleg van een beding in een koopcontract ook het arrest van de Hoge Raad van 13 december 2019 (*Valerbosch*) (ECLI:NL:HR:2019:1940). Zie over dit arrest o.m.: M.S. Breeman, ‘Voorshands taalkundig uitleggen van contracten. Onderdeel van de gereedschapskist of de grabbelton van de rechter?’, *ORP* 2020, nr. 7, p. 9 – 15; en J.J. Dammingh, ‘Uitleg van contracten en het arrest *Valerbosch* – Reactie’, *ORP* 2020, nr. 8, p. 16 – 20.

26. *Heyman/Bartels* 2021, nr. 356.

van (verborgen) gebreken draagt. Die tekst houdt in dat de verkoper de verkochte zaak bij de (notariële) levering aan de koper zal afleveren in de staat waarin deze zich ten tijde van de koop bevond. Dit betekent (slechts) dat de verkoper niets aan die staat mag veranderen tussen de koop en de levering.

Toegesplitst op *Voorbeeld 1*: V moet de verkochte woning op 1 augustus 2021 aan K leveren in de feitelijke staat waarin de woning zich in juni 2021 (bij het sluiten van de koop) bevond. Was de woning in juni 2021 dus (bijvoorbeeld) van twee regenpijpen voorzien, dan staat art. I.6 AB het niet toe dat bij de levering op 1 augustus 2021 één van die regenpijpen (door V) is verwijderd.

Uit (de tekst van) art. I.6 AB valt evenwel expliciet noch impliciet af te leiden dat K het risico draagt van de gebrekkige dakconstructie (die het normaal gebruik verhindert). Mijns inziens behelst art. I.6 AB geen *risicoverdeling* ter zake van bij de koop reeds aanwezige (verborgen) gebreken. Het legt ‘slechts’ de verplichting aan de verkoper op om een zaak aan de koper leveren die in dezelfde (feitelijke) staat als ten tijde van de koop verkeert.

Ik meen – anders dan Heyman en Bartels – dat het KNB-model geen regeling bevat die afwijkt van de wettelijke regeling voor zover het (feitelijke) gebreken betreft. Dit betekent dat ‘gewoon’ art. 7:17 BW moet worden toegepast. Is in *Voorbeeld 1* van het KNB-model gebruik gemaakt, dan brengt art. 7:17 BW mee dat V het *risico* van de gebrekkige dakconstructie draagt (aannemend dat K niet onvoldoende onderzoek deed). Bij het bepalen van de omvang van de door V te dragen herstelkosten dient wel een correctie ‘*nieuw voor oud*’ te worden toegepast. K zal zijn aanvullende schade in beginsel niet op V kunnen verhalen, ervan uitgaand dat de non-conformiteit niet aan V valt toe te rekenen (ex art. 6:75 BW).

### 3. De risicoverdeling bij asbest

Wie draagt het risico van in de verkochte zaak verwerkt *asbest*? Het is algemeen bekend dat asbest grote risico’s voor zowel de gezondheid van de mens als het milieu herbergt. Vandaar dat het sinds 1993 wettelijk verboden is om asbesthoudende materialen in gebouwen te verwerken.<sup>27</sup> Vooral niet-hechtgebonden asbest – zoals spuitasbest – is zeer gevaarlijk. *Stel*: in de aan de koper geleverde zaak blijkt spuitasbest te zijn verwerkt. Ik geef het volgende *voorbeeld*.

**Voorbeeld 2:** In juni 2021 verkoopt V een woning (bouwjaar 1971) voor een prijs van € 650.000 aan koper K. De (notariële) levering vindt op 1 augustus 2021 plaats. In september 2021 blijkt

dat in het pand *spuitasbest* is verwerkt. Asbestsanering is noodzakelijk. De kosten van sanering zijn € 40.000. K heeft ook aanvullende schade.

Koper K is van mening dat verkoper V gehouden is om zowel de kosten van sanering als de aanvullende schade aan hem te vergoeden. V meent dat K zijn kosten c.q. schade zelf dient te dragen. Wie heeft gelijk?

#### Ad a: de wettelijke regeling

Evenals in het hiervoor besproken *Voorbeeld 1* brengt ook in dit voorbeeld art. 7:17 BW mee dat verkoper V het *risico* draagt: het spuitasbest staat immers aan het normaal gebruik in de weg (en er is geen reden om aan te nemen dat koper K onvoldoende onderzoek deed). Wel zal V de volledige saneringskosten – ad € 40.000 – voor zijn rekening moeten nemen (een correctie ‘*nieuw voor oud*’ kan immers niet aan de orde zijn). Valt de non-conformiteit niet aan V toe te rekenen, dan zal K zijn aanvullende schade *niet* met succes op V kunnen verhalen.

#### Ad b: de Modelkoopakte

Kan K in *Voorbeeld 2* verkoper V met succes aansprakelijk stellen wanneer partijen bij het sluiten van de koop gebruik hebben gemaakt van de *Modelkoopakte* (versie 2018)? Uit art. 6.3 van de *Modelkoopakte* volgt dat V in beginsel het *risico* draagt: het spuitasbest belemmert immers het normaal gebruik (en er is geen sprake van een aan K ‘kenbaar gebrek’). Wel dient nog acht te worden geslagen op art. 6.4.3 van de *Modelkoopakte*, luidende:

“6.4.3 Aan verkoper is niet bekend/Aan koper is bekend dat\* in de onroerende zaak asbest is verwerkt.”

Het \* in de tekst geeft weer dat het een ‘invloefening’ betreft: de verkoper kan verklaren dat hij niet bekend is met asbest in de verkochte zaak of de koper verklaart dat hij daar wel mee bekend is (waardoor hij de verkoper daar niet op kan aanspreken).

27. *MvT II* 2016-2017, 34 675, nr. 3, p. 2.

Meestal wordt in art. 6.4.3 vermeld dat de verkoper niet met asbest bekend is. Vandaar dat doorgaans van een ‘onbekendheidsclausule’ wordt gesproken.<sup>28</sup> Art. 6.4 van de Modelkoopakte bevat meer van zulke clausules: zo gaat art. 6.4.1 over verontreiniging en art. 6.4.2 over een ondergrondse tank.

De vraag is hoe de onbekendheidsclausules van art. 6.4 zich verhouden tot art. 6.3. Toegespitst op *Voorbeeld 2*: kan V met succes betogen – aannemend dat hij niet bekend was met het spuitasbest – dat art. 6.4.3 meebrengt dat K het risico van het (bij beide partijen onbekende) spuitasbest draagt? Kortom: heeft de onbekendheidsclausule (van art. 6.4.3) invloed op de risicoverdeling tussen partijen zoals die uit de artikelen 6.1 en 6.3 voortvloeit? Ook dat is een kwestie van uitleg van het koopcontract.

Het ligt niet voor de hand om aan te nemen dat met art. 6.4.3 het risico van asbest (dat het normaal gebruik verhindert) naar de koper wordt verlegd. Dat volgt immers geenszins uit de tekst van de clausule: art. 6.4.3 vermeldt niet méér dan dat de verkoper niet bekend is met de aanwezigheid van asbest in het verkochte pand. Hierin valt expliciet noch impliciet te lezen dat het risico van (aan de verkoper onbekend) asbest bij de koper wordt gelegd. Toch bestond er in het verleden onzekerheid over (de uitleg) van de onbekendheidsclausules in de Modelkoopakte. De Hoge Raad heeft echter met zijn arrest van 28 januari 2000, NJ 2000/575 (*Christiaanse/Van Dijk*)<sup>29</sup> aan die onzekerheid een einde gemaakt. Hij heeft in dat arrest overwogen dat uit (de tekst van de) in art. 6.4 vervatte onbekendheidsclausules *niet* volgt dat de regel van art. 6.3 niet zou gelden voor gebreken waarvan de verkoper – in art. 6.4 – heeft verklaard dat hij daarmee niet bekend is.

Met de onbekendheidsclausules in art. 6.4 van de Modelkoopakte wordt het risico dus *niet* – in afwijking van art. 6.3 – naar de koper verlegd.<sup>30</sup> Voormeld arrest heeft er overigens toe geleid dat een nieuw artikel 6.13 aan de Modelkoopakte is toegevoegd, dat bepaalt dat de enkele verklaring van de verkoper dat hij niet bekend is met bepaalde feiten of omstandigheden – zoals asbest – *geen* vrijwaring voor hem inhoudt.<sup>31</sup>

V zal kortom de (volledige) saneringskosten – ad € 40.000 – op grond van art. 6.3 van de Modelkoopakte moeten dragen. K zal zijn aanvullende schade in beginsel niet op V kunnen verhalen (*tenzij* hij aantoont dat V een verwijt treft ter zake van het spuitasbest).

#### Ad c: het KNB-model

*Stel*: bij het sluiten van de koop is gebruik gemaakt van het *KNB-model* (versie 2021). Het KNB-model bevat ten aanzien van asbest een andere risicoverdeling dan de Modelkoopakte.

Artikel 4 van de Bijzondere Bepalingen (*BB*) biedt twee opties: ‘wel asbest’ en ‘geen asbest’. Zoals hiervoor al opgemerkt is het de bedoeling dat de notaris partijen hierover informeert (vóór het sluiten van de koop).

De tekst van de optie ‘wel asbest’ luidt als volgt:

*“Het Verkochte bevat asbesthoudende materialen of andere voor de gezondheid schadelijke materialen, te weten (... in het ...). Koper is hierover geïnformeerd. Bij het vaststellen van de Koopprijs is hier (door beide Partijen) rekening mee gehouden. Het is voor Koper derhalve niet mogelijk om Verkoper hierop (nog) aan te spreken.”*

Hebben partijen voor deze optie gekozen, dan is het duidelijk: de aanwezigheid van asbest is in het koopcontract verdisconteerd, en de koper zal de verkoper daar later dus niet op kunnen aanspreken.

De tekst van de optie ‘geen asbest’ luidt als volgt:

*“Er is hem niet bekend of het Verkochte asbesthoudende materialen of andere voor de gezondheid schadelijke materialen bevat. Koper draagt het risico van de eventuele aanwezigheid van asbesthoudende materialen of andere voor de gezondheid schadelijke materialen in het Verkochte. Hij dient desgewenst te onderzoeken of in het Verkochte asbesthoudende materialen of andere voor de gezondheid schadelijke materialen zijn verwerkt. Mocht dat het geval zijn, dan is het voor Koper niet mogelijk om Verkoper hierop aan te spreken.”*

28. Zie hierover o.m.: J.J. Dammingh, ‘Non-conformiteit en de NVM-koopakte’, *TvC* 2009, nr. 3, p. 125 (hierna: ‘*Dammingh TvC* 2009, p. (...)’).

29. *ECLI:NL:HR:2000:AA4606*.

30. Zie hierover ook: *Dammingh TvC* 2009, p. 125 – 127.

31. Uit de *Toelichting* op de Modelkoopakte blijkt dat de onbekendheidsclausules van art. 6.4 (slechts) een ‘bewijsfunctie’ en een ‘signaalfunctie’ hebben. Zie hierover ook: *Dammingh TvC* 2009, p. 126.

Deze optie heeft – anders dan art. 6.4.3 van de Modelkoopakte – wel invloed op de risicoverdeling tussen partijen. Uit de tweede zin volgt immers dat de koper het risico van in de verkochte zaak verwerkt (bij partijen niet bekend) asbest draagt. Van de notaris die de koopakte voor partijen opstelt, mag mijns inziens worden verlangd dat hij de koper op dit risico wijst. Laat hij dat na, dan kan hij daar in beginsel door de koper op worden aangesproken. De zorg die de notaris jegens partijen – als zijn opdrachtgevers – moet betrachten, brengt naar mijn mening mee dat hij hen behoort te informeren over de risico's die zijn verbonden aan de keuzes die zij maken in het kader van het concipiëren van de koopakte (volgens het KNB-model).

Is in *Voorbeeld 2* van het KNB-model gebruik gemaakt en is daarbij gekozen voor de optie 'geen asbest' in de door partijen ondertekende koopakte, dan zal koper K noch de kosten van sanering, noch zijn aanvullende schade op verkoper V kunnen verhalen.

De enige 'escape' voor K zou dan nog art. 6:248 lid 2 BW zijn: V zal zich niet (met succes) op de optie 'geen asbest' kunnen beroepen indien de toepassing van die exoneratie in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid 'onaanvaardbaar' zou zijn. Die 'onaanvaardbaarheid' zal echter slechts aan de orde (kunnen) zijn in geval van schuld c.q. verwijtbaarheid bij V, en het is aan K om dat te bewijzen.<sup>32</sup>

#### 4. Tot besluit

Ik rond deze bijdrage af met enkele opmerkingen die me voor de (dagelijkse) praktijk relevant lijken. Bij de koop van een woning staat contractsvrijheid voorop, waardoor het partijen vrijstaat om bijvoorbeeld af te spreken dat de koper – in afwijking van art. 7:17 BW – het *risico* van alle gebreken draagt (dus ook van gebreken die het normaal gebruik van de gekochte woning verhinderen). Blijkt de aan de koper geleverde woning behept met een gebrek en wil de koper in verband daarmee de verkoper (in rechte) aanspreken, dan is het dus raadzaam om (eerst) na te gaan of het koopcontract specifieke bepalingen over de risicoverdeling tussen partijen bevat.

Bij de koop van een woning wordt vaak van een *model-overeenkomst* gebruik gemaakt. In elk concreet geval is het van belang om vast te stellen of van een model gebruik is gemaakt, en – zo ja – van *welk* model. De Modelkoopakte en het KNB-model bevatten specifieke bepalingen die tot gevolg kunnen hebben dat het risico van een bepaald gebrek – in afwijking van de wet – bij de koper wordt gelegd. Of dat zo is, hangt af van enerzijds het model dat is gebruikt en anderzijds

de aard van het gebrek. Zo geldt voor (bij beide partijen onbekend) *asbest* dat de koper daarvan het risico draagt wanneer van het KNB-model gebruik is gemaakt. Dat is echter niet zo wanneer de Modelkoopakte is gebruikt: alsdan wordt het risico van (verborgen) asbest niet naar de koper 'verlegd'.<sup>33</sup>

Tot slot: is bij het sluiten van de koop van een model gebruik gemaakt, dan is het tevens van belang om te controleren of standaardbepalingen van dat model in de door partijen ondertekende koopakte zijn doorgestreept of verwijderd, en ook of er specifieke bepalingen aan zijn toegevoegd. Zo wordt bij de verkoop van een oudere woning vaak aan de door partijen te ondertekenen modelkoopakte een '*ouderdomsclausule*' toegevoegd. Met een dergelijke clausule wordt in de regel – door de verkoper – beoogd om het risico van ouderdomsgebreken naar de koper te verleggen. Of dat het geval is, moet – door de rechter – via *uitleg* van de betreffende clausule worden vastgesteld. Daarbij is (ook) de tekst van de clausule relevant: heeft de koper op grond van die tekst redelijkerwijs moeten begrijpen dat daarmee het risico van ouderdomsgebreken bij hem werd gelegd? Mijns inziens ligt het voor de hand om onduidelijk geformuleerde clausules in het voordeel van de koper uit te leggen, zeker bij de koop van een woning (door een particuliere koper).<sup>34</sup>

32. Overigens komt er binnen afzienbare tijd een verbod op het voorhanden hebben van asbesthoudende daken c.q. dakbedekking. Het daartoe strekkende wetsvoorstel ligt nu bij de Eerste Kamer (*Gewijzigd voorstel van wet I 2018-2019*, 34 675, A). De verwachting is dat het Asbestdakenverbod per 1 januari 2028 van kracht zal worden. Zie: *Kamerstukken I 2018-2019*, 34 675, J, p. 2. Het verdient aanbeveling dat partijen bij de verkoop van een ouder pand rekening houden met het (aanstaande) Asbestdakenverbod.

33. De Modelkoopakte en het KNB-model bevatten eveneens een afwijkende risicoregeling ter zake van een op de onroerende zaak rustende publiekrechtelijke *bestemming*: ingevolge art. 6.1 van de Modelkoopakte draagt de koper in beginsel het risico van de bestemming, terwijl het KNB-model aansluit bij de wettelijke risicoverdeling (ex art. 7:17 BW), waaruit volgt dat het risico van de bestemming in beginsel op de verkoper rust. Zie hierover ook: *Dammingh WPNR 7219 (2018)*, p. 982 – 987; en: J.J. Dammingh, 'Het gebruik van een modelcontract bij de verhuur en de verkoop van bedrijfsruimte en de publiekrechtelijke bestemming', *ORP 2020*, nr. 3, p. 22 – 25.

34. Vgl. art. 3:35 en art. 6:238 lid 2 BW. Zie over de ouderdomsclausule o.m.: *Dammingh TvC 2009*, p. 127 – 128; J.J. Dammingh, 'Drafting tips & skills', *ORP 2016*, nr. 8, p. 33 – 35; en F.J. de Vries, 'De ouderdoms- en niet-zelfbewoningsclausule in de rechtspraak', *NTBR 2020*, afl. 6, p. 171 – 182.