

15

Hoge Raad
16 december 2016, nr. 15/04731
ECLI:NL:HR:2016:2885
(mr. Bakels, mr. Streefkerk, mr. Tanja van den Broek, mr. Du Perron, mr. Kroeze)
(concl. A-G mr. Valk (niet opgenomen; Red.))
Noot M.F.A. Clijisen en N.R.M. van Hellenberg Hubar

Contractenrecht. Koopovereenkomst woning met agrarische bestemming. Art. 7:15 BW. Beroep op dwaling (art. 6:228 BW) of wanprestatie c.q. non-conformiteit (art. 6:74 jo. 7:17 BW) in verhouding met eigen schuld. Art. 6:101 BW.

Uit vaste rechtspraak van de Hoge Raad volgt de zogenoemde voorrangregel dat de mededelingsplicht van de verkoper in beginsel prevaleert boven de onderzoeksplicht van de koper. De ratio achter deze regel is het bieden van bescherming aan een onvoorzichtige en onwetende koper. De Hoge Raad heeft in het arrest van 16 december 2016 een nieuwe invulling gegeven aan het leerstuk met betrekking tot de precontractuele informatieplichten van de verkoper en koper.

[BW art. 6:74, 6:101, 6:228; BW art. 7:15, 7:17]

Aan de orde is een geschil over de (ver)koop van een voormalige boerderij met bijgebouwen en gronden (hierna: de 'woning'). De woning is gelegen in een gebied waarop een agrarische bestemming rust. Verkopers verzuimden voorafgaand aan de koop aan de kopers te melden, dat voor de woning een agrarische bestemming geldt en dat de gemeente in 1995 aan de verkopers toestemming had verleend om de woning (in afwijking van het bestemmingsplan) te gebruiken voor bewoning. Als gevolg van het schenden van de mededelingsplicht vorderen kopers vermindering van de koopprijs wegens het waardedrukkend effect van de agrarische bestemming. Zij baseren hun vordering op art. 7:15 BW (bijzondere last of beperking) en art. 7:17 BW (non-conformiteit). Verkopers verweren zich onder meer met een beroep op art. 7:23 BW (verjaring) en art. 6:101 BW (eigen schuld). Het hof verwierpt het beroep dat er sprake is van materiële gebreken aan de woning als bedoeld in art. 7:17 BW, waarmee art. 7:23 BW verdere toepassing mist. Het hof oordeelt dat de agrarische bestemming van de woning dient te worden aangemerkt als een bijzondere last of beperking in de zin van art. 7:15 BW. Het eigen schuld-verweer ex art. 6:101 BW wordt door het hof verworpen. Naar 's hofs oordeel zou bij een dergelijke toepassing te veel afbreuk worden gedaan aan de regel dat in beginsel de mededelingsplicht voorgaat op de onderzoeksplicht. De Hoge Raad casseert. In de eerste plaats oordeelt de Hoge Raad dat het hof ten onrechte de agrarische bestemming heeft aangemerkt als een bijzondere last of beperking. Daarbij verwijst hij naar zijn eerdere uitspraak waarin is bepaald dat van een bijzondere last of beperking ex art. 7:15 BW alleen sprake is indien deze haar grondslag vindt in een specifiek (mede) tot (een rechtsvoorganger van) rechthebbende van de desbetreffende zaak gericht besluit. De Hoge Raad overweegt dat na verwijzing opnieuw beoordeeld moet worden of op de verkopers met betrekking tot de agrarische bestem-

ming op grond van art. 7:17 BW een mededelingsplicht rustte. Voorts acht de Hoge Raad het onbegrijpelijk dat het hof in strijd met art. 24 Rv de vorderingen van kopers met betrekking tot de agrarische bestemming mede een beroep op dwaling ten grondslag hebben gelegd. Ter zake het eigen schuld verweer van de verkopers, overweegt de Hoge Raad – onder verwijzing naar zijn vaste rechtspraak – dat de mededelingsplicht van de verkoper in beginsel prevaleert boven de onderzoeksplicht van de koper. Daaraan voegt de Hoge Raad de regel toe dat het eventueel schenden van de mededelingsplicht en de daaruit voortvloeiende verplichting tot schadevergoeding, op grond van art. 6:101 BW kan worden verminderd indien de onjuiste voorstelling van zaken mede is te wijten aan gebrekkig onderzoek aan de zijde van de koper.

[eiseres],
wonende te [woonplaats],
eiseres tot cassatie,
advocaat: mr. A.H.M. van den Steenhoven,
tegen
1. [verweerder 1],
2. [verweerder 2],
beiden wonende te [woonplaats],
verweerders in cassatie,
niet verschenen.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als [eiseres] en [verweerder] c.s.

Hoge Raad:

1 Het geding in feitelijke instantie

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. de vonnissen in de zaak 103853/HA ZA 10-727 van de rechtbank te Roermond van 2 maart 2011, 6 juli 2011 en 12 september 2012;
- b. de arresten in de zaak HD 200.117.720/01 van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 17 december 2013, 13 mei 2014, verbeterd bij arrest van 24 juni 2014, en 16 juni 2015.
De arresten van het hof zijn aan dit arrest gehecht.

2 Het geding in cassatie

Tegen de arresten van het hof heeft [eiseres] beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Tegen [verweerder] c.s. is verstek verleend.

De zaak is voor [eiseres] toegelicht door haar advocaat.

De conclusie van de Advocaat-Generaal W.L. Valk strekt tot vernietiging en verwijzing.

3 Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- (i) In 1995 hebben [betrokkene 1] en zijn toenmalige echtgenote [eiseres] de eigendom verworven van een voormalige boerderij met bijgebouwen en gronden, gelegen te [plaats] (hierna: de woning).
- (ii) De woning is gelegen in een gebied met een agrarische bestemming. In dit gebied waren grootschalige planologische ontwikkelingen voorzien of gaande, leidende tot de komst van megastallen.
- (iii) [betrokkene 1] en [eiseres] zijn in de woning gaan wonen en [betrokkene 1] heeft in de bijgebouwen een tandtechnisch laboratorium gehad. Vooraf had [betrokkene 1] aan de gemeente om toestemming voor het voorgenomen gebruik gevraagd. In juni 1995 heeft de gemeente aan [betrokkene 1] geschreven:

“In antwoord op uw bovenvermelde brief berichten wij u, dat wij in onze vergadering van 27 juni 1995 hebben besloten, om aan u toestemming te verlenen voor het gebruik van het pand (...) te Grubbenvorst als hieronder beschreven.

Het is u toegestaan het pand te gebruiken voor bewoning.

Het is u tevens toegestaan om in het pand een ruimte in te richten voor het uitoefenen van uw tandtechnisch beroep. (...)”

(iv) In februari 2007 zijn [betrokkene 1] en [eiseres] van echt gescheiden. Feitelijk was [betrokkene 1] reeds in oktober 2005 uit de woning vertrokken.

(v) Bij schriftelijke koopovereenkomst van 1 oktober 2007 hebben [betrokkene 1] en [eiseres] de woning verkocht aan [verweerder] c.s. voor € 435.000,= (hierna: de koopovereenkomst). Voorafgaand aan de koopovereenkomst hebben [verweerder] c.s. uitsluitend contact gehad met [eiseres]. Levering heeft plaatsgevonden op 1 februari 2008.

3.2.1 [verweerder] c.s. hebben in deze procedure, voor zover in cassatie van belang, aangevoerd dat zij bij het sluiten van de koopovereenkomst hebben gedwaald. Zij hebben in eerste aanleg vermindering gevorderd van de koopprijs ter opheffing van het door hen geleden nadeel met een bedrag van € 166.770,=. Subsidiar hebben zij aan deze vordering ten grondslag gelegd dat op de woning een bijzondere last of beperking rust in de zin van art. 7:15 BW. Zij hebben tevens aanspraak op vergoeding van kosten gemaakt.

3.2.2 De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen. Het hof heeft het vonnis vernietigd. Het heeft [betrokkene 1] en [eiseres] hoofdelijk veroordeeld tot betaling aan [verweerder] c.s. van € 70.000,=, met wettelijke rente. Het hof heeft verstaan dat de kosten van de deskundige voor de helft door elk van partijen moeten worden gedragen.

3.2.3 Aan zijn oordelen heeft het hof – voor zover in cassatie van belang – in zijn tussenarrest van 17 december 2013 het volgende ten grondslag gelegd. [verweerder] c.s. hebben zich in hoger beroep mede beroepen op non-conformiteit (art. 7:17 BW). Die grondslag moet op processuele gronden buiten beschouwing worden gelaten voor het beroep op de planologische ontwikkelingen, maar kan wel worden behandeld voor het verwijt dat [eiseres] [verweerder] c.s. had moeten wijzen op de agrarische bestemming (rov. 5.4.5-6).

Ten aanzien van de planologische ontwikkelingen kan niet worden gezegd dat [eiseres] haar mededelingsplicht heeft verzaakt (rov. 5.9.3-5).

Wat betreft de agrarische bestemming geldt dat [eiseres] wist dat de woning formeel een agrarische bestemming had. [eiseres] behoorde dit op grond van art. 7:15 BW aan [verweerder] c.s. te melden. De aan [betrokkene 1] door de gemeente verleende toestemming (zie hiervoor in 3.1 onder (iii)) gold hem en niet automatisch zijn rechtsverkrijgers. Art. 7:17 BW mist toepassing nu een situatie als bedoeld in art. 7:15 BW aan de orde is en geen sprake is van materiële gebreken aan de woning. De feitelijke situatie is weliswaar al lange tijd door de gemeente getolereerd, maar [verweerder] c.s. zullen de agrarische bestemming aan aspirant-kopers moeten melden, hetgeen een waardedrukkende invloed op de woning kan hebben. (rov. 5.10.4-8)

3.2.4 Na deskundigenbericht heeft het hof in zijn eindarrest – deels terugkomend van zijn hiervoor weergegeven tussenarrest – overwogen dat de schade van [verweerder] c.s. bestaat uit het verschil tussen de waarde van de woning op de vrije markt indien de woning een woonbestemming had, en de waarde van de woning met een agrarische bestemming (rov. 12.13). Dit verschil bedraagt € 70.000,= (rov. 12.20-12.30). Vervolgens heeft het hof overwogen:

“12.42. Het hof verwijst naar r.o. 5.10.7 en 5.10.8 uit het tussenarrest van 17 december 2013, waarin besloten ligt dat naar het oordeel van het hof in verband met schending van de mededelingsplicht in verband met de woonbestemming enkel sprake is van schending van art. 7:15 BW en niet van art. 7:17 BW. Om die redenen is art. 7:23 BW niet van toepassing. Het hof heeft aldaar niet bedoeld te overwegen dat daarnaast, in verband met de schending van de mededelingsplicht, niet tevens sprake zou kunnen zijn van dwaling. De rechtbank heeft overwogen dat de vordering (enkel) was gebaseerd op dwaling en niet op art. 7:17 BW; met dat laatste is het hof het eens. Naar 's hofs oordeel kan de vordering zowel op dwaling als op art. 7:15 BW worden gebaseerd. [verweerder] heeft blijkens randnummers 62 en 64 van de memorie van grieven ook uitdrukkelijk zijn vordering zowel gebaseerd op dwaling als op art. 7:15 BW. (...)

12.46. [betrokkene 1] en [eiseres] hebben nog aangevoerd dat [verweerder] zelf had kunnen ontdekken dat de woning geen woonbestemming had. Dat moet volgens hen leiden tot de slotsom dat sprake is van eigen schuld ex artikel 6:101 BW en/of tot de constatering dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is het waardeverschil aan [verweerder] toe te wijzen. Het hof verwerpt die stelling en daarmee beide verweren. Zoals reeds in het tussenarrest van 17 december 2013 is overwogen, rustte op [eiseres] een mededelingsplicht. Het hof is van oordeel dat die mededelingsplicht in dit geval gaat voor een onderzoeksplicht van [verweerder] en dat honoreren van het verweer van [betrokkene 1] en/of [eiseres] ertoe zou leiden dat aan het uitgangspunt dat de mededelingsplicht vóór de onderzoeksplicht dient te gaan afbreuk zou worden gedaan, althans dat dan aan de onderzoeksplicht een te grote betekenis zou worden toegekend.

12.47. Het vorenstaande betekent dat de vordering van [verweerder] toewijsbaar is tot een bedrag, groot € 70.000,=.

(...)”

3.2.5 Tegen de tussenarresten en het eindarrest hebben [betrokkene 1] en [eiseres] afzonderlijk beroep in cassatie ingesteld. Deze uitspraak betreft het cassatieberoep van [eiseres]. De Hoge Raad heeft heden ook arrest gewezen op het cassatieberoep van [betrokkene 1] (nr. 15/04494).

3.3 Onderdeel 1 klaagt dat het hof de agrarische bestemming van de woning ten onrechte heeft aangemerkt als een bijzondere last of beperking in de zin van art. 7:15 BW. Deze klacht is gegrond. De agrarische bestemming van de woning volgt uit het ter plaatse geldende bestemmingsplan. Van een ‘bijzondere’ publiekrechtelijke last of beperking in de zin van art. 7:15 BW is echter alleen sprake indien deze haar grondslag vindt in een specifiek (mede) tot (een rechtsvoorganger van) de rechthebbende van de desbetreffende zaak gericht besluit (zie HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:159, NJ 2016/76, waarin de Hoge Raad gedeeltelijk is teruggekomen van HR 27 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN9072, NJ 2004/635). Het hof was in zijn einduitspraak niet gebonden aan de onjuiste toepassing van art. 7:15 BW in zijn – vóór het genoemde arrest van de Hoge Raad van 30 januari 2015 gewezen – tussenarrest van 2013, en diende, nadat partijen de gelegenheid hadden gekregen zich dienaangaande uit te laten, en daarop betrekking hebbende eindbeslissing te heroverwegen om te voorkomen dat zijn einduitspraak aan vernietiging in cassatie zou blootstaan vanwege de ondeugdelijke juridische grondslag daarvan (zie HR 25 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2800, NJ 2008/553).

3.4 Nu onderdeel 1 slaagt, resteren als grondslagen voor de vorderingen van [verweerder] c.s. jegens [eiseres] in verband met de agrarische bestemming van de woning nog hun beroep op art. 7:17 BW (non-conformiteit) en dwaling.

De in de loop van het geding in hoger beroep aangevoerde grondslag van art. 7:17 BW (non-conformiteit) heeft het hof toelaatbaar geoordeeld (rov. 5.4.6 en 5.10.1 van het tussenarrest van 17 december 2013), maar buiten behandeling gelaten – evenals het tegen die grondslag gericht beroep van [eiseres] op verjaring ingevolge art. 7:23 BW – omdat het van oordeel was dat het beroep op art. 7:15 BW slaagde (rov. 5.10.7 en 5.10.8 van dat tussenarrest).

In rov. 12.42 van het eindarrest heeft het hof overwogen dat de vordering van [verweerder] c.s. ook kan worden gebaseerd op dwaling en dat [verweerder] c.s. daarop ook een beroep hebben gedaan. [eiseres] is daartegen in cassatie niet opgekomen. In de erop volgende overwegingen 12.43-12.47 heeft het hof het veronderstelde beroep op dwaling evenwel kennelijk niet ten grondslag gelegd aan zijn oordeel dat de vordering van [verweerder] c.s. toewijsbaar is tot een bedrag van € 70.000,=. Na verwijzing kan het beroep op dwaling zo nodig alsnog worden beoordeeld. Opmerking verdient overigens dat het oordeel van het hof (in de tweede alinea van rov. 5.10.4) dat [eiseres], gelet op haar wetenschap van de agrarische bestemming, aan [verweerder] c.s. behoorde te melden dat de woning een bestemming heeft die afbreuk kan doen aan het voorgenomen gebruik daarvan door [verweerder] c.s., voortbouwt op het onjuiste oordeel dat art. 7:15 BW van toepassing is. Na verwijzing zal dan ook opnieuw, maar dan in het kader van art. 7:17 BW of art. 6:228 lid 1, aanhef en onder b, BW, moeten worden beoordeeld of op [eiseres] ter zake van de agrarische bestemming een mededelingsplicht rustte. Voor die beoordeling kan – anders dan bij toepassing van art. 7:15 BW (welke bepaling immers een uitdrukkelijke aanvaarding van de bijzondere lasten en beperkingen door de koper vereist om aansprakelijkheid van de verkoper te voorkomen) – mede van belang zijn of [eiseres] redelijkerwijs ervan uit mocht gaan dat [verweerder] c.s. ter zake zelf onderzoek zouden verrichten.

In verband met het voorgaande heeft [eiseres] belang bij de klachten van onderdeel 2. Dienaangaande wordt het volgende overwogen.

3.5.1 Onderdeel 2 is gericht tegen de verwerping in rov. 12.46 (zie hiervoor in 3.2.4) van het verweer van [betrokkene 1] en [eiseres] dat sprake is van eigen schuld aan de zijde van [verweerder] c.s.

3.5.2 Bij de beoordeling van dit onderdeel wordt het volgende vooropgesteld. Indien de verkoper vóór de totstandkoming van de overeenkomst aan de koper bepaalde inlichtingen had behoren te geven teneinde te voorkomen dat de koper zich omtrent het desbetreffende punt een onjuiste voorstelling zou maken, verzetten redelijkheid en billijkheid zich in het algemeen ertegen dat de verkoper ter afwering van een beroep op dwaling of non-conformiteit aanvoert dat de koper het ontstaan van de onjuiste voorstelling mede aan zichzelf heeft te wijten (vgl. voor dwaling HR 30 november 1973, ECLI:NL:HR:1973:AC5383, NJ 1974/97 (Van der Beek/Van Dartel), en voor non-conformiteit HR 14 november 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF0407, NJ 2008/588 ([...]/Kampen)). Dat neemt echter niet weg dat een eventueel uit schending van de mededelingsplicht voortvloeiende verplichting van de verkoper tot schadevergoeding, op de voet van art. 6:101 lid 1 BW kan worden verminderd indien de onjuiste voorstelling van zaken mede is te wijten aan de koper, bijvoorbeeld door gebrek aan onderzoek aan zijn zijde.

3.5.3 Het oordeel van het hof in rov. 12.46 berust in het licht van het voorgaande op een onjuiste rechtsopvatting. Onderdeel 2 slaagt derhalve.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt de arresten van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 17 december 2013, 13 mei 2014 en 16 juni 2015, voor zover gewezen tussen [verweerder] c.s. en [eiseres]; verwijst het geding naar het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden ter verdere behandeling en beslissing; veroordeelt [verweerder] c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [eiseres] begroot op € 501,31 aan verschotten en € 2600,= voor salaris.

NOOT

1. Cruciaal voor de praktijk is de verhouding tussen de mededelingsplicht van de verkoper en de onderzoeksplicht van de koper voorafgaand aan het sluiten van een overeenkomst. Uit vaste rechtspraak van de Hoge Raad volgt de zogenoemde voorrangregel dat de mededelingsplicht van de verkoper in beginsel prevaleert boven de onderzoeksplicht van de koper.¹ De ratio achter deze regel is het bieden van bescherming aan een onvoorzichtige en onwetende koper.² De Hoge Raad heeft in het arrest van 16 december 2016 een nieuwe invulling gegeven aan het leerstuk met betrekking tot de precontractuele informatieplichten van de verkoper en koper.

2. In dit arrest ging het – kort gezegd – om het volgende. Aan de orde is een geschil over de (ver)koop van een voormalige boerderij met bijgebouwen en gronden (hierna: de 'woning'). De woning is gelegen in een gebied waarop een agrarische bestemming rust. In dit gebied waren grootschalige planologische ontwikkelingen voorzien, die leidden tot de komst van megastallen. Verkopers verzuimden voorafgaand aan de koop aan de kopers te melden, dat voor de woning een agrarische bestemming geldt en dat de gemeente in 1995 aan de verkopers toestemming had verleend om de woning (in afwijking van het bestemmingsplan) te gebruiken voor bewoning.

In hoger beroep stelden kopers zich op het standpunt dat verkopers in strijd hebben gehandeld met de op hen rustende mededelingsplicht, nu zij voorafgaand aan de verkoop niet hebben meegegeeld dat de woning formeel geen woonbestemming had. Als gevolg van het schenden van de mededelingsplicht, vorderden kopers vermindering van de koopprijs wegens het waardedrukkend effect van de agrarische bestemming. Zij baseerden hun vordering op art. 7:15 BW (bijzondere last of beperking) en art. 7:17 BW (non-conformiteit). Verkopers verweerden zich onder meer met een beroep op art. 7:23 BW (verjaring) en art. 6:101 BW (eigen schuld). Het hof verwerpt het beroep dat er sprake is van materieel gebrek aan de woning als bedoeld in art. 7:17 BW, waardoor het verweer op grond van art. 7:23 BW toepassing mist. Het hof oordeelt dat de agrarische bestemming van de woning dient te worden aangemerkt als een bijzondere last of beperking in de zin van art. 7:15 BW.

Het verweer van de verkopers door zich te beroepen op eigen schuld van de kopers wordt door het hof verworpen. Volgens het hof zou bij een dergelijke toepassing te veel afbreuk worden

1 Voor dwaling: HR 30 november 1973, ECLI:NL:1973:AC5383, NJ 1974/97 (Van der Beek/Van Dartel), en voor non-conformiteit: HR 14 november 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF0407, NJ 2008/588.

2 Zie in dit verband: HR 30 november 1973, ECLI:NL:HR:1973:AC5383, NJ 1974/97 (Van der Beek/Van Dartel); HR 21 december 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0088, NJ 1991/251 (Van Geest/Nederlof) en HR 10 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2629, NJ 1998/666 (Offringa/Vinck en Van Rosberg). Zie ook K.J.O. Jansen, *Informatieplichten: over kennis en verantwoordelijkheid in het aansprakelijkheidsrecht*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 2012, p. 166.

gedaan aan het uitgangspunt dat de mededelingsplicht voortgaat op de onderzoeksplicht.

3. De Hoge Raad casseert. In de eerste plaats oordeelt de Hoge Raad dat het hof ten onrechte de bestemming van de woning heeft aangemerkt als een bijzondere last of beperking in de zin van art. 7:15 BW. De Hoge Raad verwijst naar zijn uitspraak van HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:159, *NJ 2016/76* waarin is bepaald dat van een bijzondere last of beperking in de zin van art. 7:15 BW alléén sprake is indien deze haar grondslag vindt in een specifiek (mede) tot (een rechtsvoorganger van) rechthebbende van de desbetreffende zaak gericht besluit. Het oordeel dat een bestemmingsplan, welke zijn grondslag vindt in een besluit van algemene strekking, buiten de reikwijdte van art. 7:15 BW valt, past in de in 2015 ingezette lijn van de Hoge Raad bij het arrest *Portisight/De Vries*.³ In dit arrest heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat publiekrechtelijke lasten of beperkingen die niet specifiek op de verkochte zaak betrekking hebben in de regel niet beter kenbaar zijn voor de verkoper dan voor de koper.⁴ Uit het arrest *Portisight/De Vries* blijkt dat art. 7:15 BW eveneens buiten werking blijft als de verkoper van de last of beperking op de hoogte zou zijn geweest.⁵ Voorts acht de Hoge Raad het onbegrijpelijk dat het hof in strijd met art. 24 Rv aan de vorderingen van kopers met betrekking tot de agrarische bestemming mede een beroep op dwaling ten grondslag heeft gelegd.⁶ Nu het hof ten onrechte art. 7:15 BW heeft toegepast en daardoor voorbij is gegaan aan art. 7:17 BW, overweegt de Hoge Raad dat na verwijzing opnieuw beoordeeld moet worden of op de verkopers met betrekking tot de agrarische bestemming op grond van art. 7:17 BW een mededelingsplicht rustte. Voor die beoordeling kan, anders dan bij toepassing van art. 7:15 BW, mede van belang zijn of verkopers er redelijkerwijs van uit mochten gaan dat kopers zelf een onderzoeksplicht hadden omtrent de bestemming van de woning.⁷ Hoewel het in het kader van de rechtszekerheid goed verdedigbaar is, gaat de Hoge Raad naar mijn bescheiden mening wel uit van een erg legistische opvatting van art. 7:15 BW. Dat er in onderhavige casus door de gemeente schriftelijk toestemming aan de verkopers is afgegeven, dient naar mijn mening dan ook een belangrijke rol te spelen in het kader van art. 7:17 BW.

4. Met betrekking tot het eigen schuld-verweer van de verkopers overweegt de Hoge Raad in de lijn met eerdere rechtspraak⁸ het volgende. Bij de beoordeling of de verkoper vóór de totstandkoming van de overeenkomst aan de koper bepaalde inlichtingen had behoren te geven om te voorkomen dat de koper zich over het desbetreffende punt een onjuiste voorstelling zou maken, verzetten redelijkheid en billijkheid zich in het algemeen er tegen dat de verkoper ter afwijking van een beroep op dwaling of non-conformiteit aanvoert dat de koper het ontstaan van de onjuiste voorstelling mede aan zichzelf heeft te wijten.⁹ Aan deze regel voegt de Hoge Raad toe dat schending van de mededelingsplicht en de daaruit voortvloeiende verplichting tot schadevergoeding echter wél op grond van art. 6:101 BW kan worden verminderd indien de onjuiste voorstelling van zaken mede is te wijten aan gebrekkig onderzoek aan de zijde van de koper. Daarmee hanteert allereerst de Hoge Raad een

zogenoemde 'digitale' toepassing.¹⁰ Kort samengevat, betreft 'digitale' toepassing sec de vraag of er sprake is van schending van de precontractuele mededelingsverplichting van de verkoper. Deze vraag zal met toepassing van de in de rechtspraak ontwikkelde voorrangregel worden beantwoord.¹¹ Indien het antwoord op de vraag bevestigend luidt en aldus de aansprakelijkheid van de verkoper vast komt te staan, dan komt men toe aan de 'analoge' toepassing. Hierbij dient de schade op de voet van art. 6:101 BW analoog te worden verdeeld aan de mate waarin het gebrekkig onderzoek van de koper en het verzaken van de mededelingsplicht van de verkoper hebben bijgedragen tot de schade.¹² Dit kan leiden tot de slotsom dat de koper wegens eigen schuld een gedeelte van de schade dient te dragen.

5. De vermindering van de vergoedingsplicht op grond van eigen schuld kan volgens de A-G rekenen op ruime steun in de literatuur.¹³ Daarnaast zijn er voor de vermindering van de omvang van de vergoedingsplicht wegens eigen schuld van de koper aanknopingspunten te vinden in het arrest HR 11 november 1997, *NJ 1998/657 (Holvrieka/Brunink)*. In dit arrest liet Holvrieka de mededeling over de bodemvervuiling op het aan Brunink verkochte bedrijfsterrein achterwege. Het schenden van de mededelingsplicht werd in deze procedure als onrechtmatig beoordeeld. Het verweer van Holvrieka dat Brunink zelf onderzoek had moeten verrichten naar de bodemvervuiling kan volgens de Hoge Raad hoogstens relevant zijn in het kader van een beroep op eigen schuld.¹⁴ In dit verband verwijst de A-G onder meer naar vergelijkbare toepassing met betrekking tot de waarschuwingsplicht van de aannemer. Op de aannemer rust de verplichting de opdrachtgever tijdig te waarschuwen voor onjuistheden in de opdracht die hij kent of behoort te kennen; de enkele omstandigheid dat de opdrachtgever voldoende deskundig is doet daaraan niet af. Uit HR 18 september 1998, *NJ 1998/818 (KPI/Leba)* volgt dat de deskundigheid van de opdrachtgever wel aanleiding kan geven tot toepassing van art. 6:101 BW.¹⁵ Men dient zich te realiseren dat het onderscheid tussen enerzijds een beroep op dwaling (art. 6:228 BW) en anderzijds een beroep op wanprestatie c.q. non-conformiteit (art. 6:74 jo. 7:17 BW) afhankelijk is van het verschil in resultaat voor wat betreft de vergoedingsplicht. Indien bij schending van een precontractuele informatieverplichting een beroep wordt gedaan op dwaling komt in beginsel alleen het *negatieve contractsbelang* voor vergoeding in aanmerking, terwijl bij een beroep op wanprestatie c.q. non-conformiteit de wederpartij gehouden kan worden tot vergoeding van het *positieve contractsbelang*.¹⁶ Dit verschil laat zich als volgt verklaren. Daar een vordering op grond van dwaling ziet op de totstandkomingsfase, ziet een vordering op grond van wanprestatie c.q. non-conformiteit op de uitvoeringsfase van een overeenkomst.¹⁷

109

3 HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:159, *NJ 2016/76 (Portisight/De Vries)*.

4 HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:159, *NJ 2016/76*, r.o. 3.6.3 (*Portisight/De Vries*).

5 Zie Hijma in zijn noot bij het arrest HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:159, *NJ 2016/76 (Portisight/De Vries)*, par. 8.

6 Zie r.o. 3.4.1 en 3.4.2.

7 Zie r.o. 3.5.2.

8 Vgl. voor dwaling HR 30 november 1973, ECLI:NL:HR:1973:AC5383, *NJ 1974/97 (Van der Beek/Van Dartel)*, en voor non-conformiteit HR 14 november 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF0407, *NJ 2008/588*.

9 Zie r.o. 3.6.2.

10 J.H. Nieuwenhuis, 'Wat mogen koper en verkoper van elkaar verwachten?', *WPNR* 6304 (1998), p. 156.

11 De voorrangregel dat de mededelingsplicht van de verkoper in beginsel prevaleert boven de onderzoeksplicht van de koper.

12 J.H. Nieuwenhuis, 'Wat mogen koper en verkoper van elkaar verwachten?', *WPNR* 6304 (1998), p. 156. Zie ook conclusie A-G Valk, r.o. 2.36, 2.37 en 2.38.

13 Conclusie A-G Valk, r.o. 2.38.

14 HR 11 november 1997, *NJ 1998/657 (Holvrieka/Brunink)*, r.o. 3.6 en 3.7.

15 Conclusie A-G Valk bij het arrest, r.o. 2.38.

16 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh, *6-III** 2010/641.

17 M.R. Hebly, noot bij: HR 11 oktober 2013, *NJ 2013/492*, 'Over Vano/Foreburghstaete en de samenloop van dwaling en tekortkoming', *MvV* 2014, 2, p. 45.

6. De Hoge Raad presenteert in het arrest van 16 december 2016 een aanvullende regel met betrekking tot de precontractuele mededelingsplicht en onderzoeksplicht in relatie tot een beroep op eigen schuld. De Hoge Raad houdt vast aan het uitgangspunt dat bij de vestiging van de aansprakelijkheid of de verkoper zijn precontractuele mededelingsplicht heeft geschonden, de redelijkheid en billijkheid zich in het algemeen ertegen verzetten dat de verkoper ter afwering van een beroep op dwaling of beroep op wanprestatie c.q. non-conformiteit aanvoert dat de koper het ontstaan van de onjuiste voorstelling mede aan zichzelf heeft te wijten. Aan deze regel voegt de Hoge Raad toe dat schending van de mededelingsplicht en de daaruit voortvloeiende verplichting tot schadevergoeding, echter wél op grond van art. 6:101 BW kan worden verminderd indien de onjuiste voorstelling van zaken mede is te wijten aan gebrekkig onderzoek aan de zijde van de koper. Het is interessant te constateren dat bij de vaststelling van de omvang van de vergoedingsplicht via art. 6:101 BW rekening kan worden gehouden met het feit dat de koper in het kader van zijn onderzoeksplicht een verwijt te maken valt. In het kader van de wederzijdse verantwoordelijkheid van partijen lijkt mij de overweging van de Hoge Raad dan ook aanvaardbaar. De voorraansregel dat de mededelingsplicht in beginsel prevaleert boven de onderzoeksplicht voorkomt immers dat de koper met lege handen achterblijft.

M.F.A. Clijsen
LXA The Law Firm

110

In deze zaak lacht de koper van een voormalige boerderij als een boer met kiespijn. Ondanks dat verkoper na verwijzing aansprakelijk kan worden gehouden voor schending van een mededelingsplicht, kan zijn schadevergoedingsplicht worden verminderd, indien de onjuiste voorstelling van zaken mede is te wijten aan de eigen schuld van de koper als gevolg van het niet voldoen aan de onderzoeksplicht.

De feiten

De kwestie betreft een voormalige boerderij in Noord-Limburg, Grubbenvorst die vanaf 1995 werd bewoond door een getrouwd stel. In de bijgebouwen had het echtpaar een tandtechnisch laboratorium. De boerderij is gelegen in een gebied met een agrarische bestemming. Zowel voor het gebruik voor bewoning als voor het tandtechnisch laboratorium had het toenmalige echtpaar toestemming verkregen van de gemeente Grubbenvorst. In 2007 is het echtpaar echter gescheiden. Zij hebben de woning verkocht en in 2008 geleverd aan kopers, maar hebben daarbij niet vermeld dat de boerderij in een gebied met agrarische bestemming lag en dat in dit gebied grootschalige planologische ontwikkelingen werden voorzien. Die ontwikkelingen zouden kunnen leiden tot de komst van megastallen en dat kan een waardedrukkende invloed hebben op de boerderij.

Het geschil

De kopers vorderen koopvermindering vanwege de niet-vermelde agrarische bestemming van de boerderij. Zij beroepen zich daarbij op non-conformiteit in de zin van art. 7:17 BW, respectievelijk op bijzondere lasten en beperkingen in de zin van art. 7:15 BW. Verkopers verweren zich onder meer met een beroep op verjaring (art. 7:23 BW) en eigen schuld van de kopers (art. 6:101 BW). Volgens verkopers hadden de kopers zelf kunnen ontdekken dat de woning geen woonbestemming had. De rechtbank wijst de vordering van kopers af. Het hof veroordeelt het voormalige echtpaar alsnog tot betaling van € 70.000,=. De exen gaan in cassatie en klagen onder meer dat de agrarische

bestemming niet kan worden aangemerkt als een bijzondere last in de zin van art. 7:15 BW.

De Hoge Raad acht de klacht gegrond en oordeelt dat het hof ten onrechte art. 7:15 BW heeft toegepast. Hij herhaalt dat sprake is van een "bijzondere; publiekrechtelijke last of beperking in de zin van art. 7:15 BW alleen sprake is, indien die haar grondslag vindt in een specifiek tot de desbetreffende zaak gericht besluit" (HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:159, NJ 2015/76). De bestemming van een woning, volgt echter uit een bestemmingsplan en is om die reden niet 'bijzonder' maar 'algemeen' van aard.

De Hoge Raad oordeelt dat, nu art. 7:15 BW niet van toepassing is, in de procedure na verwijzing opnieuw dient te worden beoordeeld of op de verkopers ingevolge art. 7:17 BW of 6:228 BW een mededelingsplicht rustte. De Hoge Raad vernietigt de arresten van het Hof 's-Hertogenbosch en verwijst het geding naar het Hof Arnhem-Leeuwarden ter verdere behandeling en beslissing.

Onderzoeksplicht

Een zaak beantwoordt niet aan de overeenkomst indien zij mede gelet op de aard en de mededelingen die de verkoper over de zaak heeft gedaan, niet de eigenschappen bezit die de koper daarvan mocht verwachten (art. 7:17 lid 2 BW). Let wel, een koper kan geen beroep doen op die non-conformiteit, indien hij bij het aangaan van de overeenkomst bekend was of redelijkerwijs bekend had moeten zijn met een gebrek. De koper heeft dus een onderzoeksplicht. Een dergelijke onderzoeksverplichting geldt eveneens in het kader van dwaling. Een overeenkomst is vernietigbaar indien die tot stand is gekomen onder invloed van dwaling en die overeenkomst bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn aangegaan (art. 6:228 lid 1 BW), mits die dwaling te wijten is aan: (i) een onjuiste inlichting van de wederpartij; (ii) het niet geven van inlichtingen door de wederpartij of (iii) een wederzijdse dwaling. Een partij verliest zijn recht zich op dwaling te beroepen, indien hij gehouden is een onderzoek te doen verrichten (art. 6:228 lid 2 BW).

Mededelingsplicht

Op een verkoper rust in beginsel geen zelfstandige verplichting om mededelingen te doen over de zaak. Toch kan een verkoper onder omstandigheden gehouden zijn om mededelingen te doen over de eigenschappen van een zaak. Tegenover een wederpartij kan namelijk een gehoudenheid bestaan om binnen de redelijke grenzen maatregelen te nemen om te voorkomen dat die wederpartij onder een onjuiste voorstelling veronderstellingen een overeenkomst aangaat (HR 15 november 1957, NJ 1958/67 (*Baris/Riezenkamp*)). Voorgaande norm werd door de Hoge Raad gegeven tegen de achtergrond dat dwaling wegens schending van de mededelingsplicht kan leiden tot vernietigbaarheid van de overeenkomst. Let wel, een verplichting tot 'preventief' inlichten mag, zoals de Hoge Raad in zijn arrest van 27 november 2015 zelf opmerkte, niet te snel worden aangenomen (HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3424 (*Inbev/verweerder*)). Een partij die zijn mededelingsplicht heeft verzaakt waardoor er een onjuiste voorstelling van zaken bij de wederpartij is ontstaan, kan zich bij een beroep op dwaling van die wederpartij niet verweren door te zeggen dat de wederpartij niet heeft voldaan aan haar onderzoeksplicht. De goede trouw verzet zich hier namelijk tegen. De mededelingsplicht is er nu juist om onvoorzichtige kopers te beschermen (HR 21 december 1991, NJ 1991/251 (*Geest/Nederlof*); HR 30 november 1973, ECLI:NL:HR:1973:AC5383, NJ 1974/97 (*Van der Beek/Van Dartel*) en HR 10 april 1998, NJ 1998/666 (*Offringa/Vinck*)). Redelijkheid en billijkheid verzetten zich er eveneens tegen dat de verkoper ter

afwering van een beroep op non-conformiteit aanvoert dat de koper het ontstaan van de onjuiste voorstelling mede aan zichzelf heeft te wijten (HR 14 november 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF0407, NJ 2008/588 (*Van Dalfsen/Gemeente Kampen*)).

In deze zaak stelt de Hoge Raad dat, nu geen sprake is van een bijzondere last en art. 7:15 BW niet van toepassing is, opnieuw zal moeten worden onderzocht of op de verkopers een mededelingsplicht rustte op grond van art. 7:17 BW. In dat geval kan mede van belang zijn of de verkopers er redelijkerwijs van uit mochten gaan dat de kopers zelf onderzoek zouden verrichten.

Onderzoeksplicht en eigen schuld

De verkopers doen in hoger beroep en cassatie ook nog een beroep op de eigen schuld. Indien de schade, behalve door een wanprestatie of een onrechtmatige daad mede is veroorzaakt door althans kan worden toegerekend aan de eigen schuld van de benadeelde, wordt de vergoedingsplicht verminderd door de schade over de benadeelde en de vergoedingsplichtige te verdelen in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen (art. 6:101 BW). Verkopers stellen dat de schade mede aan kopers kan worden toegerekend, omdat zij geen of onvoldoende onderzoek hebben gedaan naar de boerderij. De Hoge Raad gaat mee in die stelling en bevestigt wat al langer in de literatuur werd aangenomen: een verplichting tot vergoeding van schade als gevolg van het schenden van de mededelingsplicht van de verkoper kan worden verminderd indien de onjuiste voorstelling van zaken mede is te wijten aan de koper, bijvoorbeeld door gebrek aan onderzoek aan zijn zijde (Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, nr. 231; Heyman & Bartels, *Vastgoedtransacties: koop*, Den Haag: Boom 2012 en Dammingh, *Bemiddeling door de makelaar bij koop en verkoop van onroerende zaken*, Deventer: Kluwer, 2002, p. 228.)

Conclusie

Een uit schending van de mededelingsplicht voortvloeiende schadevergoedingsverplichting van de verkoper kan op de voet van de eigen schuld (art. 6:101 lid 1 BW) worden verminderd indien de onjuiste voorstelling van zaken mede is te wijten aan de koper.

*N.R.M. van Hellenberg Hubar
DVAN Advocatuur & Notariaat*

16
<p>Hoge Raad 16 december 2016, nr. 16/03244 ECLI:NL:HR:2016:2879 ECLI:NL:PHR:2016:1257 (mr. Van Buchem-Spapens, mr. Streefkerk, mr. Heisterkamp) (concl. wnd. A-G mr. Van Oven) Noot G.J. de Bock en R.A.G. de Vaan</p>
<p>Hoor en wederhoor. Nagezonden productie na vonnisbepaling. Onteigeningszaak.</p>
<p>Schending van fundamentele beginselen van de goede procesorde. Stuk niet ingediend door verplichte procesvertegenwoordiger. Wederpartij niet in de gelegenheid gesteld om te reageren.</p>
<p>[EVRM art. 6; Rv art. 19, 82, 83, 84; Lpr art. 6.1]</p>

In deze onteigeningszaak vernietigt de Hoge Raad een vonnis van de Rechtbank Gelderland op grond van het feit dat de rechtbank vonnis heeft gewezen mede op basis van een stuk waarop eiser tot cassatie niet de gelegenheid had gehad te reageren. Het stuk werd ingediend door een gemeentjurist nadat al vonnisdatum was bepaald en zonder een afschrift te zenden aan de wederpartij. De Hoge Raad casseert met verwijzing naar het in art. 6 EVRM gearbeide fundamentele beginsel van hoor en wederhoor, zoals ook neergelegd in art. 19 Rv.

[eiser],
wonende te [woonplaats],
eiser tot cassatie,
advocaat: mr. J.P. van den Berg,
tegen
de *Gemeente Rheden*,
zetelende te De Steeg, gemeente Rheden,
verweerster in cassatie,
advocaten: mr. J.A.M.A. Sluysmans en mr. R.T. Wiegerink.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als [eiser] en de Gemeente.

Conclusie van de wnd. Advocaat-Generaal:

Deze onteigeningszaak is voor de tweede keer aan de Hoge Raad voorgelegd. Uw Raad heeft bij arrest van 11 december 2015 het onteigeningsvonnis van de rechtbank Gelderland van 1 juli 2015 vernietigd omdat [eiser] geen gelegenheid had gekregen voor pleidooi, terwijl hij daar wel om had gevraagd. Nadat de zaak alsnog voor de rechtbank was bepleit heeft de rechtbank wederom de door de Gemeente gevorderde vervroegde onteigening uitgesproken. In het onderhavige cassatieberoep verwijt [eiser] – ik denk: terecht – de rechtbank dat zij haar uitspraak ten onrechte (mede) heeft gebaseerd op geschriften die niet tot de reguliere gedingstukken kunnen worden gerekend en ten aanzien waarvan [eiser] geen gelegenheid is gegeven daarop te reageren.