

# Non-conformiteit bij de koop van woningen

Enkele jaren geleden schetste Jaap Dammingh wat er zoal kan spelen in geval van non-conformiteit bij de koop van woningen.<sup>1</sup> Nu actualiseert hij het overzicht, aan de hand van literatuur en rechtspraak. Een belangrijke ontwikkeling is volgens hem dat een gebrek dat het normaal gebruik van de gekochte woning niet verhindert, toch non-conformiteit kan opleveren.

**J.J. Dammingh**

advocaat te Nijmegen



Ontdekt de koper (na de levering) een feitelijk gebrek aan de door hem gekochte woning, dan zal hij de kosten verbonden aan de opheffing van dat gebrek willen verhalen op de verkoper. Ik geef het volgende voorbeeld:

Verkoper V verkoopt in april 2005 zijn woning (inclusief ondergrond) voor een prijs van € 350.000 aan koper K. De levering vindt plaats op 1 juli 2005. In augustus 2005 ontdekt K dat de grond van het perceel verontreinigd is.

Ik onderscheid vervolgens de volgende situaties:

- A: de verontreiniging is zo ernstig dat zij een bedreiging voor de gezondheid van de gebruikers van het perceel vormt. Het normaal gebruik van de woning wordt hierdoor verhindert. Sanering van de grond is absoluut noodzakelijk. De kosten van sanering bedragen € 20.000.
- B: de verontreiniging is niet zodanig ernstig dat zij het normaal gebruik van de woning verhindert. Sanering van de grond is niet noodzakelijk, maar wel 'aan te bevelen'. De kosten van sanering bedragen € 10.000.

Stelt de koper in verband met de kosten van sanering (en eventueel nog andere kosten) een vordering tot schadevergoeding tegen

de verkoper in, dan zal deze vordering (moeten) worden gebaseerd op artikel 6:74 BW. Schadevergoeding op grond van artikel 6:74 BW is slechts mogelijk indien er een tekortkoming is, die aan de verkoper kan worden toegerekend.

## **NON-CONFORMITEIT (TEKORTKOMING)**

Er is een tekortkoming in geval van non-conformiteit, inhoudend dat de door de verkoper aan de koper geleverde zaak niet aan de koopovereenkomst beantwoordt (vgl. art. 7:17 lid 1 BW). Daarvan is sprake wanneer de geleverde zaak niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de koopovereenkomst mocht verwachten. Maar wat mocht de koper verwachten? Art. 7:17 lid 2 tweede zin BW geeft het antwoord: 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. De laatste zinsede refereert aan de op de koper rustende onderzoeksplicht.

Uit art. 7:17 lid 2 BW volgt kortom dat er non-conformiteit is indien de geconstateerde verontreiniging het normaal gebruik van de woning in de weg staat. In voorbeeld A is er zonder meer non-conformiteit en dus een

*Ook een gebrek dat het  
normaal gebruik niet belemmert,  
kan non-conformiteit opleveren*

## Ook bij niet-toerekenbare non-conformiteit kan de koper zijn transactieschade op de verkoper verhalen

tekortkoming (aannemend dat koper K niet onvoldoende onderzoek heeft gedaan): als gevolg van de verontreiniging is een normaal gebruik van de woning immers niet mogelijk.

Maar wat is rechtens in voorbeeld B? Kan verkoper V met succes het verweer voeren dat er geen non-conformiteit is omdat de verontreiniging het normaal gebruik van de woning niet belemmert? Het antwoord op deze vraag is (waarschijnlijk): nee. Uit het arrest HR 25 februari 2005, JOR 2005, 168 (Fabels/Meenderink) valt namelijk af te leiden dat ook een gebrek dat geen betrekking heeft op 'gebruiksbepalende eigenschappen of veiligheidsaspecten' non-conformiteit zal (kunnen) opleveren. De feiten in dit arrest waren als volgt.

Fabels heeft in 1994 zijn woning verkocht en geleverd aan Meenderink. In 1985 en 1993 zijn, in opdracht van de toenmalige eigenaar Fabels, verbouwingen in en aan de woning verricht. Na de levering aan Meenderink kwam aan het licht dat deze verbouwingen in strijd met de destijds geldende bouwvoorschriften hebben plaatsgevonden: de normen voor geluidwerendheid (ingevolge het Besluit geluidwering gebouwen) zijn niet in acht genomen en voor de aangebouwde serre is geen bouwvergunning afgegeven. Koper Meenderink vordert vergoeding van de (door hem gemaakte) kosten van het alsnog laten aanbrengen van de vereiste geluidwerende voorzieningen en de kosten van het

alsnog verkrijgen van de vereiste bouwvergunning. Verkoper Fabels voert het verweer dat er geen non-conformiteit is omdat de door de koper gestelde gebreken (verbouwingen in strijd met de bouwvoorschriften) het normaal gebruik van de woning niet in de weg staan.

De Hoge Raad verwerpt dit verweer: 'De conformiteitseis van art. 7:17 BW brengt mee dat de koper van een woning in beginsel, behoudens andersluidende afspraken, ervan mag uitgaan dat de bouw van de woning of een verbouwing destijds is geschied met inachtneming van de op dat moment geldende voorschriften, ook als die voorschriften niet direct betrekking hebben op gebruiksbepalende eigenschappen of veiligheidsaspecten van de woning [curs. JD].'

Ook een aan de geleverde woning 'klevende' eigenschap die het normaal gebruik niet belemmert, zal derhalve non-conformiteit (kunnen) opleveren, aldus de Hoge Raad. Maar waarop is dit oordeel gebaseerd? In elk geval niet op art. 7:17 lid 2 BW. Uit het arrest zelf valt niet af te leiden waarop de Hoge Raad zijn oordeel heeft gegrond. Vermoedelijk vormt art. 7:17 lid 3 BW de grondslag. A-G Strikwerda komt in zijn conclusie bij dit arrest namelijk tot dezelfde slotsom als de Hoge Raad en voegt daaraan toe dat dit besloten ligt in artikel 7:17 lid 3 BW.<sup>2</sup>

Gelet op het vorenstaande zal er dus ook in voorbeeld B non-conformiteit zijn. Echter:



dat is anders wanneer partijen bij het sluiten van de koop gebruik hebben gemaakt van de NVM-koopakte. In deze model-overeenkomst is namelijk voor wat betreft de conformiteit afgeweken van het bepaalde in artikel 7:17 BW.<sup>3</sup> In artikel 5.1 van de NVM-koopakte is het risico van alle gebreken (dus zowel zichtbare als onzichtbare) uitdrukkelijk bij de koper gelegd. Artikel 5.3 behelst evenwel een (belangrijke) uitzondering op deze regel: de verkoper geeft aan de koper de garantie dat de geleverde zaak de eigenschappen zal bezitten die voor het normaal gebruik daarvan nodig zijn. De garantie van artikel 5.3 geldt dus niet ten aanzien van gebreken die het normaal gebruik niet verhinderen. Zou in voorbeeld B gebruik zijn gemaakt van de NVM-koopakte, dan zou de verontreiniging onder het bereik van artikel 5.1 zijn gevallen en mitsdien geen non-conformiteit hebben opgeleverd.

### TOEREKENBAARHEID

Voor toewijzing van de (op art. 6:74 BW gebaseerde) vordering tot schadevergoeding is tevens nodig dat de non-conformiteit aan de verkoper kan worden toegerekend. Uit artikel 6:75 BW volgt dat toerekening kan plaatsvinden krachtens a. schuld, b. rechtshandeling of c. de verkeersopvattingen.<sup>4</sup>

### TOEREKENING KRACHTENS SCHULD

Was verkoper V ten tijde van de koop bekend met de verontreiniging, dan zal in beginsel een mededelingsplicht op hem hebben gerust.<sup>5</sup> In dat geval zal de non-conformiteit krachtens schuld aan hem kunnen worden toegerekend, nu hij koper K niet voorafgaand aan de koop over de verontreiniging heeft geïnformeerd.

1 J. Dammingh, 'Non-conformiteit en schadevergoeding, Aansprakelijkheid voor gebrek aan onroerende zaak', *Advocatenblad* 2000, p. 215-222; P. Wanders, 'Reactie', *Advocatenblad* 2000, p. 336-337; J. Dammingh, 'Naschrift', *Advocatenblad* 2000, p. 337-338; en J. Dammingh, 'De aansprakelijkheid van de verkoper bij de koop van een woning', *Advocatenblad* 2000, p. 891-896.

2 Zie over dit arrest ook: J.J. Ebbinga, *NTBR* 2005, p. 281-283.

3 Een dergelijke contractuele afwijking is in beginsel geoorloofd, aangezien artikel 7:17 BW regelend recht behelst. Vgl. R.G.N. le Roy, 'Tekortschieten remedies voor teleurgestelde kopers van woningen', *NTBR* 2005, p. 251.

4 Artikel 6:75 BW noemt ook nog de wet, maar deze toerekeningsfactor zal hier niet aan de orde (kunnen) zijn nu artikel 7:17 BW niet een wettelijke garantie of iets dergelijks behelst.

## TOEREKENING KRACHTENS

### RECHTSHANDELING

Bevat de koopovereenkomst een garantie ten aanzien van de conformiteit, dan zal de non-conformiteit krachtens rechtshandeling aan verkoper V kunnen worden toegerekend. De NVM-koopakte bevat in artikel 5.3 een garantie voorzover het de eigenschappen betreft die nodig zijn voor een normaal gebruik (als woning). Stel: in het gegeven voorbeeld is van de NVM-koopakte gebruikgemaakt. In voorbeeld A zal de non-conformiteit dan krachtens rechtshandeling kunnen worden toegerekend nu de verontreiniging het normaal gebruik van de woning verhindert, waardoor de vordering tot schadevergoeding voor toewijzing vatbaar zal zijn.<sup>6</sup> Dat is anders in voorbeeld B: in beginsel zal koper K, op grond van artikel 5.1, het risico van de (kosten van de) verontreiniging moeten dragen nu de verontreiniging het normaal gebruik niet belemmert.<sup>7</sup>

### TOEREKENING KRACHTENS DE VERKEERSOPVATTINGEN

Stel: de verkoper treft rechtens geen verwijt (hij schond geen mededelingsplicht) en de koopovereenkomst bevat geen garantie (er is geen gebruikgemaakt van de NVM-koopakte). Kan de non-conformiteit in dat geval eventueel krachtens de verkeersopvattingen aan de verkoper worden toegerekend? Het antwoord is mijns inziens: nee. Weliswaar heeft de Hoge Raad in het arrest HR 27 april 2001, NJ 2002, 213 (Oerlemans/Driessen) toerekening van non-conformiteit krachtens de verkeersopvattingen geaccepteerd, maar het ging in dat arrest om de verkoop van een industrieel vervaardigd product. De overwegingen in dit arrest zijn naar mijn mening niet van overeenkomstige toepassing op de koop van onroerende zaken.<sup>8</sup> Ook Hijma neemt in zijn annotatie in NJ 2002, 213 aan dat de in voornoemd arrest door de Hoge Raad geformuleerde regel zich niet verder uitstrekt dan tot de koop van industriële fabrieken.

### ANDERE ACTIES

Stel: er is wel non-conformiteit, maar deze kan niet aan de verkoper worden toegerekend. Kan de koper in dat geval toch nog met

succes een actie tegen de verkoper instellen? Het antwoord is: ja. De koper kan de volgende vorderingen instellen.

### HERSTEL

Beantwoordt de geleverde woning niet aan de koopovereenkomst, dan kan de koper herstel vorderen, mits de verkoper hieraan redelijkerwijs kan voldoen (art. 7:21 lid 1 sub b BW). In feite gaat het hier om een (bijzondere) vordering tot nakoming. Eventueel kan de koper – subsidiair – een (door de rechter af te geven) machtiging op grond van artikel 3:299 lid 1 BW vorderen, tezamen met een veroordeling van de verkoper om de herstelkosten te voldoen (art. 3:299 lid 3 BW).

### GEDEELTELIJKE ONTBINDING

De koper kan op grond van artikel 6:265 jo.



het geschetste voorbeeld zou dit betekenen dat koper K de kosten van sanering met succes op verkoper V kan verhalen. Eventuele overige schade zal in beginsel niet voor vergoeding in aanmerking (kunnen) komen nu de non-conformiteit niet aan verkoper V valt toe te rekenen.

## *De koper draagt de stelplicht en de bewijslast van de non-conformiteit, de verkoper van de toerekenbaarheid*

art. 6:270 BW gedeeltelijke ontbinding van de koopovereenkomst vorderen, in die zin dat de door hem verschuldigde koopprijs wordt verminderd met de herstelkosten. Een (gedeeltelijke) ontbinding is immers ook mogelijk in geval van een niet-toerekenbare tekortkoming.

### OPHEFFING NADEEL WEGENS DWALING

Er is wederzijdse dwaling omdat beide partijen niet van het gebrek op de hoogte waren en dus onder invloed van een onjuiste voorstelling de koopovereenkomst hebben gesloten. De koper kan op grond van artikel 6:228 jo. art. 6:230 lid 2 BW vorderen dat de koopovereenkomst (door de rechter) zodanig wordt gewijzigd dat zijn nadeel wordt opgeheven. Het op te heffen ‘nadeel’ zal in beginsel inhouden dat de koopprijs met de herstelkosten wordt verminderd<sup>9</sup>.

De voornoemde vorderingen zullen zich in beginsel niet verder dan tot vergoeding van de transactieschade kunnen uitstrekken. In

### STELPLICHT EN BEWIJSLAST

Op wie rusten de stelplicht en de bewijslast in geval van een door de koper tegen de verkoper ingestelde (rechts)vordering tot schadevergoeding op grond van artikel 6:74 BW? Artikel 6:74 lid 1 BW bepaalt dat elke tekortkoming de schuldenaar (i.c. de verkoper) verplicht de schade die de schuldeiser (i.c. de koper) daardoor lijdt te vergoeden, tenzij de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend.

Volgens de hoofdregel van artikel 150 Rv zal de koper de stelplicht en de bewijslast ten aanzien van de non-conformiteit dragen. De koper zal dus moeten stellen en zo nodig bewijzen dat de aan hem geleverde zaak niet aan de koopovereenkomst beantwoordt en dat hij als gevolg van deze tekortkoming schade heeft geleden.<sup>10</sup>

Uit de structuur van artikel 6:74 lid 1 BW volgt dat de stelplicht en de bewijslast ten aanzien van de toerekenbaarheid op de verkoper rusten.<sup>11</sup> Uitgangspunt van de wet is dat de tekortkoming in beginsel aan de

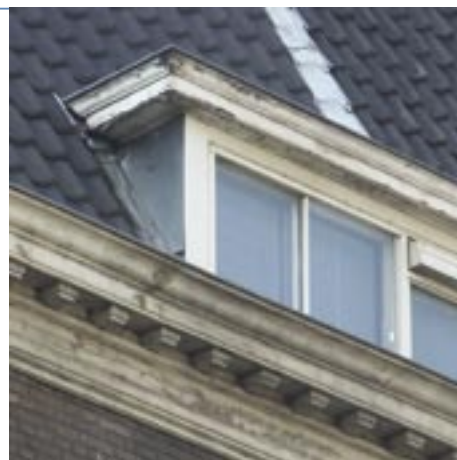
schuldenaar kan worden toegerekend, en dat hij de stelplicht en de bewijslast draagt voor de feiten waaruit het tegendeel voortvloeit. De ratio van dit door de wetgever gekozen uitgangspunt is dat de rechtsverhouding tussen partijen meebrengt dat de schuldenaar heeft in te staan voor de prestatie waartoe hij zich heeft verbonden, en dat als hij daarin tekortschiet, dit in beginsel voor zijn rekening komt.<sup>12</sup> De verkoper zal dus moeten stellen en zo nodig bewijzen dat de non-conformiteit noch krachtens schuld, noch krachtens rechtshandeling, noch krachtens de verkeersopvattingen aan hem valt toe te rekenen.

Betekent dit dat de koper in de dagvaarding niets over de toerekenbaarheid (van de non-conformiteit) hoeft te vermelden? Mijns inziens niet. Artikel 111 lid 3 Rv eist dat in de dagvaarding de door de gedaagde

daaraan kunnen toevoegen dat hij met deze vermelding niet onverplicht een bewijslast op zich wil nemen, nu artikel 6:74 lid 1 BW de stelplicht en de bewijslast ter zake van de toerekenbaarheid uitdrukkelijk bij de verkoper legt. Is de koper niet bekend met het standpunt van de verkoper aangaande de toerekenbaarheid, dan kan hij er eventueel mee volstaan in de dagvaarding te vermelden dat met het enkele feit van de non-conformiteit de schadeplichtigheid van de verkoper (op grond van artikel 6:74 lid 1 BW) komt vast te staan, tenzij de verkoper stelt en bewijst dat de tekortkoming hem niet valt toe te rekenen.

#### VERZUIM

Voor schadeplichtigheid op grond van artikel 6:74 BW is het verzuim van de verkoper



in *Advocatenblad* 2000-6, p. 220-221. Dient koper K in het geschetste voorbeeld eerst een ingebrekestelling aan verkoper V te hebben uitgebracht alvorens hij met succes schadevergoeding kan vorderen? In de rechtspraak en ook in de literatuur bestaat er op dit punt geen eenduidige visie.

#### INGEBREKESTELLING NIET VEREIST

Men kan op twee verschillende wijzen onderbouwen dat voor het intreden van het verzuim van de verkoper een ingebrekestelling niet nodig is. Ten eerste is verdedigbaar dat de datum van levering die partijen bij het sluiten van de koop hebben afgesproken, als een 'fatale termijn' in de zin van artikel 6:83 sub a BW valt te beschouwen. Dit zou in het voorbeeld betekenen dat het verzuim van verkoper V op 1 juli 2005 van rechtswege is ingetreden doordat hij op die datum een 'non-conforme' zaak aan koper K heeft geleverd.

Ik onderschrijf deze opvatting niet. De datum van levering is naar mijn mening geen

## Uit het arrest Van der Meer/Beter Wonen valt niet af te leiden dat bij non-conformiteit het verzuim zonder ingebrekestelling intreedt

aangevoerde verweren en de gronden daarvoor worden vermeld. Met het oog op deze 'substantiëringsplicht' ligt het op de weg van de koper om in de dagvaarding (kort) aan te geven op grond waarvan de non-conformiteit aan de verkoper kan worden toegerekend. Volledigheidshalve zou de koper

nodig, nu behoorlijke nakoming in beginsel nog mogelijk zal zijn en artikel 6:74 lid 2 BW in dat geval het verzuim van de schuldenaar eist.<sup>13</sup> Is voor het intreden van het verzuim vereist dat de koper een ingebrekestelling aan de verkoper heeft uitgebracht? Ik verwijs naar hetgeen ik hierover schreef

5 Vgl. J. Dammingh, *Advocatenblad* 2000, p. 217.

6 De garantie van artikel 5,3 wordt niet ingeperkt door de 'onbekendheidsclausule' van artikel 5.4.1 NVM-koopakte. Zie hierover o.m. J. Dammingh, *Advocatenblad* 2000, p. 892; C.M.H. Vlaanderen, 'Over (on)bekendheidsverklaringen en conformiteit in de NVM-koopakte', *WPNR* 6410 (2000), p. 518-519; M.M. van Rossum, 'Koop en verkoop van verontreinigde grond; ontwikkelingen en tendensen', *Bouwrecht* 2001, p. 842-846; en G.T.M.J. Raaijmakers, 'Garanties in het contractenrecht', *RM Themis* 2005, p. 136-137. In de meest recente versie van de NVM-koopakte (model juli 2004) is een extra artikel 5.13 opgenomen, onder meer inhoudend dat de 'onbekendheidsclausules' in de artikelen 5.4.1 e.v. geen vrijwaring voor verkoper inhouden.

7 Artikel 5.1 zal echter op grond van artikel 6:248 lid 2 BW buiten toepassing (moeten) blijven

indien komt vast te staan dat verkoper V bekend was met de verontreiniging en derhalve een mededelingsplicht heeft geschonden. Zie o.m. HR 21 juni 2002, NJ 2004, 128 (Van den Akker/Gemeente Helmond).

8 In Rechtbank Arnhem 7 mei 2003, *Tijdschrift voor Consumentenrecht* 2003, p. 308-311 is wél geoordeeld dat bij de koop van een woning non-conformiteit krachtens de verkeersopvattingen aan de verkoper valt toe te rekenen. Ik ben het niet met deze uitspraak eens. Zie mijn annotatie bij deze uitspraak in *Tijdschrift voor Consumentenrecht* 2004, p. 155.

9 Zie hierover ook: J. Dammingh, *Tijdschrift voor Consumentenrecht* 2004, p. 156; en G.T.M.J. Raaijmakers, *RM Themis* 2005, p. 132.

10 Vgl. W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling, serie Monografieën Nieuw BW – A24*, Deventer 1992, p. 104; *Verbintenissenrecht* (B.J. Broekema-Engelen), art.

6:74 BW, aant. 53; en Asser/Hartkamp 4-I (2004), nr. 346. Zie ook R.G.N. le Roy, *NTBR* 2005, p. 252. Overigens zal de koper bij een consumentenkoop in de zin van art. 7:5 lid 1 BW wel gebaat zijn bij het (wettelijke) vermoeden dat in art. 7:18 lid 2 BW besloten ligt.

11 Vgl. A-G Hartkamp in punt 6) van zijn conclusie bij het arrest HR 9 januari 1998, NJ 1998, 272 (Brok/Huberts).

12 W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling, serie Monografieën Nieuw BW – A24*, Deventer 1992, p. 104. Vgl. Asser/Hijma 5-I (2001), nrs. 432 en 436.

13 Anders: C.A. Streefkerk, 'Ingrekestelling en verzuim bij wanprestatie', *NTBR* 2004, p. 23-25. Volgens Streefkerk behoort de verzuimregeling 'naar haar aard' buiten toepassing te blijven wanneer de koper vergoeding van herstellkosten vordert.



'fatale termijn' voorzover het behoorlijke nakoming betreft: het is mijns inziens niet de bedoeling van partijen om het verzuim te laten intreden zonder de verkoper eerst nog de gelegenheid te bieden geconstateerde gebreken te (laten) herstellen.<sup>14</sup>

Ten tweede kan wellicht worden betoogd dat de aard van de op de verkoper rustende leveringsverplichting meebrengt dat zijn verzuim van rechtswege intreedt. Van Schaick heeft, in een artikel in *NTBR*,<sup>15</sup> verdedigd dat het verzuim van de verkoper van rechtswege intreedt indien hij (op de afgesproken leveringsdatum) een zaak aan de koper levert die niet aan de koopovereenkomst beantwoordt. Volgens hem volgt dit uit de aard van de op de verkoper rustende leveringsverplichting. Deze verplichting kan 'naar haar aard' niet worden gesplitst in een verplichting tot levering en een eventuele verplichting om een zaak te leveren die aan de overeenkomst beantwoordt. Van Schaick baseert zijn opvatting op het arrest HR 27 november 1998, NJ 1999, 380 (Van der Meer/Beter Wonen). Dit arrest ging echter over de op de huurder rustende verplichting om de door hem gehuurde woning bij het einde van de huur in goede staat terug te geven. Deze verplichting kan volgens de Hoge Raad niet worden gesplitst in een verplichting tot teruggave en een eventuele verplichting de woning in goede staat te brengen. Heeft de huurder bij het einde van de huur niet (behoorlijk) voldaan aan de op hem rustende ontruimingsverplichting, dan is hij van rechtswege in verzuim; een ingebrekestelling is daarvoor niet vereist, aldus de Hoge Raad.<sup>16</sup>

Ik onderschrijf Van Schaicks opvatting niet. De regel die de Hoge Raad in het arrest Van der Meer/Beter Wonen ten aanzien van de op een huurder rustende ontruimingsverplichting heeft geformuleerd, is naar mijn mening niet zonder meer van overeenkomstige toepassing op de leveringsverplichting die op een verkoper rust. Voor de aard van de op de huurder rustende ontruimingsverplichting is mijns inziens (mede) relevant dat daarbij in de regel ook het belang van een derde, namelijk de nieuwe huurder, zal zijn betrokken. De verhuurder zal de woning

doorgaans direct in aansluiting op het einde van de oude huur aan een nieuwe huurder hebben verhuurd. Het gaat niet aan dat deze nieuwe huurder (die buiten de rechtsverhouding tussen verhuurder en oude huurder staat) zou moeten gedogen dat de oude huurder na het einde van de (oude) huur alsnog gebreken in de woning komt herstellen. Ik ben van mening dat de aard van de op de verkoper rustende leveringsverplichting niet dezelfde is als de aard van de op de huurder rustende ontruimingsverplichting, mede omdat in geval van de op de verkoper rustende verbintenis belangen van derden niet in het geding zijn. Mijn conclusie is dan ook dat uit het arrest Van der Meer/Beter Wonen niet (zonder meer) valt af te leiden dat in geval van toerekenbare non-conformiteit het verzuim van de verkoper zonder ingebrekestelling intreedt.

#### INGEBREKESTELLING WEL VEREIST

Ik handhaaf mijn eerder ingenomen stand-

### *De koper dient gebreken binnen bekwame tijd aan de verkoper mede te delen*

punt dat voor het intreden van het verzuim wél een ingebrekestelling is vereist. Alvorens een (rechts)vordering tot schadevergoeding in te stellen, zal de koper dus eerst een schriftelijke aanmaning aan de verkoper moeten sturen waarin hem een redelijke termijn wordt gesteld om alsnog voor behoorlijke nakoming (conformiteit) zorg te dragen. Het verzuim treedt na het verstrijken van de gestelde termijn in, tenzij de verkoper dan wél behoorlijk heeft gepresteerd.<sup>17</sup> Ik licht dit toe aan de hand van voorbeeld A uit het begin van dit stuk.

Voorbeeld (A): nadat hij in augustus 2005 de verontreiniging heeft ontdekt, schakelt koper K op 22 augustus 2005 een deskundige in om de aard en de ernst van de verontreiniging vast te stellen. De deskundige rapporteert op 5 september 2005 aan zijn opdrachtgever dat sprake is van ernstige verontreini-



ging en dat sanering absoluut noodzakelijk is. Koper K wil in september 2005, althans zo spoedig mogelijk de grond laten saneren. De kosten van sanering bedragen € 20.000.

Kan koper K op of direct na 5 september 2005 de grond laten saneren en de daaraan verbonden kosten ad € 20.000 als schadevergoeding van verkoper V vorderen? Naar mijn mening niet. Althans, K zal mijns inziens eerst een schriftelijke aanmaning aan V moeten sturen waarin hij hem over de verontreiniging informeert én hem een redelijke

termijn stelt om voor sanering van de grond zorg te (doen) dragen.<sup>18</sup>

Zou men aannemen dat het verzuim van rechtswege is ingetreden doordat V op de afgesproken leveringsdatum (1 juli 2005) een 'non-conforme' zaak aan K heeft geleverd, dan kan zich eventueel de situatie voordoen dat V pas bekend wordt met de schade nadat de sanering al heeft plaatsgevonden en hij dus niet meer in de gelegenheid is om de ernst van de verontreiniging c.q. de noodzaak van sanering te (laten) onderzoeken. Dit lijkt mij ongewenst en in het algemeen niet in overeenstemming met de bedoeling van partijen.<sup>19</sup>

Ik merk over het verzuim nog op:

- Uit de structuur van artikel 6:83 sub a BW volgt dat de verkoper zal moeten stellen en zo nodig bewijzen dat het afgesproken

leveringstijdstip niet een 'fatale termijn' is voorzover het behoorlijke nakoming betreft. In dit verband zou hij eventueel (additioneel en/of ter vergelijking) kunnen wijzen op artikel 10.2 van de NVM-koopakte, waarin is bepaald dat ontbinding van de overeenkomst op grond van een tekortkoming pas na voorafgaande ingebrekestelling kan plaatsvinden.

- Neemt men aan dat voor het intreden van het verzuim geen ingebrekestelling is vereist, dan zal voor een vordering tot schadevergoeding nog wel nodig zijn dat de koper een (schriftelijke) 'omzettingsverklaring' als bedoeld in artikel 6:87 lid 1 BW aan de verkoper uitbrengt.
- Stel: voor het intreden van het verzuim is (wel) een ingebrekestelling vereist. Nadat de verkoper in rechte een daartoe strekkend verweer heeft gevoerd, komt vast te staan dat de koper (ten onrechte) een ingebrekestelling achterwege heeft gelaten. Welk rechtsgevolg zal de rechter hieraan moeten verbinden? Dient hij de vordering van de koper af te wijzen omdat het verzuim niet is ingetreden? Een dergelijke 'alles of niets'-benadering lijkt ongewenst.<sup>20</sup> Een sympathieke en mijns inziens ook redelijke oplossing ligt besloten in Hof Arnhem 18 september 2001, NJ 2002, 304 (Sun Alliance/EMS). Het hof overweegt onder meer dat de schuldenaar belang heeft bij een ingebrekestelling omdat herstel van de ondeugdelijke prestatie door hemzelf (dan wel in zijn opdracht) waarschijnlijk minder kostbaar voor hem zal zijn dan wanneer de schuldeiser aan een derde opdraagt voor herstel zorg te dragen. De gevolgen van het (ten onrechte) achterwege laten van een ingebrekestelling dienen voor rekening van

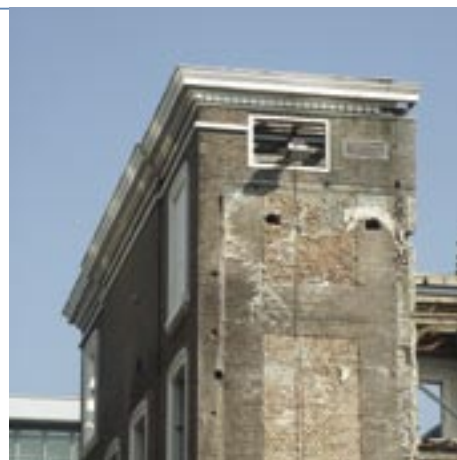
de schuldeiser te komen, maar niet verder dan nodig is. Een redelijke toepassing van het wettelijke stelsel brengt mee dat de schuldenaar de herstelkosten moet vergoeden die hij zou hebben gehad indien hij wél in gebreke zou zijn gesteld, aldus het hof.<sup>21</sup>

Heeft de koper (ten onrechte) geen ingebrekestelling uitgebracht, dan kan de verkoper dus primair het verweer voeren dat de vordering tot schadevergoeding moet worden afgewezen omdat het verzuim niet is ingetreden; subsidiair kan hij stellen (en te bewijzen aanbieden) dat de schade lager zou zijn geweest indien hem (wel) gelegenheid tot herstel zou zijn geboden.

#### BINNEN BEKWAME TIJD

Hiervoor stelde ik dat de verkoper pas na herstel met de schade bekend zou kunnen worden (waardoor hij de gestelde gebreken niet, althans moeilijk meer kan betwisten) indien men aanneemt dat het verzuim van rechtswege intreedt. Deze stelling moet worden genuanceerd: de koper dient namelijk rekening te houden met artikel 7:23 lid 1 BW, dat voorschrijft dat hij de non-conformiteit binnen bewakende tijd aan de verkoper behoort mede te delen. Met deze eis heeft de wetgever beoogd de verkoper te beschermen tegen late en daardoor moeilijk te betwisten klachten.<sup>22</sup> Stel: in het hiervoor gegeven voorbeeld heeft koper K direct na 5 september 2005 de grond laten saneren. Na de sanering vordert hij de herstelkosten ad € 20.000 als schadevergoeding van verkoper V. Kan V met succes het verweer voeren dat K's vordering moet worden afgewezen omdat K niet 'binnen bewakende tijd' heeft geprotesteerd? Over het antwoord op deze vraag kan men naar mijn mening twijfelen.

Betwisting van de verontreiniging zal



voor V moeilijker zijn nu hij de verontreiniging niet meer kan (laten) onderzoeken, maar onmogelijk lijkt het mij niet. K draagt immers de stelplicht en de bewijslast ten aanzien van de verontreiniging. De juistheid en/of de betrouwbaarheid van de door K aangevoerde bewijsmiddelen (bijvoorbeeld een onderzoeksrapport) kunnen V eventueel nog wel betwisten, dunkt me. De Vries heeft er echter voor gepleit om in beginsel aan te nemen dat de koper niet 'binnen bewakende tijd' heeft geprotesteerd wanneer hij de verkoper niet vóór de herstelwerkzaamheden over de gebreken heeft geïnformeerd.<sup>23</sup> Hoe dan ook: naar mijn mening verdient het voor de koper aanbeveling om de verkoper te allen tijde voorafgaand aan de herstelwerkzaamheden van geconstateerde gebreken in kennis te stellen, en hem (kort) gelegenheid tot een contra-expertise te bieden.

Ik merk over artikel 7:23 lid 1 BW nog het volgende op:

- De termijn van artikel 7:23 lid 1 BW is geen vaste termijn. De koper protesteert dus niet zonder meer te laat indien hij bijvoorbeeld pas drie maanden na de ontdekking van de gebreken de verkoper hiervan in kennis stelt. Afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval dient te worden bepaald of de koper 'binnen bewakende tijd' de verkoper over de

14 J. Dammingh, *Advocatenblad* 2000, p. 220-221.

15 A.C. van Schaick, 'Het verzuim bij verbintenissen tot op- of aflevering', *NTBR* 2004, p. 446-448.

16 Zie over dit arrest ook: C. Schouten, *Advocatenblad* 1999, p. 220-221.

17 J. Dammingh, *Advocatenblad* 2000, p. 220-221.

18 In deze aanmaning kan K alvast vermelden dat hij aanspraak maakt op schadevergoeding zodra er

verzuim zal zijn (art. 6:87 lid 1 BW). Vgl. J. Dammingh, *Advocatenblad* 2000, p. 220.

19 In een concreet geval kan eventueel anders worden geoordeeld (bijvoorbeeld: in de koopovereenkomst is expliciet vastgelegd dat het verzuim zonder ingebrekestelling intreedt).

20 Vgl. C.A. Streefkerk, *NTBR* 2004, p. 24-25. Zie ook M.A.J.G. Janssen en M.M. van Rossum, *NTBR* 2004, p. 70-71.

21 Zie over dit arrest o.m. C.A. Streefkerk, *NTBR* 2004, p. 25-26; en M.A.J.G. Janssen en M.M. van Rossum, *NTBR* 2004, p. 68-69. De Hoge Raad kwam in HR 27 november 1998, NJ 1999, 380 (Van der Meer/Beter Wonen) tot dezelfde oplossing.

22 *Parl. Gesch. Boek 7* (1991), p. 146 en 152.

23 F.J. de Vries, 'Binnen bewakende tijd', *BW-krant jaarboek 20*, Deventer 2004, p. 14-15.

gebreken heeft geïnformeerd.<sup>24</sup>

- De koper is bevoegd eerst het advies van een deskundige in te winnen alvorens hij de in artikel 7:23 lid 1 BW bedoelde kennisgeving aan de verkoper zendt. Uit het arrest HR 25 februari 2005, JOR 2005, 168 (Fabels/Meenderink) kan worden afgeleid dat de ‘klachttermijn’ van artikel 7:23 lid 1 BW volgens de Hoge Raad niet (zonder meer) aanvangt op het moment dat de koper een vermoeden van non-conformiteit heeft. Van de koper wordt dus kennelijk niet verlangd dat hij bij een dergelijk vermoeden zijn verkoper daarvan onverwijld in kennis stelt. Alvorens de verkoper te informeren, mag de koper eerst de gegrondheid van zijn vermoeden laten onderzoeken. De ‘klachttermijn’ van artikel 7:23 lid 1 BW neemt pas een aanvang zodra de koper (eventueel na terzake onderzoek te hebben laten doen) met voldoende zekerheid ervan kan (c.q. moet) uitgaan dat de geleverde zaak niet aan de koopovereenkomst beantwoordt.
- De kennisgeving die de koper aan de verkoper moet doen toekomen, is in beginsel vormvrij. Artikel 7:23 lid 1 BW stelt (anders dan artikel 6:82 lid 1 BW ten

aanzien van de ingebrekestelling) niet de eis dat deze kennisgeving schriftelijk moet plaatsvinden. Echter: betwist de verkoper in rechte dat de koper hem ‘binnen bekwame tijd’ in kennis heeft gesteld, dan zal de koper in beginsel de bewijslast daarvan dragen. Vanuit dat oogpunt verdient het daarom wel aanbeveling dat de koper een schriftelijke kennisgeving aan de verkoper zendt.

- Na het verstrijken van de in artikel 7:23 lid 1 BW bedoelde termijn heeft de koper geen actie meer op grond van non-conformiteit. Kan hij dan eventueel nog wel met succes een op dwaling gebaseerde vordering tegen de verkoper instellen? Naar mijn mening niet. De koper zal met zijn op dwaling gebaseerde vordering doorgaans een resultaat nastreven dat hij eigenlijk met een op artikel 6:74 dan wel artikel 6:265 jo. 6:270 BW gebaseerde vordering had willen bereiken (namelijk vergoeding van transactieschade, eventueel in de vorm van koopprijsvermindering). Is een dergelijke vordering niet meer mogelijk, dan is een op dwaling gebaseerde vordering mijns inziens ook niet meer toelaatbaar.<sup>25</sup>



#### IN HET OOG SPRINGEND

De meest in het oog springende van de recente ontwikkelingen is mijns inziens het arrest HR 25 februari 2005, JOR 2005, 168 (Fabels/Meenderink). Uit dit arrest valt af te leiden dat er ook non-conformiteit zal (kunnen) zijn in geval van gebreken die het normaal gebruik van de gekochte woning niet in de weg staan. Dit betekent dat het (door de verkoper te voeren) verweer dat de gestelde gebreken geen non-conformiteit opleveren omdat zij het normaal gebruik niet verhinderen, thans aanmerkelijk minder kans van slagen zal hebben. ●

<sup>24</sup> Vgl. Asser/Hijma 5-I (2001), nr. 544. In de lagere rechtspraak wordt nog wel eens aansluiting gezocht bij de voor een consumentenkoop in artikel 7:23 lid 1 BW genoemde termijn van twee maanden.

den. Zie o.m. Rechtbank Arnhem 27 april 2005, NJ Feitenrechtspraak 2005, 263.

<sup>25</sup> Zie ook *Parl. Gesch. Boek 7* (1991), p. 152. Anders echter Asser/Hijma 5-I (2001), nr. 549.