

NOOT onder: HR 23 december 2005, *De Rooij – Van Olphen*, HR 23 november 2007, *Ploum – Smeets en Geelen Tankstations*, en HR 20 juni 2008, *Pontmeijer - Archon*

Contractuele aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging in geval van exoneraties en garanties in de zin van art. 5 NVM-akte. ‘Normaal gebruik’ van het perceel en bekendheid met gebreken.

Inleiding

1. De aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging loopt niet uitsluitend via de verhaalsactie uit onrechtmatige daad, waaraan in dit blad al jaar en dag veel aandacht gegeven is. Indien onroerend goed van eigenaar veranderd is, staat een contractuele verhaalsactie ter beschikking, uit wanprestatie (toerekenbare tekortkoming) of wellicht dwaling, bedrog, e.d., voor de teleurgestelde koper. De omvang van zo'n contractuele actie wordt bepaald door hetgeen de overeenkomst omtrent aansprakelijkheid van de verkoper inhoudt. In geval van verkoop van onroerend goed zijn de relevante wettelijke bepalingen van regeland recht, dat wil zeggen dat het partijen vrijstaat om daarvan af te wijken door middel van bepalingen in het contract. Doorgaans is dit bedoeld om de aansprakelijkheid van de verkoper te beperken (exoneratie- of vrijtekeningsclausules), maar ook kunnen aan de koper garanties gegeven worden die zijn positie versterken. Dat hiervoor standaardbepalingen ontwikkeld zijn ligt voor de hand; de zogenaamde NVM-koopakte wordt algemeen gebruikt, met daarin art. 5, waarover dadelijk meer, waarin getracht is om zowel vrijtekening als garantie in één bepaling neer te leggen. Over de uitleg van die bepaling gaat het in de jurisprudentie waaraan deze noot gewijd is, waarbij wij de Hoge Raad in zijn rechtsvormende taak bezig zien, terwijl de rechtseenheid eveneens bediend wordt. Het is de vraag wat dit opgeleverd heeft, of alle onduidelijkheden rond dat artikel opgeheven zijn waarover nogal wat pennen in beweging gekomen zijn de laatste jaren.

2. Alvorens art. 5 te belichten, een algemene beschouwing over vrijtekenen en garanderen, zoals uit de jurisprudentie van de Hoge Raad te kennen. Al jaar en dag staat vast dat de betekenis van een exoneratie of garantie vastgesteld moet worden door middel van uitleg, waarbij de omstandigheden van het geval mede bepalend zijn. Een uitleg te goeder trouw, ook wel bekend als ‘normatieve uitleg’, lang voordat die notie verbonden was aan *Haviltex*, het bekende arrest uit 1981. Doorslaggevend is de inhoud van de overeenkomst ‘in de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten’ (door de HR in 2004 geormerkt als ‘de Haviltexnorm’). Dat geldt niet alleen voor een exoneratie, maar ook voor een garantie, zoals in het *Hoog Catherijne*-arrest van 1995 uitdrukkelijk bepaald werd (ov. 3.5.2). Het ‘garanderen’ of ‘instaan voor’ heeft volgens dat arrest geen vaste betekenis in het recht; voor de uitleg ervan is de verhouding tussen de *mededelingsplicht* (van de verkoper) en de *onderzoekplicht* (van de koper) van belang. Daarbij oordeelde de Hoge Raad dat de verplichting om informatie te geven van de verkoper mede bepaald wordt door hetgeen hij ‘in de gegeven omstandigheden aan onderzoeksinspanningen aan de zijde van de koper mocht verwachten’.

Dat alles is aanzienlijk gecompliceerder geworden door de invoering van het conformiteitsbegrip van art. 7:17 BW: ‘de koper mag verwachten dat de zaak die eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan hij *de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen*’. Ik cursiveerde dat laatste om aan te geven dat het om vanzelfsprekende eigenschappen gaat, die twijfel uitsluiten. Dat is niet onbelangrijk, want als het gaat om bijvoorbeeld de koop van een tankstation, waarvan algemeen bekend is dat *elk* tankstation-oude stijl in ons land op ernstig vervuilde bodem staat (vanwege ontbreken van een niet-vloeistof werende bestrating) kan men onmogelijk zeggen dat de koper ‘niet behoefde te betwijfelen’ dat er geen sprake zou zijn van bodemverontreiniging. De precieze inhoud van de overeenkomst is bepalend voor de vraag wat de koper mocht verwachten. Inclusief de mededelings- en onderzoekplichten die over en weer tussen partijen gelden. Uit de parlementaire geschiedenis van art. 7:17 blijkt al van het belang van die verplichtingen, gekoppeld aan het ‘niet hoeven twijfelen’ van de koper.

De gewone regels van wanprestatie (artt. 6:74 en 75 BW) zijn hierbij van belang, oordeelde de Hoge Raad, waarbij met name de toerekeningsfactoren van art. 6:75 opvallen: de aard van de overeenkomst, de verkeersopvatting en de redelijkheid (zie o.m. HR 9 jan. 1998, *NJ* 1998, 272, *Bassethond*; HR 2 april 1999, *NJ* 1999, 585, *vloerzwam*). Zie uitvoeriger voor deze materie mijn *Verbintenissenrecht 1*, 5^e dr. 2004, p.495 e.v., met verdere literatuur en rechtspraak.

De uitleg van conformiteit is dus langs dezelfde lijnen als die bij uitleg van garanties. Naast het beginsel van de goede trouw, alias redelijkheid, zijn de omstandigheden van groot belang, die kunnen leiden tot het aannemen van een mededelings-, respectievelijk onderzoekplicht voor betrokken partijen in hun rol van verkoper of koper. Bij dit alles is het goed om in het oog te houden dat de term ‘overeenkomst’ twee betekenissen heeft: de *rechtsverhouding* en het *document* (‘contract’) waarin die verhouding vastgelegd is. Een veel voorkomend misverstand, met bijbehorende ellende, is dat men uitsluitend de tweede betekenis voor ogen heeft bij de uitleg: de overeenkomst als stuk papier, en dat nog wel enkel aan taalkundige uitleg onderworpen moet worden. ‘Er staat wat er staat!’ Het is goed om te bedenken dat de Hoge Raad in *Haviltex* het over de overeenkomst als *rechtsverhouding* heeft, vandaar al die goede trouw die erbij te pas komt, een beginsel dat al sinds de Romeinen een rechtsverhouding beheerst.

3. Daarmee komen wij op de betekenis van de standaardbepaling uit de NVM-koopakte, art. 5; soms letterlijk gehanteerd, soms geparafraseerd of aangevuld met een specifieke voorwaarde. Ik geef hier eerst die bepaling weer:

Artikel 5 NVM-koopakte

5.1. De onroerende zaak wordt aan de koper in eigendom overgedragen in de staat waarin het zich bij het tot stand komen van deze overeenkomst bevindt.

(....)

5.3. De onroerende zaak zal bij de eigendomsoverdracht de feitelijke eigenschappen bezitten die voor een normaal gebruik nodig zijn. Koper is voornemens de onroerende zaak te gebruiken als:

..... [nader in te vullen door partijen]

Indien de feitelijke levering eerder plaatsvindt, zal de onroerende zaak op dat moment de eigenschappen bezitten die voor een normaal gebruik nodig zijn. Verkoper staat niet in voor andere eigenschappen dan die voor een normaal gebruik nodig zijn, noch voor gebreken die dat normale gebruik belemmeren en die aan de koper kenbaar zijn op het moment van het tekenen van deze koopovereenkomst.

5.4. Aan de verkoper is niet bekend, dat de onroerende zaak enige verontreiniging bevat die ten nadele strekt van het in lid 3 omschreven gebruik door koper of die heeft geleid of zou kunnen leiden tot een verplichting tot schoning van de onroerende zaak, dan wel het nemen van andere maatregelen. Voorzover aan verkoper bekend zijn in het verkochte geen ondergrondse olietanks voor het opslaan van (vloei-)stoffen aanwezig.

Wat staat hier nu eigenlijk? Hierbij een analyse:

Lid 1: de verkoop van de zaak vindt plaats in de staat waarin deze zich bevindt ten tijde van de koop, dat wil zeggen, verkoper staat niet in voor verborgen gebreken (*exoneratie*);

Lid 3: verkoper staat wel in voor normaal gebruik als [...] (*garantie*); verkoper garandeert uitsluitend eigenschappen die voor normaal gebruik nodig zijn, voor gebreken die voor koper kenbaar zijn wordt niet ingestaan ('kenbaar' verwijst naar de mogelijkheid van onderzoek);

Lid 4: het is verkoper niet bekend dat de zaak enige verontreiniging bevat die ten nadele strekt van de garantie in lid 3 gegeven, die tot bodemsanering zou kunnen leiden (*onbekendheidsverklaring*).

De huisjurist van de NVM, C.H.M. Vlaanderen, nauw betrokken bij de tot standkoming van deze clausule, heeft eens uiteengezet dat art. 5.1 als exoneratie een zelfstandige functie toekomt ('hoofdregel') naast art. 5.3, de garantiebepaling ('beperking van de hoofdregel voor een bepaalde categorie gebreken'). Een beroep op art. 5.1 wordt niet geblokkeerd door art. 5.3. Over de betekenis van art. 5.4 zijn de meningen echter verdeeld; anders dan Vlaanderen ben ik van mening dat die bepaling nader inhoud geeft aan art. 5.3, en in ieder geval 5.1 niet onderuit kan halen. Vlaanderen volstaat met aan 5.4 een neutrale functie toe te kennen: of als status-quo, of als signaalfunctie: dat partijen een mededelings-, c.q. onderzoekverplichting hebben. In die optiek valt art. 5.1 vaak onder tafel bij schrijvers. Ik verwijs voor deze discussie naar mijn *Verbintenissenrecht 1*, p.491-507, met vindplaatsen.

4. De Hoge Raad had zich in de spraakmakende *woonboerderij*-zaak (HR 28 jan. 2000, *NJ* 2000, 575, nt WMK; AA 2000, p.459, nt Van Dunné) op de vlakte gehouden, marginaal toetsend of het hof kon oordelen wat het oordeelde, op begrijpelijke wijze. In de laatste jaren heeft de cassatierechter zich in de discussie gemengd en een standpunt ontwikkeld over de relatie exoneratie – garantie, met conformiteitsaus overgoten, ex art. 5 NVM-koopakte, met betrekking tot koop van onroerend goed waarbij ook bodemverontreiniging in het geding is. De aanloop vormt hier het arrest van 23 december 2005, *RvdW* 2006, 17, *De Rooij – Van Olphen (casus 1)*, gevolgd door HR 23 november 2007, *NJ* 2008, 552, nt HJS (onder nr. 553), *Ploum – Smeets en Geelen Tankstations (casus 2)*, en HR 20 juni 2008, *NJ* 2008, 355, *PontMeyer – Archon (casus 3)*. Ik zal de casus bespreken en de arresten van commentaar voorzien, in het verlengde van hetgeen in deze inleiding naar voren gebracht werd.

Casus 1. Bouwperceel Bloemendaal, inclusief sloopvergunning?

5. Van Olphen verkoopt aan De Rooij, makelaar van beroep, op 19 april 2001 in Bloemendaal een woonhuis met tuin, etc. voor ruim € 2,2 mln. Koper De Rooij wilde het woonhuis laten slopen en het perceel in twee percelen verkavelen en daarop twee geschakelde woonhuizen bouwen, waarvan één voor hemzelf bestemd en het tweede doorverkocht zou worden. In art. 5.3 van de koopovereenkomst, de 'normaal gebruik'-clausule, werd als het normale gebruik van de grond opgenomen: 'bouwperceel voor twee halfvrijstaande huizen'.

De levering vond plaats op 1 februari 2002. Op 20 december 2001 was echter het gebied waarin het perceel lag aangewezen als beschermd dorpsgezicht onder de Monumentenwet.

Aanvragen voor sloop- of bouwvergunningen worden door de gemeente aangehouden tot een nieuw bestemmingsplan aanvaard is, hetgeen drie jaar kan duren. De Rooij ziet zijn plan in duigen vallen en verkoopt een half jaar later het pand voor een bedrag dat ca. € 160.000 onder de koopprijs lag. Hij begint een procedure tegen Van Olphen en vordert onder meer betaling van dat laatste bedrag als schadevergoeding, wegens wanprestatie. Immers, art. 5.3 van de koopovereenkomst hield een garantie in dat de gekochte zaak geschikt was als bouwperceel voor twee halfvrijstaande woonhuizen, welke garantie niet waargemaakt was door de aanwijzing van het gebied als beschermd dorpsgezicht.

Rechtbank en hof wijzen zijn vordering af. De Rooij had zich behalve op de tekst van art. 5.3 beroepen op de omstandigheid dat Van Olphen volledig op de hoogte was van zijn bouwplannen. Volgens het hof houdt dat laatste op zichzelf niet in dat De Rooij aan de koopovereenkomst het recht kon ontleen een perceel geleverd te krijgen waarop hij zijn voornemen kon verwezenlijken. Dat valt uit de tekst van de overeenkomst niet af te leiden: onder 'normaal gebruik' als bedoeld in art. 5.3 kan niet worden verstaan het slopen van het verkochte huis gevolgd door nieuwbouw van twee schakelwoningen. Daaraan doet niet af dat in hetzelfde artikel het voorgenomen gebruik van koper is weergegeven; die mededeling is wel van belang in zover dat wanneer de verkoper wist of behoorde te begrijpen dat dit voorgenomen gebruik niet op de door de koper beoogde wijze kon worden verwezenlijkt, hij de koper daarover had moeten informeren. Bij gebrek aan wetenschap hoefde hij echter niet ervoor in te staan dat het door koper voorgenomen gebruik, voor zover dat van het normale gebruik afweek, op de door koper beoogde wijze kon worden gerealiseerd (ov. 4.4).

Hierover wordt in cassatie door koper De Rooij geklaagd, onder meer met de stelling dat het hof zijn oordeel op onbegrijpelijke wijze heeft gemotiveerd door te overwegen dat de mededeling van verkoper in art. 5.3 koopakte omtrent het voorgenomen gebruik van koper niet de betekenis heeft dat het risico daarvan naar verkoper Van Olphen werd verlegd in de zin dat hij ervoor moest instaan dat dit voorgenomen gebruik moest kunnen worden gerealiseerd voor zover dat afweek van het normale gebruik.

De Hoge Raad stelt allereerst de uitlegmethode aan de orde die hier in het geding is, en verwijst daarbij zoals te verwachten is naar *Haviltex*: zuiver taalkundige uitleg is niet de maatstaf. Ook het arrest *DSM – Fox* van 20 februari 2004 wordt als standaard genoemd: de taalkundige betekenis van woorden kan in praktisch opzicht van belang zijn, in de context van het geschrift als geheel. Bij verkoop van onroerend goed, waarbij gebruik gemaakt wordt van een standaardakte met een beding als art. 5.3 van de NVM-koopakte is het uitgangspunt voor de uitleg van de term 'normaal gebruik' dat dit betrekking heeft op wat daaronder *naar gangbaar spraakgebruik* wordt verstaan ten aanzien van de grond en bebouwing. De sloop van de bebouwing gevolgd door gebruik van de grond als bouwgrond valt in beginsel niet daaronder. Dit leidt de Raad tot de conclusie dat het enkele feit dat in een dergelijk beding is opgenomen dat de koper voornemens is om van de onroerende zaak gebruik te maken als bouwperceel, 'niet zonder meer en ook niet in beginsel meebrengt dat de overeenkomst aldus dient te worden uitgelegd dat de verkoper ervoor instaat dat de sloop van de zich op dat perceel ten tijde van de verkoop bevindende bebouwing mogelijk en geoorloofd zal zijn'.

Het is aan de koper, vervolgt het college, om te bewijzen dat de verkoper de hier bedoelde eigenschappen wel degelijk heeft willen garanderen of dat de koper redelijkerwijs daarop heeft mogen vertrouwen, bijvoorbeeld doordat de makelaar uitdrukkelijk erop heeft gewezen dat de verkoper daarvoor diende in te staan (ov. 3.6).

In dat licht acht de Hoge Raad de uitleg van art. 5.3 door het hof in bovenbedoelde zin niet onbegrijpelijk (ov. 3.7). Het hof heeft daarbij mede in zijn oordeel betrokken, besluit de Raad, de door de rechtbank vastgestelde en niet bestreden omstandigheden dat verkoper de onroerende zaak niet als 'bouwperceel' heeft aangeboden en verkocht, terwijl koper, van

beroep makelaar, zich jegens verkoper had verbonden om zelf de nodige voorbereidingen voor de bouwplannen voor zijn rekening te nemen.

Ik vind de uitkomst in deze zaak bevredigend. Laten wij zien hoe deze benadering van het normale gebruik van het gekochte perceel door de cassatierechter uitgewerkt wordt in de volgende casus, waarbij bodemverontreiniging aan de orde is.

Casus 2. Tankstation te Kerkrade

6. Mevr. Ploum verkoopt voor NLG 1 mln aan Smeets en Geelen Tankstations B.V. een perceel grond in Kerkrade met daarop een tankstation met bijgebouwen, dat op 21 januari 1994 geleverd wordt. Voor mevr. Ploum treedt haar man op, die notaris is; zij had het tankstation op 30 december 1987 gekocht van Groothandel Ploum BV die dit haar op 26 september 1988 geleverd had. Het tankstation werd geëxploiteerd door BP. Voor koper treedt mevr. Smeets op, zij exploiteert een vijftiental tankstations; ook haar man had een rol gespeeld bij de onderhavige transactie.

In de transportakte zijn de volgende clausules opgenomen:

Art. 2, lid 3. ‘Het verkochte wordt aanvaard in de feitelijke staat, waarin het zich ten tijde van het sluiten van de koopovereenkomst bevond’ (= art. 5.1 NVM-akte).

Aanhef. ‘Het verkochte, door koper te gebruiken als tankstation met verkoopprijsruimte. Ten aanzien van dit gebruik van het verkochte heeft verkoper meegedeeld, dat voorzover hem bekend is, dit gebruik op publiek- of privaatrechtelijke gronden is toegestaan’ (= art. 5.3 NVM-akte).

Art. 4. ‘Voorts verklaart koper van verkoper te hebben ontvangen’ – kort gezegd - :

- proces-verbaal sanering tankstation d.d. 27 mei 1988;
- rapport Geoconsult d.d. 27 jan. 1992, grondonderzoek LPG-tank;

Art. 5, lid 5. ‘Verkoper garandeert het volgende: (...) aan hem per dat tijdstip (datum aangaan koopovereenkomst) van overheidswege of door nutsbedrijven geen veranderingen betreffende het verkochte waren voorgeschreven of aangekondigd, welke toen nog niet waren uitgevoerd’.

Het tankstation is door de rechtsvoorganger van mevr. Ploum in de eerste helft van 1988 verbouwd door ene Ploum van architectenbureau Ploum. De bouwverslagen uit die tijd spelen een rol in dit geding; Smeets verwijt haar wederpartij naderhand dat zij de inhoud ervan niet aan haar bekend gemaakt heeft, waardoor zij misleid zou zijn. Het bouwverslag van maart 1988 vermeldt een omvangrijkere bodemvervuiling die door grondonderzoek is aangetoond, terwijl een bouwverslag van april 1988 een bespreking met de gemeente over het saneren van minder grond aankondigt. Men zou echter verwachten dat deze informatie gedekt wordt in het proces-verbaal van de sanering van het tankstation dat van 27 mei 1988 is (dus na de bouwverslagen) dat aan koper ter hand gesteld was. Dat geldt ook voor een rapport van Intron uit maart 1988 dat niet bekend gemaakt was aan koper. Niettemin stelt Smeets dat informatie door Ploum achtergehouden is, en zij misleid is.

Dan zijn er activiteiten van de exploitant van het tankstation, BP, met betrekking tot de bodemvervuiling. In november 1993, dus kort voor de verkoop, had deze een saneringsplan laten opstellen door Ingenieursbureau Van Limborgh Zuid, dat gebaseerd was op bodemonderzoeken uit november 1992 en oktober 1993. Een maand na de koop deelden GS Limburg aan BP mee dat het perceel onderdeel geworden was van het provinciaal

saneringsprogramma; in maart 1994 stuurt de echtgenoot van Ploum die brief door aan Smeets. Een jaar later klaagt Smeets bij Ploum over verzwijging van die verontreiniging; zij laat in 1997 een bodemonderzoek doen waarbij ernstige vervuiling aan het licht komt (aromaten, diesel, en enig xyleen in grondwater).

In de procedure die volgt stelt Smeets dat als gevolg van de bodemverontreiniging de geleverde zaak niet meer beantwoord aan de overeenkomst omdat de verontreiniging en saneringsnoodzaak aan een normaal gebruik van de grond in de weg staan. Ploum heeft haar mededelingsplicht geschonden door Smeets niet te informeren over de bodemverontreiniging, met name de bouwverslagen, het saneringsplan van 1993 het saneringsrapport van Intron van maart 1988 niet ter hand gesteld te hebben, noch gemeld te hebben dat het slechts een deelsanering betrof. Smeets doet een beroep op de garantieclausule (art. 5 transportakte), en verder nog op onrechtmatige daad en dwaling.

De rechtbank maakt korte metten hiermee: het beroep op conformiteit evenals dat op dwaling stuiten af op de exoneratieclausule (art. 2 lid 3) en het beroep op een garantie wordt eveneens van de hand gewezen. Smeets krijgt opgedragen te bewijzen dat zij door Ploum misleid is doordat zij de bodemverontreiniging niet gemeld heeft. Smeets gaat daarvan in beroep, en ziet de bewijslast omgekeerd door het Hof Den Bosch. Het hof komt daartoe op grond van de overhandiging van een ordner met stukken voorafgaand aan de koop door de echtgenoot van Ploum (notaris) aan Smeets, waaruit het hof vermoedens afleidt die aan Ploum toegerekend worden. Het is iets ingewikkelder dan ik het zeg, maar ik ga aan deze feitelijke toedracht voorbij, om mij op onze garantieproblematiek te concentreren. Dat is ook het geval met een oordeel van het hof wanneer een tweede appel ingediend wordt, dat betrekking heeft op het intrekken van een stelling door Ploum, namelijk die over de ordner met stukken die overhandigd zou zijn aan haar wederpartij. Het hof gaat daaraan voorbij met het argument dat zijn eerste uitspraak een bindende eindbeslissing is, waarvan niet meer teruggekomen kan worden. In cassatie leidt dat tot de belangrijke uitspraak van de Hoge Raad dat dit standpunt onjuist is: het hof was niet gebonden aan zijn eindbeslissing op dit punt, en had zijn oordeel moeten heroverwegen op grond van de nieuwe feiten, die aan de vermoedens van het hof in de weg konden staan. Men zie voor dit belangrijke processuele onderwerp de noot van H.J. Snijders onder dit arrest, *NJ* 2008, 552, onder nr. 553, par. 4 ('Het nekschot van de leer van de bindende eindbeslissing?').

7. Wij beperken ons hier tot de bespreking van het oordeel van hof en Hoge Raad over de betekenis van de exoneratieclausule, art. 2 lid 3 transportakte, maar identiek aan art. 5.1 NVM-akte, het aanvaarden van de verkochte zaak in de staat waarin deze zich bevindt. Anders dan de rechtbank, was het hof van oordeel dat deze clausule

‘... redelijkerwijs slechts betekent dat de verkoper niet aansprakelijk is voor eventuele zichtbare gebreken, maar niet dat de verkoper evenmin in staat voor onzichtbare gebreken; in de clausule is immers niet expliciet opgenomen dat de verkoper zich ook voor onzichtbare gebreken heeft vrijgetekend; als uitzondering op de gewone aansprakelijkheidsregels dienen de exoneratieclausules beperkend te worden uitgelegd’ (ov. 4.3.3 tussenarrest).

De Hoge Raad is hard in zijn oordeel: deze overweging is ‘onbegrijpelijk’:

‘Uit de tekst van deze bepaling valt een dergelijk onderscheid, dat in het processuele debat door geen van partijen is verdedigd, niet af te leiden, terwijl ook overigens zonder nadere, evenwel geheel ontbrekende, motivering niet valt in te zien waarop dit door het hof gemaakte onderscheid kan worden gebaseerd.’ (ov. 4.7).

Het is opmerkelijk dat plv. P-G De Vries Lentsch-Kostense het oordeel van het hof begrijpelijk had gevonden; zij concentreert zich in haar conclusie dan ook op de uitlegaspecten die hier aan de orde zijn (nr. 26 e.v.), evenals trouwens Snijders in zijn noot (nr. 2). Mag de rechter afwijken van de uitleg die door partijen voorgestaan wordt? Dat mag, hij hoeft zich bij zijn zelfstandig oordeel niet te laten leiden door partijen, het is immers *normatieve* uitleg (met al dat ‘Haviltex’ etiketteren valt dat aspect al te gemakkelijk onder tafel), met als grens dat het geen *Überraschungsurteil* mag zijn, kort gezegd. Dat is het geval wanneer het een uitleg is die door beide partijen uitgesloten werd.

Wat ik nu weer onbegrijpelijk vind, is dat hof, de P-G en de annotator, geen van allen laten blijken dat zij ermee bekend zijn dat het hier een standaardclausule betreft die al jaar en dag de aansprakelijkheid voor *verborgen gebreken*, dus *onzichtbare* gebreken uitsluit. Zie boven, mijn inleiding tot deze noot. Ook de Hoge Raad geeft geen expliciete aandacht daaraan, maar vindt de redenering van het hof wél onbegrijpelijk, en terecht. Snijders noemt deze beslissing in zijn noot ‘van groot gewicht voor de praktijk’, omdat na verwijzing toch niet bijzonder waarschijnlijk zal zijn dat het hof de clausule zo zal uitleggen dat ze toch uitsluitend een vrijtekening voor zichtbare gebreken inhoudt. De conclusie zou mijns inziens eerder moeten zijn dat indien men in de praktijk de praktijk kent, men weet dat deze clausule al vele generaties een uitsluiting van aansprakelijkheid voor *verborgen* gebreken betekent.

De Hoge Raad gaat tenslotte, naar aanleiding van het voorwaardelijk incidentele cassatiemiddel, in op de betekenis van deze clausule art. 2 lid 3 voor de conformiteit van de verkochte zaak, zoals door rechtbank en hof aanvaard: het staat aan een beroep op art. 7:17 BW, het ontbreken van conformiteit in de weg (ov. 5). Smeets had aangevoerd dat bij ernstige bodemverontreiniging geen beroep op een exoneratieclausule gedaan kan worden, indien al geen sprake geweest zou zijn van een impliciete garantie terzake. Het hof had daaromtrent aangenomen dat Ploum geen garantie gegeven had en dat het enkele feit dat van bodemverontreiniging sprake is nog niet meebrengt dat niet voldaan is aan het vereiste van conformiteit, omdat de aanwezigheid van deze verontreiniging op zichzelf niet in de weg staat aan het gebruik van het tankstation, doch ‘slechts tot gevolg heeft dat de bodem gesaneerd dient te worden, waarmee in het algemeen niet onbelangrijke kosten zijn gemoeid’.

De Raad acht het hiertegen gericht middel gegrond. Het hof had iets nagelaten bij de beoordeling van ‘de vraag of het tankstation ondanks de bodemverontreiniging voldoet aan het conformiteitsvereiste van art. 7:17’, zoals het wat kort door de bocht geformuleerd wordt. Het hof had

‘alle van belang zijnde omstandigheden in aanmerking behoren te nemen, waaronder ook de mededelingen die de verkoper over de zaak heeft gedaan. Daarbij diende het hof niet alleen de door Smeets in hoger beroep aangevoerde stellingen in zijn beschouwing te betrekken, maar ook hetgeen Smeets in dit verband in eerste aanleg had aangevoerd. Smeets heeft zowel in eerste aanleg als in hoger beroep een aantal stellingen aangevoerd waaruit volgens haar volgde dat het verkochte niet als tankstation bruikbaar was en dat het niet de eigenschappen had die zij mocht verwachten op grond van haar gedane mededelingen van de zijde van Ploum’. (ov. 5.2).

Het hof heeft derhalve art. 7:17 niet juist toegepast, concludeert de Raad, althans zijn oordeel ontoereikend gemotiveerd (de bekende stoplap). Het college vervolgt dan:

‘Daarbij is van belang dat ook indien de aanwezigheid van bodem verontreiniging niet in de weg zou staan aan het gebruik van het tankstation (zoals het hof had geoordeeld), toch sprake

kan zijn van non-conformiteit indien Smeets op grond van mededelingen van Ploum de aanwezigheid van bodemverontreiniging niet behoefde te verwachten’.

Het is interessant dat de cassatierechter bij de hantering van het conformiteitsvereiste en uitleg van het begrip ‘normaal gebruik’ niet wil volstaan met een grammaticale tekstuitleg, en evenmin louter op het ‘gangbaar spraakgebruik’ wil afgaan, zoals nog in de Bloemendaalse zaak het geval was waarbij een ‘bouwperceel’ niet begrepen werd als inhoudende een sloopen en bouwvergunning. Bij de uitleg van het normale gebruik van de verkochte zaak zijn de *mededelingen van de verkoper* dus van belang. Dit is niet echt opzienbarend voor de normatieve uitlegger, al of niet onder het blazoen van *Haviltex*. Belangrijker is echter dat in het onderhavige geval het volkomen onduidelijk is, althans voor deze annotator, welke mededelingen de Hoge Raad op het oog heeft. Ik ken het dossier niet, maar indien men bij de conclusie van het OM te rade gaat voor de door Smeets aangevoerde stellingen die de Raad noemt, voor rechtbank en hof, en de daarin genoemde mededelingen van verkoper Ploum, is er niets te vinden (zie concl. nr. 5 e.v.). Er wordt slechts gesproken van rapporten, e.d. die niet overhandigd waren, etc.

Mijn conclusie is dat op de door de cassatierechter in dit arrest gevolgde methode van uitleg van de overeenkomst veel valt af te dingen, en dat de aard van de overeenkomst, de verkeersopvatting en de redelijkheid – de drie tenoren van art. 6:75 BW - daarbij uit het zicht geraakt zijn.

Casus 3: Bodemverontreiniging in Meppel, asbestsanering

8. Op 22 september 1997 koopt Archon B.V. van PontMeyer N.V. een bedrijfsterrein met opstallen in Meppel voor NLG 3 mln. De koop overeenkomst houdt onder meer art. 5.3 NVM-akte in over het normale gebruik. Daarbij werd ingevuld als gebruik: ‘projectontwikkeling’. Verder is opgenomen dat koper bekend is met de huidige bestemming, namelijk handel in bouwmaterialen, en eveneens bekend met een in opdracht van verkoper uitgevoerd bodemonderzoek, en het feit dat de dakbedekking voor een deel asbesthoudend is (artt. 5.4.1 en 2). De overeenkomst werd aangegaan onder de ontbindende voorwaarde dat ‘de verkoper voor 31 december 1997 aan de koper een NVN 5740 indicatief bodemonderzoek kan overleggen, op basis waarvan de gemeente Meppel bereid zou zijn een bouwvergunning af te geven ten behoeve van woningbouw’.

De levering vindt plaats op 27 maart 1998. In de akte van levering worden de bepalingen over voorgenomen gebruik (‘projectontwikkeling’) en huidig gebruik (‘bouwmaterialen’) herhaald. In art. 6 is een clause in de trant van art. 5.4 NVM-akte opgenomen over de onbekendheid van de verkoper met verontreiniging die ten nadele van het gebruik zou strekken of tot een saneringsplicht zou leiden voor koper. Daarbij wordt verder vermeld dat partijen bekend zijn met ‘het verkennend bodemonderzoek’ op het terrein uitgevoerd d.d. 26 november 1997 en dat koper de verontreiniging die uit dat rapport blijkt accepteert. Tenslotte wordt de verwerking van asbest in een deel van de dakbedekking vermeld. Het verkennend bodemonderzoek was door Oranjewoud uitgevoerd en had als conclusie dat vanuit milieuhygiënisch oogpunt aan gebruiks- of bestemmingsmogelijkheden van het terrein geen beperkingen worden gesteld.

Archon gaat aan de slag met de projectontwikkeling, maar in mei 2002 wordt door een ambtenaar van de provincie Drenthe asbest aangetroffen op een gedeelte van het bouwterrein. De aannemer legt het bijltje erbij neer en deelt mee na de sanering terug te komen. Archon laat in overleg met de provincie asbestsanering plaatsvinden; aanvullend asbestonderzoek toont aan dat ook op andere terreindelen asbest aangetroffen wordt, en er sprake is van ernstige bodemvtrg. De asbest bevond zich zowel in de bovengrond als op een diepte van 0,5

tot 2,5 meter, respectievelijk hecht-gebonden en niet-hechtgebonden asbest. Het terrein is toen gesaneerd door middel van grondafravingen, kosten ruim € 1 mln. Archon vordert van verkoper PontMeyer betaling van deze kosten, vermeerderd met nog te lijden schade, en heeft daarmee voor de rechtbank en hof succes.

Het Hof Amsterdam is van oordeel dat art. 4.41 Arbeidsomstandighedenbesluit meebracht dat Archon pas bouwwerkzaamheden kon laten verrichten nadat de asbesthoudende grond gesaneerd was en dat de koopovereenkomst een garantie inhield dat het perceel de feitelijke eigenschappen had die nodig zijn voor het door Archon voorgestane gebruik, namelijk *woningbouw*. PontMeyer mocht bewijzen dat de asbestverontreiniging eerst na de koop ontstaan was. In cassatie komt de uitleg van art. 4.41 Arbeidsomstandighedenbesluit 1997 uitvoerig aan de orde, met instructieve beschouwingen van A-G Langemeijer in zijn conclusie. Ik volsta met de weergave van de conclusie van de A-G daaromtrent, die door de Hoge Raad overgenomen wordt: het hof mocht die bepaling als een verbodsbepaling opvatten, in de zin dat het bouwvakkers niet was toegestaan om het voor woningbouw noodzakelijke grondverzet te verrichten zonder dat de grond tevoren was gesaneerd.

9. Voor ons onderwerp is van meer belang de wijze waarop de cassatierechter omgegaan is met de garantieproblematiek. Eiser tot cassatie PontMeyer had geklaagd dat het hof het arrest van 23 december 2005, *De Rooij – Van Olphen*, dat hierboven ter sprake kwam (als nr. 1), verkeerd had toegepast. Die klacht wordt verworpen, met de volgende argumenten. De Hoge Raad analyseert het oordeel van het hof dat Archon in de gegeven omstandigheden er redelijkerwijze op heeft mogen vertrouwen dat de garantie van PontMeyer inhield dat het bedrijfsterrein bij de eigendomsoverdracht de feitelijke eigenschappen had die nodig waren voor het door Archon voorgestane gebruik, te weten gebruik voor woningbouw (ov. 3.5.2). Dan gaat de Raad na op welke feiten en omstandigheden dat oordeel gebaseerd is, kort gezegd:

- a. de vermelding van ‘projectontwikkeling’ in art. 5.3 als gebruik;
- b. de ontbindende voorwaarde van het NVN 5740 indicatief bodemonderzoek, dat voldoende zou zijn voor afgifte van een bouwvergunning;
- c. ook in de leveringsakte was projectontwikkeling als gebruik van het terrein opgenomen, terwijl geen melding gemaakt werd (evenmin in de koopovereenkomst) van projectontwikkeling ten behoeve van bouw van *bedrijfsruimten* of andere gebouwen dan woningbouw;
- d. aangenomen kon worden dat de koopprijs van de grond destijds de gangbare prijs voor woningbouw was;
- e. ‘PontMeyer heeft niet aan Archon te kennen gegeven dat het door Archon beoogde gebruik volgens haar niet onder het in de koopovereenkomst gebezigde begrip “normaal gebruik” gerekend kon worden, hoewel op grond van de hiervóór onder (a)-(d) genoemde omstandigheden moet worden geoordeeld dat zij ermee bekend was, althans ermee bekend kon zijn dat Archon op het door haar van PontMeyer gekochte perceel woningbouw wilde plegen.’

Verder kon volgens het hof art. 6 van de leveringsakte (zie boven) niet tot een andere conclusie leiden, vervolgt de Raad, omdat daaruit slechts kon worden afgeleid dat PontMeyer er niet mee bekend was dat aan het perceel zodanige gebreken kleefden dat het niet voor woningbouw geschikt was. Aan een eventuele aansprakelijkheid van PontMeyer voor schade veroorzaakt door later aangetroffen verontreiniging staat dit artikel in het geheel niet in de weg.

Bij de beoordeling van het hierop gerichte cassatiemiddel stelt de Raad allereerst dat de hierboven als (e) weergegeven overweging van het hof, hoewel indien geïsoleerd gelezen ook wel anders kan worden geduid, maar dat de lezing ervan in verband met de andere vastgestelde feiten en omstandigheden duidelijk maakt dat het hof van oordeel was dat die omstandigheden van een zodanig gewicht waren dat ‘Archon uit het stilzwijgen van PontMeyer mocht afleiden dat de garantie van PontMeyer inhield dat het perceel bij een eigendomsoverdracht de feitelijke eigenschappen bezat die nodig waren voor het door Archon voorgestane gebruik, te weten gebruik voor woningbouw’ (mijn curs.). Dat oordeel acht de hoogste rechter niet onjuist en evenmin onvoldoende gemotiveerd.

10. Wij zien dus dat de Hoge Raad een *mededelingsplicht* van verkoper PontMeyer, die geschonden is, van doorslaggevend belang acht voor de vaststelling van de garantie voor ‘normaal gebruik’. Dit gaat nog een stap verder dan in de voorgaande zaak van het tankstation in Kerkrade het geval was, waar de mededelingen van de verkoper van groot gewicht geoordeeld werden voor de uitleg van die garantie. Mijn kritiek op dat laatste arrest was dat in de weergave van de procedure in de feitelijke instanties (zoals te kennen uit de *NJ*) niets over stellingen omtrent mededelingen van de verkoper te vinden is. Op het onderhavige arrest inzake het Meppelse bedrijventerrein is mijn kritiek dat de schending van de mededelingsplicht van de verkoper eveneens in nevelen gehuld is. Wij hebben het immers over de vraag of een garantie gegeven is die zo uitgelegd moet worden dat het risico van ernstige asbestverontreiniging voor rekening van de verkoper dient te komen. Bij die uitleg kunnen inderdaad mededelingen een rol spelen, evenals de verplichting om mededelingen te doen. Maar dat kan toch alleen het geval zijn als de risico’s waarover wij het hebben niet door een exoneration uitgesloten zijn, *primo*, en bovendien de garantie niet gebaseerd is op informatie die als uitkomst van bodemonderzoek door beide partijen aanvaard werd als de grondslag en risicoverdeling van de overeenkomst, *secundo*. De exoneration, mogen wij aannemen, zal in art. 5.1 van de koopovereenkomst gestaan hebben; merkwaardigerwijze wordt daarvan geen melding gemaakt en evenmin zijn stellingen erover ingenomen, hoewel het wel vermelde art. 5.3 de systematiek van de NVM-akte verraadt (zie boven).

Het tweede punt is van nog meer gewicht. Het gaat om de koop van een perceel waarop handel in bouwmaterialen uitgeoefend is, een bedrijventerrein, waarvan iedere deskundige koper (zoals Archon) weet dat bodemverontreiniging niet denkbeeldig is. Zeker als hij het terrein voor projectontwikkeling bestemd heeft, nog wel woningbouw; daarmee wordt gesuggereerd dat de milieunormen zwaarder zullen zijn dan bij bestemming bedrijventerrein, maar daarover is niets te vinden in de procedure zoals gepubliceerd. Wel is duidelijk dat partijen aan het bodemrisico aandacht gegeven hebben in hun overeenkomst. Opgenomen werd dat koper bekend was met door verkoper uitgevoerd bodemonderzoek, en met asbesthoudende dakbedekking, en bovenal werd de koop afhankelijk gesteld van het voorafgaand aan de levering van het perceel uit te voeren bodemonderzoek, het NVN 5740 indicatief bodemonderzoek (gekoppeld aan de geschiktheid voor afgifte van een gemeentelijke bouwvergunning). Dat laatste onderzoek heeft plaatsgevonden, zoals in de leveringsakte neergelegd, het rapport van Oranjewoud met een positieve uitslag: geen beperkingen voor gebruik van het terrein. Dit, indicatieve, onderzoek is echter een lichtgewicht onderzoek, dat hoogstens een paar duizend euro kost, zoals insiders zullen weten. Is daarmee het risico van ernstige bodemverontreiniging die niet naar boven is gekomen met dit simpele bodemonderzoek voor de verkoper? Dat lijkt niet erg voor de handliggend. Wat garandeerde de verkoper precies? Wat is er aan de hand met de onderzoekplicht van de koper? Bestaat die niet meer? Toch alleen wanneer de koopovereenkomst dat uitdrukkelijk zo bepaalt? Kan dat uitsluitend op grond van het begrip ‘normaal gebruik’ van de grond? Maar

de verkoper had toch, in art. 5.3, opgenomen dat hij *niet* instond voor ‘gebreken die het normale gebruik belemmeren en die aan koper *kenbaar* zijn op het moment van het aangaan van de overeenkomst? Wij hebben eerder gezien dat met ‘kenbaar’ de mogelijkheid van onderzoek aangegeven wordt, dus de onderzoekplicht van de koper. Dat wil dus zeggen: meer onderzoek dan met een oppervlakkig (letterlijk en figuurlijk) indicatief onderzoek (het woord zegt het al: slechts een indicatie gevend) zoals in de overeenkomst opgenomen, gedaan wordt. De koper heeft een gok genomen, erop gespeculeerd dat het mee zou vallen, zowel met de daadwerkelijke bodemverontreiniging als met de mogelijkheid dat de overheid daarin geïnteresseerd zou zijn. Zijn pech was dat er een ambtenaar langskwam, en asbest aantrof, waarop de zaak aan het rollen ging. Dat risico had koper kunnen uitsluitend, door van verkoper een gif-vrij-verklaring te eisen, of een intensief bodemonderzoek als ontbindende voorwaarde op te nemen, en niet een indicatief onderzoekje. Ook had koper het afwezig zijn van ernstige verontreiniging als ontbindende voorwaarde kunnen opnemen. De daarmee verbonden kosten heeft koper zich kennelijk willen besparen, c.q. hij wilde de koopprijs niet opdrijven. Als het risico zich vervolgens realiseert, probeert hij dat op de verkoper af te wentelen. Een rechter die daarin meewerkt, kan ik niet anders dan naïef noemen, terwijl ik de redelijkheid van de gekozen oplossing evenmin kan inzien. Het oordeel is niet in overeenstemming met de vaste jurisprudentie over uitleg van exonerationen en garanties, zoals in de Inleiding beschreven.

Conclusies

11. Na alle commentaar dat al geleverd is bij de bespreking van de casus 1, 2 en 3, wil ik mijn conclusies kort houden. Verheugend is dat de Hoge Raad zich inhoudelijk bemoeid heeft met de problematiek van de toepassing van het standaardbeding art. 5 NVM-koopakte, en de daaruit voortvloeiende problematiek van vrijetekening annex garantie/conformiteit. Het is ook van belang dat die problematiek in het teken van de uitlegmethode geplaatst werd, in normatieve trant, met inbegrip van mededelingsplicht en onderzoekplicht van de bij de koop betrokken partijen over en weer. De laatste twee arresten, inzake bodemverontreiniging, kunnen wat de geboden oplossing betreft echter weinig overtuigen. Als dit de stand van het recht is, wordt aan lichtzinnige kopers teveel ruimte geboden om risico’s die niet serieus onder ogen gezien werden, en waarvoor niet betaald werd, achteraf bij de wederpartij-verkoper te deponeren. Aldus wordt speculatie beloond. In geval van malafide kopers is helemaal het hek van de dam, en lijkt hier een *lawyer’s paradise* te zijn.

Over dat paradijs, nog een nabeschouwing. Hoe komt het dat kopers zich zo vaak rijk rekenen met garanties die zij van hun verkoper gekregen hebben? Ik zie twee oorzaken, een van algemene aard, en een meer juridische. De eerste is de algemene trend in de samenleving van tegenwoordig dat ‘pech weg moet’: als er een tegenslag is, verwachtingen niet uitkomen, en dergelijke, moet er iemand gevonden worden die daarvoor de rekening moet dragen, in de private of anders in de publieke sfeer. De juridische oorzaak is dat men, leken en juristen, een garantie opvat als een *verzekering*: alle risico’s die onvoorzien zich verwerkelijken worden geacht onder de garantie te vallen. Een sloop- of bouwvergunning die niet afkomt, een bodem die zwaarder verontreinigd blijkt dan men dacht, etc. Men vergeet dan dat in het contractenrecht een verklaring van een partij, hier de verkoper, een aantal verschillende betekenissen kan hebben, namelijk: 1. aanprijzing; 2. mededeling; 3. toezegging; 4. garantie; 5. verzekering. De eerste twee zijn precontractueel, de laatste drie contractueel. De rechtsgevolgen op een schaal van 100 zijn voor nr. 1 bijna 0, en voor nr. 5 bijna 100. Precontractuele verklaringen hebben vrijwel geen rechtsgevolg (nr. 1) of bieden de mogelijkheid van een beroep op dwaling, bedrog, etc. (nr. 2). De toezegging (nr. 3) kan weer onderverdeeld worden in een inspanning of een resultaat waartoe men zich verbindt, de

garantie (4) kent het onderscheid in een kwaliteits- of een zekerheidsgarantie (met de bankgarantie aan het einde van dat spectrum). Bij de verzekering (5) is geen beroep op overmacht mogelijk, bij de figuren 3 en 4 wel, in wisselende sterkte. In de laatste categorie (nr. 5) is slechts fraude van de verzekerde een mogelijk ontsnapping voor degene die een verzekeringsverbintenis op zich genomen heeft. De mogelijkheid om toekomstverwachtingen voor rekening van de wederpartij te brengen is bij figuur nr. 2 is slechts heel beperkt, in geval van een beroep op dwaling. Het ligt weinig voor de hand om die mogelijkheid ruim baan te geven wanneer wij in de contractuele sfeer, de categorieën 3 en 4 terecht gekomen zijn, en bijvoorbeeld de toekomstverwachting onder de garantie te laten vallen. Dit ging allemaal in *staccato*, ik besef het; de lezer die hier meer over wil weten verwijs ik naar mijn al eerder genoemde handboek, *Verbintenissenrecht*.

Tot zover de beschouwingen over het juridische paradijs, wat Von Jhering in zijn *Schertz und Ernst in der Jurisprudenz* ooit de ‘Juristenhimmel’ noemde, en daarbij met alle dogma’s de spot dreef. Wij zijn tenslotte allen *Les enfants du paradis*, vrij naar de beroemde gelijknamige film, waarbij ‘paradis’ voor het schellinkje staat, waar het gewone volk het toneelspel volgt. Het blijft immers een toneelspel wat wij zien.

J.M. van Dunne