

# Actualia

## contractspraktijk

### Leerstukken | Onderzoeks- en mededelingsplichten

HR 20 maart 2009 (LJN BG8788) laat zich moeilijk rijmen met HR 14 november 2008, (RvdW 1030) voor zover het de rol van de onderzoeksplicht van de koper betreft

Mr. T.H.M. van Wechem\*

#### Inleiding

Uit een arrest dat de Hoge Raad op 14 november 2008 in een geschil over de verhouding tussen mededelings- en onderzoeksplichten bij koop heeft gewezen, lijkt te volgen dat de Hoge Raad bij vragen over non-conformiteit, de regels zoals hij deze heeft ontwikkeld in het leerstuk van dwaling, onverkort toepast. In dat arrest toetste de Hoge Raad of de 'hoofdregel' zoals die bij dwaling geldt – te weten een schending van de mededelingsplicht weegt in beginsel zwaarder dan een schending van de onderzoeksplicht tenzij de rechter goed gemotiveerd oordeelt waarom dat in het specifieke geval anders is – in een geval waarbij het debat een non-conformiteit van het geleverde betrof, op een juiste wijze was toegepast. In het WPNR van 14 maart 2009<sup>1</sup> wijs ik erop dat het er sterk op lijkt dat de *normering* zoals deze in het leerstuk van dwaling is ontwikkeld ter zake mededelings- en informatieplichten dan dus ook bij non-conformiteit gelding heeft. Een ontwikkeling waarin ik mij niet kan vinden, omdat bij conformiteitsvraagstukken het zwaartepunt van de discussie zich op (de schending van) de onderzoeksplicht van de koper zou moeten richten. De gekochte zaak moet immers de eigenschappen bezitten die de koper op grond van de overeenkomst mag verwachten en waarvan hij de aanwezigheid niet behoeft te betwijfelen. Wanneer een koper

reden heeft om aan de aanwezigheid van een eigenschap te twijfelen, kleurt die twijfel de (non-)conformiteit in. De aanwezige (en *niet*-gecommuniceerde) wetenschap van de verkoper doet er dan eigenlijk (in beginsel) niet (meer) toe. De Hoge Raad lijkt echter in het voornoemde arrest een andere kant op te gaan. In zijn arrest van 20 maart 2009 besteedt de Hoge Raad ruim aandacht aan de reikwijdte van de onderzoeksplicht van de koper in het licht van artikel 7:17 lid 2 BW en spreekt de Hoge Raad zich uit over de effectueerbaarheid van een 'onbekendheidsclausule' waarin de verkoper verklaarde dat het hem niet bekend is dat zich in het registergoed asbesthoudende materialen bevinden. In het hiernavolgende stel ik de vraag centraal of de voornoemde arresten van 20 maart en 14 november op het punt van onderzoeksplichten met elkaar in overeenstemming zijn.<sup>2</sup>

#### Casus Hoge Raad 20 maart 2009

In de casus die aan het arrest ten grondslag ligt, ging het over het volgende. Rebel beheer Zeeland b.v. (hierna: Rebel) koopt van Stichting Personeel- en Kinderfonds KPN (hierna: PKF) een bungalowpark om dat op dezelfde dag door te verkopen aan Resim Projecten v.o.f.<sup>3</sup> In de koopovereenkomst met Resim heeft Rebel de bepaling

\* Mr. T.H.M. van Wechem is verbonden aan Baker & McKenzie, advocaten, notarissen en belastingadviseurs.

1. Gelijkschakeling van mededelingsplichten en onderzoeksplichten bij vraagstukken van non-conformiteit en dwaling?, WPNR 2009 (6790), p. 222 e.v.

2. Andere aspecten van het arrest, zoals de inroepbaarheid van de bankgarantie en het daarmee samenhangende vraagstuk van opschorting, laat ik buiten beschouwing.

3. Resim B.V., Eureka B.V. en Zonka B.V. zijn de vennoten van Resim Projecten v.o.f.

opgenomen dat het verkoper niet bekend is dat zich in het registergoed asbesthoudende materialen bevinden ('de onbekendheidsverklaring'), een verklaring die niet in de overeenkomst tussen PKF en Rebel was geïncorporeerd. Voorafgaand aan de koop is door Resim bij een visuele inspectie asbest gesignaleerd. Na de koop blijkt dat zich eveneens ander asbesthoudend materiaal in de bungalows bevindt. De sandwichpanelen aan de zijkanten van de recreatiebungalows bleken aan weerszijden uit asbest te bestaan en de desbetreffende panelen waren bij een verbouwing in 1985-1986, waarbij de bungalows werden geïsoleerd, aan het oog onttrokken door metselwerk aan de buitenkant en door spaanplaat aan de binnenkant. In de procedure stond onder meer de vraag centraal of Rebel tekort is geschoten onder de koopovereenkomst, doordat de zaak niet de eigenschappen bezat die Resim had mogen verwachten en waarvan zij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen. De rechtbank en het hof oordeelden dat de gekochte zaak niet aan de overeenkomst beantwoordde, waarbij het hof er (doorslaggevend) belang aan hechtte dat Resim bij een toekomstige (en te verwachten) renovatie groot onderhoud en/of verbouwingen zou moeten plegen en dat de aanwezigheid van substantiële hoeveelheden asbesthoudend materiaal voor de koper daarbij zeer bezwarend was en dat de afwezigheid van asbest, daargelaten of een in de overeenkomst voorzien bijzonder gebruik nodig kan worden genoemd, zeer belangrijk is. Voorts hechtte het hof belang aan de onbekendheidsverklaring, omdat Rebel aan Resim had meegedeeld dat het contract tussen Rebel en PKF identiek zou zijn aan de overeenkomst tussen Rebel en Resim. Hoewel de onbekendheidsverklaring niet was opgenomen in de eerste overeenkomst – naar achteraf bleek – had Resim dat wel mogen verwachten. Omdat het PKF de stichter was van het bungalowpark, mocht Resim derhalve aan de verklaring van Rebel de betekenis toekennen dat zij van de aanwezigheid van asbest op de hoogte zou zijn gebracht. In verband met de verhouding tussen de aanwezigheid van asbesthoudende materialen die voor Resim zichtbaar waren en de aanwezigheid van de niet zichtbare asbesthoudende materialen, oordeelde het hof dat de klacht van Resim zich slechts kon uitstrekken tot de asbesthoudende materialen die zij niet zelf heeft waargenomen. Resim had volgens het hof mogen verwachten dat geen verborgen asbest aanwezig was en het hof stelde Rebel op dat punt in het ongelijk.

## Hoge Raad

Op voorspraak van A-G Keus vernietigt de Hoge Raad het arrest van het hof op diverse gronden. De volgende twee cassatiegronden<sup>4</sup> zijn daarbij in het bijzonder van belang. Allereerst betrof dat de betekenis van de onbekendheidsverklaring. Het hof had deze – zoals hiervoor uiteengezet – uitgelegd als ware dat deze verklaring door

Resim kon worden opgevat als betrekking hebbend op de afwezigheid van verborgen asbest en dat zij derhalve geen verborgen asbest had hoeven te verwachten. De Hoge Raad oordeelde dat zonder nadere motivering, die ontbreekt, niet valt in te zien hoe Resim, die zelf voorafgaand aan de sluiting van de koopovereenkomst had geconstateerd dat er asbesthoudende materialen in het bungalowpark aanwezig waren, aan de onbekendheidsverklaring en haar verwachting dat die ook in de koopovereenkomst tussen PKF en Rebel voorkwam, de gerechtvaardigde verwachting kon ontlenen dat er voor het overige geen asbest in het bungalowpark was verwerkt.

De volgende vernietigingsgrond betrof de reikwijdte van artikel 7:17 lid 2 BW. Daarover oordeelde de Hoge Raad:

'4.2.4 Rebel heeft in feitelijke instanties aangevoerd, kort gezegd, dat Resim een professionele koper is, dat de bestuurders van twee van de vennoten van Resim als aannemer, bouwstoffenhandelaar en projectontwikkelaar bij uitstek bekend zijn met de bouwkundige aspecten van bouwmaterialen en ervan op de hoogte waren dat het bungalowpark in de jaren zeventig gebouwd is en dat in die periode veelvuldig asbesthoudend materiaal werd gebruikt in bouwprojecten. In dat verband heeft Rebel betoogd dat de door Resim geconstateerde aanwezigheid van direct zichtbare asbesthoudende materialen gerede twijfel bij haar had moeten wekken omtrent de afwezigheid van niet direct zichtbare asbesthoudende bouwmaterialen, en dat Resim heeft nagelaten om voorafgaand aan de totstandkoming van de koopovereenkomst een nader onderzoek in te stellen naar de eventuele aanwezigheid van asbest of inlichtingen daaromtrent in te winnen of de bouwtekeningen te bestuderen, waaruit zij had kunnen opmaken dat ook in de constructieve delen asbesthoudende of asbestverdachte materialen zijn gebruikt. De onderdelen (...) klagen dat het hof, onder meer, de in dit kader op Resim rustende onderzoeksplicht heeft miskend, althans de door Rebel gestelde op Resim rustende onderzoeksplicht op ontoereikende gronden heeft verworpen. Laatstbedoelde klacht is gegrond. Het oordeel van het hof (rov. 5.4 van het tussenarrest) dat Rebel miskent dat het hier gaat om asbesthoudende materialen die door metselwerk en spaanplaat aan het oog zijn onttrokken, en die alleen ontdekt konden worden als een muur was opengehakt, levert onvoldoende grond op voor de verwerping van het betoog van Rebel als hiervoor weergegeven.'

Resim had dus als koper – ondanks de aanwezigheid van een 'onbekendheidsverklaring' die volgens het hof feitelijk kon worden uitgelegd als een verklaring van de stichter van het bungalowpark waarop Resim mocht vertrouwen – en ondanks dat Resim een zaak heeft gekocht die voor haar ongewenste asbest bevatte, het nakijken.

4. Het hof was er ook er van uitgegaan dat het park nimmer was gerenoveerd, terwijl het had vastgesteld dat de bungalows in 1985-1986 waren geïsoleerd. Ook op dat punt was het oordeel van het hof onbegrijpelijk, aldus de Hoge Raad.

## Opvallend I: onderzoeksplicht

Een verkoper – een investeringsmaatschappij – verkoopt een bungalowpark waarin substantiële hoeveelheden verborgen asbest aanwezig blijken te zijn. De koper dient het gelag te betalen, louter omdat de koper vanwege door hem onderkende aanwezige zichtbare asbest niet de afwezigheid van onzichtbare asbest had mogen verwachten. Een opmerking die wellicht wat flauw is, maar wel voor de hand ligt, is of de *afwezigheid* van asbest wel een eigenschap<sup>5</sup> kan zijn die door de koper betwijfeld kan worden in de betekenis van artikel 7:17 BW. Zou dat namelijk niet de reden zijn dat het hof – hierop bekritiseerd door de advocaat-generaal en uiteindelijk door de Hoge Raad – gezocht heeft naar een *positief* geformuleerde afwezige eigenschap? Het hof oordeelde namelijk dat *aanwezige* asbest hogere renovatiekosten tot gevolg zou hebben en dat die kosten bezwarend voor de koper zouden zijn. Met andere woorden, de koper had die kostenverhoging ten aanzien van het gebruik<sup>6</sup> van de zaak niet hoeven te verwachten. De advocaat-generaal (conclusie onder 2.13)<sup>7</sup> houdt het erop dat het hof de norm van artikel 7:17 BW verkeerd heeft toegepast. Ook de Hoge Raad acht de loutere vaststelling dat de desbetreffende asbest aan het oog onttrokken was, onvoldoende om daarmee het non-conformiteitsoordeel te billijken vanwege de schending door de koper van zijn onderzoeksplicht. Het lijkt er derhalve op dat de norm zoals deze thans is verwoord in het huidige artikel 7:17 lid 5 BW<sup>8</sup> – de koper kan zich er niet op beroepen dat de zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt wanneer hem dit ten tijde van het sluiten van de overeenkomst bekend was of redelijkerwijs bekend kon zijn – de vraag van conformiteit van artikel 7:17 lid 2 BW inkleurt. De koper had in dit geval niet de afwezigheid van asbest mogen verwachten en daardoor kon de verkoper geen non-conforme levering worden verweten.

De Hoge Raad oordeelt dat het hof de op Resim rustende onderzoeksplicht op ontoereikende gronden heeft verworpen. Dit terwijl het hof feitelijk had vastgesteld dat van Resim in dit kader ten aanzien van de invulling van de onderzoeksplicht niet verlangd kon worden dat zij tot het slopen van muren zou zijn overgegaan. Dat laatste is volgens de Hoge Raad dus niet doorslaggevend. De Hoge Raad lijkt met zijn oordeel te impliceren óf (1) dat zulks in dit geval wél van de koper had mogen worden verlangd,

hetgeen betekent dat de onderzoeksplicht een serieuze omvang kan aannemen óf (2) dat dit er niet toe doet omdat de koper die had behoren te twijfelen geen conforme zaak mag verwachten zolang de twijfel niet is weggenomen, zelfs als dat betekent dat er muren moeten worden gesloopt. Ik houd het op het laatste. Het arrest lijkt echter wel de kant op te wijzen dat de omvang van de onderzoeksplicht substantieel kan zijn.<sup>9</sup>

Hijma<sup>10</sup> wijst erop dat de vraag wanneer een onderzoeksplicht moet worden aangenomen, afhankelijk is van alle omstandigheden van het geval, waarbij de over en weer aanwezige *deskundigheid* van partijen van gewicht kan zijn. Deze deskundigheid van de koper wordt door de Hoge Raad – en dat is opmerkelijk en voor de praktijk van belang – in het onderhavige arrest doorgetrokken tot wetenschap van de bestuurders van de vennootschappen die Resim Projecten v.o.f. vormden.

Hijma wijst er ook op dat bij dwaling geldt dat het nalaten van eigen onderzoek in het algemeen niet aan de koper zal kunnen worden tegengeworpen door een verkoper die op het bewuste punt een *inlichting* heeft verschaft en evenmin door een verkoper die heeft *gezwegen* waar hij had *behoren* te spreken en dat bij de conformiteitsvraag van dezelfde principes zal kunnen worden uitgegaan.

## Opvallend II: onbekendheidclausule<sup>11</sup>

Wat bij dit arrest voorts opvalt, is dat deze laatste – hiervoor genoemde – uitgangspunten niet apart worden uitgelicht. De verkoper had immers een mededeling gedaan, namelijk dat hem geen asbest bekend was. Het hof gaf aan die verklaring de uitleg dat deze door de koper opgevat kon worden als impliciet te zijn gedaan door de stichter van het bungalowpark en dat deze daarom mede het (gerechtvaardigde) verwachtingspatroon van de koper kon vormen ten aanzien van de afwezigheid van asbest. Dit oordeel werd door de Hoge Raad als onbegrijpelijk van de hand gewezen.<sup>12</sup> Maar zelfs wanneer gesteld zou worden dat Resim niet *wist* dat er asbest aanwezig was, rijst de vraag of in dit debat dan de vraag wat de verkoper had *behoren* te weten<sup>13</sup> – zoals deze vraag gesteld kan worden in het kader van artikel 6:228 lid 1 onder b BW – in

5. Zie over de onduidelijkheid van het begrip 'eigenschap' in art. 7:17 BW, P. Klik, Conformiteit bij koop, Deventer: Kluwer 2008, p. 75.  
6. Waarschijnlijk – in het verlengde van het oordeel van de rechtbank – vanuit de gedachte dat het park dan niet geschikt is om te kunnen worden uitgebaat op de wijze zoals beoogd.  
7. De advocaat-generaal is ook van mening dat het hof art. 7:17 lid 2 BW laatste volzin verkeerd heeft toegepast. Ik deel zijn mening op dat punt niet, omdat het hof overwoog '(...) daargelaten of die voor een normaal of een in de overeenkomst voorzien bijzonder gebruik nodig kan worden genoemd (...)’ en dit mijns inziens tot uitdrukking brengt dat het niet uitmaakt of het in dit geval het normale of bijzondere gebruik betreft en niet – zoals de advocaat-generaal suggereert – dat het oordeel abstraheert van het normale of bijzondere gebruik.  
8. Art. 7:17 lid 5 BW is in deze zaak niet van toepassing, omdat de overeenkomst dateert uit 2000, zie WPNR 2009, p. 224 en 225.

9. Een punt dat intrigeert, is wat rechtens is wanneer bij sloop van de muren door de koper *geen* asbest zou zijn aangetroffen en wie dan voor die kosten dient op te draaien?

10. Asser-Hijma, 5-I, nr. 337.

11. Zie over onbekendheidclausules: HR 28 januari 2000, LJN AA4606 (Christiaanse/Van Dijk) en HR 19 december 2003, LJN AN 7823.

12. Het is jammer dat de Hoge Raad de onderdelen 2f-k van het cassatiemiddel buiten beschouwing laat. Deze behoeften geen behandeling meer. De stelling van Rebel waarbij zij zich erop beriep dat in de overeenkomst een clausule was opgenomen met als strekking dat Resim het gekochte in de staat waarin het zich bevond aanvaardde, werd dus niet in het eindoordeel meegewogen. Uit HR 23 november 2007, LJN BB3733 valt af te leiden dat een dergelijke clausule als een disclaimer kan worden uitgelegd.

13. Of geacht kon worden deze feiten te hebben gekend.

de afweging in de verhouding tussen schending van de mededelingsplicht en onderzoeksplicht in het kader van artikel 7:17 BW een rol zou moeten spelen?<sup>14</sup> In zijn arrest van 14 november 2008 lijkt de Hoge Raad immers de normering zoals deze in het dwalingsleerstuk is ontwikkeld ter zake de mededelings- en informatieplichten, toepasbaar te achten bij vraagstukken van non-conformiteit. Dit zou dan als logisch gevolg meebrengen dat de norm van mededelingsplichten zoals die bij dwaling geldt ook bij non-conformiteit van toepassing zou zijn. In het onderhavige arrest wordt door de Hoge Raad echter met geen woord gerept over een eventuele mededelingsplicht<sup>15</sup> van de verkoper noch wordt de omvang van de onderzoeksplicht van de koper op enige wijze aan het schenden van enige mededelingsplicht van de verkoper gerelateerd, doch op zelfstandige zwaarte getoetst. Dit komt hoogstwaarschijnlijk, omdat het partijdebat zich niet tot die vraag heeft uitgestrekt. Maar is het dan zo dat de *zwaarte* van de onderzoeksplicht van de koper die op grond van artikel 7:17 lid 2 BW op hem rust materieel gezien afhankelijk kan zijn van de door procespartijen ingenomen stellingen en weegt deze dan zwaarder wanneer *niet* tevens door procespartijen expliciet aan dwalingsrechtspraak wordt gerefereerd? Bezie men de rechtspraak inzake dwaling waarbij de schending van de onderzoeksplicht aan de koper wordt tegengeworpen, dan gaat het er niet om wat de dwalende had *kunnen* ontdekken, maar wat hij had *behoren* te ontdekken.<sup>16</sup> In dat kader van dwaling lijkt het slopen van muren een spreekwoordelijke brug te ver in het licht van het *behoren* te ontdekken, terwijl dit klaarblijkelijk in het kader van artikel 7:17 lid 2 BW wel had mogen worden verwacht van deze koper. Ook heft schending van de mededelingsplicht van de verkoper – zelfs wanneer dit een behoren te weten van de verkoper betreft – veelal een schending van de onderzoeksplicht van de koper op.<sup>17</sup>

Het arrest van 20 maart lijkt de richting op te wijzen dat schending van de onderzoeksplicht in het kader van artikel 7:17 lid 2 BW volgens een ‘eigen’ normenkader verloopt en abstraheert van aan dwaling gerelateerde rechtspraak en van een aan dwaling gerelateerd normenkader.

## Conclusie

De Hoge Raad casseert in zijn arrest van 20 maart 2009 het arrest van het hof waar het hof feitelijk had geoordeeld dat van een koper in het kader van zijn onderzoeksplicht die op grond van artikel 7:17 lid 2 BW op hem rust niet gevergd kon worden dat hij muren zou slopen om te bezien of er onzichtbare asbest was, in het geval waarbij ook het hof had onderkend dat bij de koper wetenschap ter zake

van zichtbare asbest op een aantal plaatsen aanwezig was. In het feitelijke oordeel van het hof was mede – in het voordeel van de koper – belang toegekend aan een onbekendheidsverklaring van de verkoper in de overeenkomst. De Hoge Raad casseert en geeft daarmee richting aan de betekenis en aan de materiële invulling van de onderzoeksplicht in artikel 7:17 lid 2 BW. De Hoge Raad lijkt aan te geven dat wanneer de koper reden heeft tot twijfel ter zake de eigenschappen van de zaak, die twijfel eerst dient te worden weggenomen, omdat deze twijfel in de weg staat aan het gerechtvaardigd verwachtingspatroon ten aanzien van wat de koper mag verwachten. Deze invulling van artikel 7:17 lid 2 BW lijkt ‘strenger’ dan de normering die bij de dwalingsarresten ter zake invulling van de onderzoeksplicht van de koper wordt gehanteerd, alsmede ten aanzien van de arresten waarin bij dwaling de verhouding tussen mededelingsplichten en onderzoeksplichten centraal staat. Voor zover het dat aspect van het arrest betreft, wijst dit arrest een andere richting op dan het arrest van 14 november 2008, waarbij de Hoge Raad lijkt te suggereren dat de normering ten aanzien van de mededelingsplichten en onderzoeksplichten bij dwaling en non-conformiteit dezelfde is. Het is niet goed mogelijk om uit de combinatie van beide arresten de juiste koers te ontwaren. ■

14. In WPNR 2009 (6970) betoog ik overigens dat dit *niet* het geval zou moeten zijn.

15. Resim beriep zich in de procedure nog wel op HR 21 juni 2002, LJN AE4392 om daaraan de conclusie te verbinden dat er geen mededelingsplicht op haar rustte.

16. Zie Asser-Hijma 5-1, nr. 242.

17. Zie Asser-Hijma 5-1, nr. 243.