

Redactie/Editors
Prof. mr J.M. van Dunne
(hoofdredacteur)
Prof. dr H. Bocken
Prof. mr J. Spier
Prof. mr J.H. Wansink
Mr E.H. Hulst
Mr P. Klik LL.M.

Medewerkers/Associate-editors
Mr P.F.A. Bierbooms
Mr E.H.P. Brans
Mr mr I. Klinge-van Rooij
Mr A.J. Van

Redactiesecretaris/Secretary
Mr mr M. van Dort

Redactie-adres/Address
Erasmus Universiteit Rotterdam
Instituut voor Milieuschade
Kamer L5-74
Postbus 1738 - 3000 DR Rotterdam
Telefoon 010-408 2651
Telefax 010-452 2878

Raad van Advies/Advisory board
Dr J.C. Bongaerts, Instituut für Europäische Umwelt-
politik, Bonn.
Prof. mr Th.G. Drupsteen, Jur. Fac. Rijksuniv.
Leiden.
Mr Christian Huglo, chargé d'enseignement Univ. de
Paris I/avocat à Paris.
Prof. mr H.U. Jessurun d'Oliveira, Jur. Fac., Univ.
v. Amsterdam/European Univ. Institute, Firenze,
Italie.
Mr K. Jürriens, Juridische afd., Gemeentelijk
Havenbedrijf Rotterdam.
Mr F.H. Kernkamp, advoc. Kernkamp Advocaten,
Rotterdam.
Prof. mr N.S.J. Koeman, Jur. Fac. Univ.
Amsterdam/advoc. Stibbe & Simons, Amsterdam.
Dr Ludwig Krämer, EEG, Dir.-Gen. XI, Brussel.
Prof. dr J.G. Lammers, Min. van Buitenlandse
Zaken/Univ. v. Amsterdam.
Drs H.G. von Mejenfeldt, Min. van Volksvres-
ting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer.
Mr F.J.P.M. Otten, advoc. Derks Star Busmann,
Utrecht.
Mr W.J. Ouwkerk, Juridische afd. Shell Inter-
nationale Petroleum Mij B.V., Den Haag.
Prof. Dr Eckard Rehlinger, Goethe-Univ., Frankfurt.
Dr A. Rest, Instituut für Völkerrecht und insd.
öffentl. Recht, Univ. zu Köln.
Prof. mr A.H.A. Soons, Völkerrechtelijk Instituut,
Rijksuniv. Utrecht.
Prof. Richard B. Stewart, New York University Law
School, USA.
Mr F.H.A.M. Thunnissen, advoc. Buruma & Maris,
Den Haag.
Stephen Tromans, advoc. Simmons & Simmons,
London.
Ms Cynthia Whitehead, Environment Policy Europe,
Brussel.
Mr B.D. Wubs, advoc. Pels Rijken & Droogheever
Fortuin, Den Haag.

ISSN: 0166-5294

Uitgever/Publisher
KONINKLIJKE VERMANDE BV

Telefoon 03200-22 9 44
Telefax 03200-26 3 34

INHOUD / CONTENTS

- 73 *Mr P. Klik*
Wie een olietank begraaft voor een ander ...
Enkele opmerkingen over het beroep op dwaling bij bodem-
verontreiniging

KRONIEKEN / CHRONICLES

Jurisprudentie / Case Law

- 78 **Hoge Raad, 13 september 1994**
Gold Crest
Summary: Supreme Court, 13 September 1994
Noot / note: mr E.H.P. Brans, mr W.T.M. Uilhoorn
- 83 **Hof Amsterdam, 4 augustus 1994**
Ten Broek - De Zeeuw
Summary: Court of Appeal Amsterdam, 4 August 1994
- 84 **Hof Leeuwarden, 14 december 1994**
Staat - Regionaal Woonwagenschap Zuid-West Drenthe
Summary: Court of Appeal Leeuwarden, 14 December 1994
- 86 **Rechtbank Utrecht, 26 oktober 1994**
Staat - Cojabe
Summary: District Court Utrecht, 26 October 1994
- 86 **Rechtbank Almelo, 18 januari 1995**
Provincie Groningen - Akzo
Summary: District Court Almelo, 18 January 1995
- 89 **Rechtbank Assen, 24 januari 1995**
Staat - Van Venrooy Beheer
Summary: District Court Assen, 24 January 1995
- 89 **Rechtbank Den Bosch, 10 maart 1995**
Staat - Van Boekel Beheer
Summary: District Court Den Bosch, 10 March 1995
Noot / note: mr P. Klik

94 Europees Privaatrecht / European Private Law

96 Wij ontvingen / Books received

96 Informatie congressen, studiedagen / Information

96 Personalia

Abonnementenprijs

195,- per jaar (6 nrs) incl. btw en porti
Studenten 162,- per jaar
België: 1950 B.f.r., overige landen f 126,50
Beëindiging abonnement:
Opzegging van het abonnement kan slechts
schriftelijk geschieden vóór 1 december van het jaar
voorgaand aan het jaar van de gewenste
beëindiging.

Subscription

Subscription price (outside The Netherlands and
Belgium) per annum (6 issues) Dfl. 126,50.
Subscription cancellation:
Subscription cancellation in writing before December
1st preceding the year of cancellation.

Abonnementenadministratie/Subscription
administration

Koninklijke Vermande bv
Postbus 20 - 8200 AA Lelystad Nederland
Telefoon 03200-22 9 44 (tst. 125)

België

MAKLU UITGEVERS N.V.
Somerstraat 13-15 - 2018 Antwerpen - België
Telefoon 03-23 12 900

Advertenties

Koninklijke Vermande bv
Mw M. Webbe
Postbus 20, 8200 AA Lelystad
Telefoon 03200-22 9 44
Telefax 03200-26 3 34

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave
mag worden vervoerd, afgedrukt, opgeslagen in een
geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar
gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij
elektronisch, mechanisch, door fotokopieën,
opnamen, of enig andere manier, zonder vooraf-
gaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave
is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet
1912, het besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals
gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985,
Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men
de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te
voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882,
1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van
gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers
en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet
1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

WIE EEN OLIFTANK BEGRAAFT VOOR EEN ANDER ...

Enkele opmerkingen over het beroep op dwaling bij bodemverontreiniging

P. Klik

1. Inleiding

De koper van onroerend goed kan worden geconfronteerd met het risico van bodemverontreiniging, met als gevolg onderzoeks- en saneringskosten. Voor kopers van woonhuizen is van belang dat men alert is op de aanwezigheid van oude olietanks. De koper, die na aankoop een olietank in de tuin aantreft, kan trachten de overeenkomst te vernietigen op grond van dwaling. In een arrest van het Hof Amsterdam van 4 augustus 1994 (Ten Broek - De Zeeuw), elders in dit nummer gepubliceerd, werd het beroep op dwaling gehonoreerd. Aan de hand van het arrest worden enkele gezichtspunten bij de beoordeling van het beroep op dwaling besproken.

2. Actie(s) Tankslag en BOOT-besluit¹⁾

In Nederland zijn in tuinen van particulieren in de loop der jaren meer dan 200.000 stookolietanks begraven, tanks die na de overschakeling op aardgas zijn blijven liggen. Niet-gebruikte tanks gaan na verloop van tijd doorroesten en lekken, met alle schadelijke gevolgen van dien voor leidingen en grondwater. Het behandelen van zo'n tank kost ongeveer f 1.000,²⁾ het afgraven en schoonmaken wanneer de tank eenmaal is gaan lekken kost tienduizenden guldens. Hoe krijgt men de burger ertoe zijn olietank onschadelijk te laten maken? Begin jaren tachtig hebben gemeenten acties 'tankslag' gevoerd, maar met matig succes, slechts zo'n 20% van de tanks werd behandeld, en deze behandeling was niet altijd even professioneel, met het gevaar dat tanks alsnog gaan lekken. Reden voor de overheid om eind jaren '80 met een draaiboek voor een (nieuwe) Actie Tankslag van start te gaan. Een actie tankslag houdt in het opsporen en inventariseren, en vervolgens het schoonmaken en vullen met zand van niet meer gebruikte huisbrandolietanks bij particulieren.³⁾ Het schoonmaken van de tanks mocht slechts nog gebeuren door gecertificeerde (KIWA-erkende) gespecialiseerde bedrijven.

Na 1989 gingen niet alleen deze acties van start, duidelijk werd ook dat de vrijblijvendheid voor de particulier ten einde liep. De algemene zorgplicht voor de bodem (art. 1 Wet Bodembescherming) werd op het terrein concreet uitgewerkt via een AMvB, het Besluit Opslaan in Ondergrondse Tanks (BOOT-besluit).⁴⁾ Voor particulieren is het kernpunt van deze regeling dat oude olietanks op termijn uitgegraven dienen te worden, tenzij de tank op de goedgekeurde wijze is behandeld. Het BOOT-besluit trad in werking op 1 maart 1993. Tanks dienden binnen zes maanden bij de gemeente aangemeld te worden, en binnen vijf jaar onklaar gemaakt te worden of te worden uitgegraven.⁵⁾ Indien een gemeente een actie tankslag organiseert, is de eigenaar van een tank verplicht hieraan mee te werken.⁶⁾ De uitvoering van de regeling verloopt overigens problematisch.⁷⁾

3. Dwaling

Uit bovenstaande blijkt al dat de koper die een huis koopt en

vervolgens een olietank in de tuin aantreft, hierdoor onaan-
genaam getroffen zal worden, zeker wanneer hij bovendien
nog ontdekt dat hij met onderzoeks- en saneringskosten kan
worden geconfronteerd. Zo ook in de zaak *Ten Broek -
De Zeeuw*, Hof Amsterdam 4 augustus 1994 (elders in dit
nummer gepubliceerd). Ten Broek kocht in juni 1991 van
De Zeeuw een villa in Zeist. Kort voor het op 24 januari 1992
geplande transport van de akte ontdekte Ten Broek dat zich
een ondergrondse olietank in de tuin bevond, en dat er bij
bodemonderzoek verontreinigingen waren geconstateerd.
Ten Broek roept op 20 januari 1992 de nietigheid van de
koopovereenkomst in, op grond van dwaling.⁸⁾ In lagere
instantie⁹⁾ slaagde het beroep op dwaling. Het hof vernietigt
het vonnis, echter alleen op de grond dat de verkoper op
enkele punten toegelaten had moeten worden tot bewijs van
zijn stellingen.¹⁰⁾

Bij een beroep op dwaling gaat het krachtens art. 6:228 BW
om een overeenkomst die bij een juiste voorstelling van zaken
niet of niet zo zou zijn gesloten. De in art. 6:228 BW gestelde
eisen voor een actie op grond van dwaling zijn te beschouwen
als een codificatie van de in de jurisprudentie ontwikkelde
regels.¹¹⁾ van belang zijn spreek- en onderzoeksplichten.¹²⁾

1) Zie NG 1989, nr. 26, p. 714, *Binnenlands Bestuur* 1989, nr. 34/35, p. 19, *Handhaving* jan/febr 1993, p. 28 en de nota van toelichting bij het BOOT-besluit, Stb. 1993, 46, p. 32 e.v. Vergelijk over de uitvoering van de regeling de recente - zeer kritische - publicaties in *Handhaving* sept/okt 1994, p. 7, *Binnenlands Bestuur* 1994, nr. 44, p. 22 en 'Tankslager dreigt te verzanden' in *Handhaving* 1995, nr. 2, p. 36.

2) Vergelijk p. 48 van de nota van toelichting bij het BOOT-besluit.

3) Vergelijk ook voor een officiële definitie art. 1 van het BOOT-besluit.

4) Besluit van 15 januari 1993, houdende regels met betrekking tot het opslaan van vloeistoffen in ondergrondse tanks (Besluit opslaan in ondergrondse tanks), Stb. 1993, 46. Zie over het besluit literatuur genoemd in noot 1 en *WPNR* 6085 (1993), p. 216. Voor publicatie van het ontwerp-besluit zie *Stcrt.* 26 juni 1990 (nr. 121).

5) Zie de artt. 17, 18 en 23 van het besluit. In de nota van toelichting, p. 39, wordt vermeld dat de keuzemogelijkheid tussen verwijderen en onklaar maken in plaats van een verwijderingsplicht zonder meer is opgenomen omdat aan de artikelen 8 en 10 (thans: 6 en 8) van de Wet Bodembescherming een uitleg kan worden gegeven die ertoe leidt dat deze artikelen niet voorzien in een wettelijke grondslag voor een verwijderingsplicht. Gemeld wordt dat een wijziging in de wet zal worden bevorderd. Blijkens mededeling van het ministerie is een dergelijk voorstel voor advies naar de Raad van State verzonden. Vergelijk TK 1994-1995, 22 727, nr. 13 bijlage II.

6) Zie art. 19.

7) Zie recente literatuur genoemd in noot 1. De minister heeft toegezegd in het kader van de evaluatie van de actie tankslag verder met de Kamer te spreken over de eventuele instelling van een schadefonds. Zie TK 1994-1995, 22 727, nr. 14, p. 17.

8) Ten Broek koos voor vernietiging op grond van dwaling. Op de mogelijkheid een actie te beginnen wegens wanprestatie, zie art. 7:17, wordt hieronder nog kort ingegaan.

9) Vergelijk ook in deze zaak het vonnis in kort geding Pres. Rb. Utrecht 26-3-1992, GKG 1992, 1255, uitvoeriger weergegeven in Vermande Jurisprudentie D-6-42, vergelijk ook A.A. van Velten in *WPNR* 6095 (1993), p. 445 e.v.

10) Vergelijk mijn opmerkingen onder nr. 9 over schadevergoeding, zie ook noot 17.

11) Zie PG Boek 6, p. 901.

12) Zie hierover uitgebreider onder meer J.B.M. Vranken, *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenisrecht*, Tjeenk Willink Zwolle 1989 en de recente proefschriften van M.M. van Rossum, *Dwaling, in het bijzonder bij de koop van onroerend goed*, (diss. RUU) Kluwer Deventer 1991, A.G. Castermans, *De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase*, (diss. RUU) Kluwer Deventer 1992.

4. Sprekplicht

In art. 6:228 BW staan in eerste instantie de mededelingen van de wederpartij (de verkoper, tenzij er sprake is van verkopersdwaling) en zijn spreekplicht centraal. In lid 1 wordt vereist dat de onjuiste voorstelling van zaken het gevolg is van een inlichting van de wederpartij, of het niet voldoen door de wederpartij aan een spreekplicht. In het oorspronkelijk ontwerp van het nieuw BW was al sprake van dwaling wanneer 'de ene partij begreep dat de ander in dwaling verkeerde en dat deze zonder die dwaling de overeenkomst niet zou sluiten'. De in vergelijking met het oorspronkelijk ontwerp beperktere formulering, waarin zoals gezegd de spreekplicht van de wederpartij centraal staat, is bewust gekozen.¹³⁾ Gelet op de huidige tekst zal men om aan een beroep op dwaling toe te kunnen komen niet onnodig streng moeten zijn met het aannemen van een spreekplicht. Immers, vaak zal het gaan om verwachtingen die niet zijn uitgesproken, zodat een beroep op dwaling niet kan worden gebaseerd op een – achteraf onjuist gebleken – mededeling van de kant van de wederpartij.¹⁴⁾ In de zaak *Ten Broek - De Zeeuw* kon het hof vrij gemakkelijk tot het oordeel komen dat op de verkoper een spreekplicht rustte: de verkoper had in het kader van de actie 'Tank geschoond, milieu beloofd' een brief van de gemeente ontvangen, waarin hij was gewezen op de verplichting de olietank op een afdoende wijze onschadelijk te laten maken.¹⁵⁾ Vergelijk op dit punt het arrest *Van der Beek - Van Dartel*,¹⁶⁾ waarin ook sprake was van een aanschrijving door de gemeente. Van belang is dat ook zonder een dergelijke brief een spreekplicht kan worden aangenomen. Het hof verwijst daartoe in ov. 3.3. naar de door overheid (provincie) in algemene zin verspreide informatie, zoals een huis aan huis bezorgd boekje. Hier is sprake van een normatief gegeven; het hof overweegt letterlijk dat de wetenschap van gevaren ter plaatse van algemene bekendheid 'moet worden geacht', ook indien De Zeeuw dit boekje van de provincie niet zou hebben ontvangen.¹⁷⁾ Van belang hierbij is mijns inziens dat toen al wettelijke maatregelen in voorbereiding waren, op basis waarvan de eigenaar gedwongen wordt de tank onklaar te maken, vergelijk het hierboven beschreven BOOT-besluit, dat weliswaar pas op 1 maart 1993 in werking trad (in de zaak *Ten Broek - De Zeeuw* werd in 1991 verkocht en zou begin 1992 geleverd worden), maar dat al eerder in voorbereiding was.¹⁸⁾ Op de rol van deskundigen in dit verband kom ik hieronder nog terug.

5. Onderzoeksplcht

Bij het beroep op dwaling is naast de spreekplicht van de verkoper de eigen onderzoeksplcht van de koper van belang. Een beroep op dwaling is uitgesloten indien de dwaling voor rekening hoort te blijven van de partij die vernietiging wenst; dit is onder meer het geval wanneer de dwalende tekort is geschoten in zijn onderzoeksplcht. De onderzoeksplcht van de partij die zich op dwaling beroept is niet expliciet in de tekst van de wet vastgelegd, evenmin als een afweging van onderzoeks- en spreekplcht. De onderzoeksplcht van de partij die zich op dwaling beroept kan men baseren op het

vereiste in art. 6:228 lid 2 dat de dwaling niet voor risico van de dwalende hoort te blijven: naast de in lid 1 genoemde vereisten voor dwaling wordt in art. 228 lid 2 uitdrukkelijk gesteld dat vernietiging niet kan plaatsvinden wanneer de dwaling 'in verband met de aard van de overeenkomst, de in het verkeer geldende opvattingen of de omstandigheden van het geval' voor rekening van de dwalende partij moet blijven. Het hof in *Ten Broek - De Zeeuw* raakt mijns inziens in zijn motivering ten aanzien van de onderzoeksplcht van de koper de kern van de zaak. De koper kan juist gelet op de spreekplcht van de verkoper geen gebrek aan eigen onderzoek worden verweten: 'De spreekplcht van De Zeeuw had immers juist mede ten doel een in dit opzicht minder oplettende wederpartij op de aanwezigheid van de olietank opmerkzaam te maken.' (ov. 3.9). Vergelijk in dit verband het eerder genoemde arrest *Van der Beek - Van Dartel*, nog bevestigd in het arrest *Van Geest - Nederlof*.¹⁹⁾

6. Risico: verschil met conformiteit (art. 7:17 BW)

De regeling van dwaling en de conformiteit (art. 7:17 BW) lopen in vele opzichten, denk bijvoorbeeld aan de reeds besproken spreek- en onderzoeksplcht, parallel.²⁰⁾ Een belangrijk verschil lijkt echter te liggen in het risico. Voor wiens risico is de dwaling of non-conformiteit? In art. 7:17 BW wordt de verplichting van de verkoper geaccentueerd. Deze is verplicht te leveren hetgeen geschikt is voor 'normaal' gebruik, en wanneer dit niet het geval blijkt te zijn is dit voor zijn risico. Bij dwaling ligt dit anders. Immers, naast de andere vereisten voor dwaling wordt in art. 6:228 lid 2 uitdrukkelijk gesteld dat vernietiging niet kan plaatsvinden wanneer de dwaling 'in verband met de aard van de overeenkomst, de in het verkeer geldende opvattingen of de omstandigheden van het geval' voor rekening van de dwalende partij moet blijven. Hier is het dus niet zo dat 'als regel' de dwaling voor rekening van de wederpartij komt, integendeel, in beginsel wordt het risico gelegd bij de partij die zich op dwaling beroept.²¹⁾ Of men dit verschil wil accentueren hangt af van een aantal elementen,

13) Vergelijk PG Boek 6, p. 909.

14) Vergelijk over de spreekplcht A.G. Castermans, a.w.

15) De Zeeuw had de tank niet aangemeld, de gemeente had hier blijkbaar voldoende eigen onderzoek verricht.

16) HR 30-11-1973, NJ 1974, 97 nt GJS, AA 1974, p. 346 nt G.

17) Gelet op vorenstaande verbaast het dat door het hof van belang wordt geacht op welke datum de koop gesloten werd, hetgeen van belang zou zijn in verband met de datum waarop de brief van de gemeente ontvangen werd. De zaak zou mijns inziens zonder dit gegeven beslist kunnen worden. Een en ander zou hoogstens een rol kunnen spelen bij toekenning van schadevergoeding, vergelijk onder.

18) Vergelijk voorpublicatie van het ontwerp-besluit in *Stcr*, 26 juni 1990 (nr. 121). In de nota bij het BOOT-besluit wordt gesteld dat sinds de inwerkingtreding van de Wet Bodembescherming op 1 januari 1987 bekend kan worden geacht dat regels in voorbereiding waren, zie p. 50.

19) HR 21-12-1990, NJ 1991, 251, AA 1991, p. 251 nt Hijma, Kw.B.NBW 1991, 99 nt M.M. van Rossum.

20) Vergelijk verder ook P. Kijk en A.H.F.M. Wijers, *Dwaling, conformiteit en garanties*, TVC 1995, p. 77. Zie ook recent M.P. Bongard en T.H.M. van Wechem, *Mededelingen van de verkoper en het leerstuk van de conformiteit*, NTBR 1995, p. 115.

21) Vergelijk verder ook Kijk en Wijers, a.w., p. 82. Zie ook n.a.v. een concrete casus over een oude olietank J.B.M. Vranken, WPNR 6041 (1992) op p. 208 onder nr. 12.

waaronder de uitleg van 'normaal gebruik' in de conformiteitsregeling²²⁾ en hoe men bij de conformiteit de verhouding tussen spreek- en onderzoeksplcht ziet.²³⁾ In de zaak *Ten Broek - De Zeeuw* was door de verkoper nog aangevoerd dat in Zeist indertijd vrijwel geen woonhuis zonder een olietank in de tuin te vinden zou zijn. Het hof oordeelt dat dit niet afdoet aan de spreekplcht van de verkoper. Dit lijkt juist, maar de vraag rijst of dit niet een omstandigheid is die aan de orde had kunnen komen bij de beoordeling van de vraag of de dwaling niet voor risico van de koper moest blijven, in die zin dat, aangezien bij elk (vergelijkbaar) huis een olietank in de grond zat, dit een omstandigheid was die voor risico van de koper moest komen. Deze redenering zou mijns inziens slechts kunnen overtuigen wanneer duidelijk blijkt dat het risico ook verdisconteerd is in de koopprijs. Praktisch gesproken lijkt dit echter alleen mogelijk wanneer het risico expliciet ter sprake is gebracht.²⁴⁾

7. Deskundigheid

De zaak van de Zeister olietank, *Ten Broek - De Zeeuw*, doet denken aan het arrest van Hof Den Bosch 20 mei 1992 (*Van der Sprong - Ringers*).²⁵⁾ In dat arrest ging het om een reeds leeggepompte olietank, die toch al voor verontreiniging gezorgd had. Het Hof Den Bosch oordeelde dat het feit dat enkele jaren na het leegpompen olie op de vijver te zien was voor de verkoper een signaal had moeten zijn dat er al eerder verontreiniging was ontstaan. Door dit niet nader te onderzoeken of aan de kopers mee te delen schond de verkoper zijn spreekplcht. Door de verkoper was in deze zaak betoogd dat de makelaar van de kopers uitdrukkelijk was uitgenodigd om rond het huis te lopen, en dat de vulpod van de oude olietank nog goed zichtbaar was. Het hof oordeelde dat nu de verkoper zelf zijn mededelingsplcht had geschonden, de verkoper geen beroep kon doen op gebrek aan onderzoek aan de kant van de kopers.

Ook in *Ten Broek - De Zeeuw* werd gewezen op de onoplettendheid van de makelaar van de koper, zie ov. 3.9. Het hof overwoog, geheel in de lijn van *Van der Sprong - Ringers*²⁶⁾ en bovengenoemde jurisprudentie,²⁷⁾ dat het feit dat Ten Broek of de voor hem taxerende makelaar bij meer oplettendheid zelf het putdeksel of de ontluhtingspijp van de tank had kunnen ontdekken niet afdeed aan de spreekplcht van De Zeeuw. Dit leidt tot de vraag naar de rol van deskundigheid. Aan 'deskundigheid' wordt in toenemende mate in de literatuur²⁸⁾ en de rechtspraak waarde gehecht; het is echter de vraag of dit de oplossing van veel zaken vergemakkelijkt. Vaak is sprake van twee deskundige partijen,²⁹⁾ of wordt aan een niet-deskundige toch een onderzoeksplcht opgelegd,³⁰⁾ waarbij soms een rol lijkt te spelen dat naar het oordeel van de rechters de niet-deskundige maar een deskundige had moeten raadplegen. Vergelijk voor het laatste beruchte arresten inzake de koop van tweedehands auto's of huizen.³¹⁾

Uitgaande van de veronderstelling (dit blijkt verder niet uit het arrest) dat in *Ten Broek - De Zeeuw* de verkoper geen makelaar had, rijst de vraag of in een dergelijke situatie het risico niet moet liggen bij de partij die wel een makelaar heeft, zodat vervolgens deze partij zijn schade kan verhalen op de

makelaar. Mag van een makelaar niet worden verwacht dat hij ervoor zorgt dat tussen partijen duidelijkheid ontstaat over olietanks³²⁾ (of zelfs meer algemeen: bodemverontreiniging)? Van een makelaar mag worden verwacht dat hij zich op de hoogte stelt van relevante wetgeving en van te verwachten ontwikkelingen op dit punt.³³⁾ In gevallen van oude olietanks dringt de vraag des te meer gelet op de door de overheid verspreide informatie. Vermeld kan worden in dit verband dat in de nota van toelichting bij het BOOT-besluit makelaars uitdrukkelijk als 'doelgroep' van de te verspreiden informatie worden genoemd.³⁴⁾ Terzijde wordt hier opgemerkt dat een goede registratie een en ander zou vergemakkelijken.³⁵⁾

8. Exoneraties

In koopovereenkomsten van onroerend goed worden veelal exoneratieclausules opgenomen, zo ook in *Ten Broek - De Zeeuw*. Het hof is van oordeel dat deze clausule aan een beroep op dwaling niet in de weg staat. De clausule, te kennen uit het eerder gepubliceerde vonnis in kort geding, luidde: 'Het onroerend goed zal in eigendom worden overgedragen in

22) Eerder heb ik verdedigd dat in het kader van koop van onroerend goed voor 'normaal gebruik' het criterium van verhandelbaarheid van belang is, en dat de in wetgeving gestelde eis van multifunctionaliteit als uitgangspunt kan gelden, zie mijn noot in *M&R Jurisprudentie* 1994, p. 58. Vergelijk op dit punt R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen*, (diss. RUG) 1994, p. 174, zie ook H.J. Bremmers, *Milieuschade en financieel verslag* (diss. EUR) 1995, § 3.3.1.

23) Vergelijk hierover Kijk en Wijers, a.w., p. 81-82.

24) Bij het belang van de prijs kan een vergelijking worden gemaakt met de vraag of sprake is van wanprestatie. Naar nieuw BW is de vraag of het geleverde ex. art. 7:17 'conform' genoemd kan worden; een van de omstandigheden die hierbij van belang is, is de prijs.

25) NJ 1993, 89, M&R 1994, nr. 18, nt Kijk onder nr. 20.

26) Zie over het aspect van deskundigheid ook mijn noot onder het arrest in *M&R*.

27) *Van Beek - Van Dartel* (HR 30-11-1973, NJ 1974, 97) en *Van Geest - Nederlof* (HR 21-12-1990, NJ 1991, 251).

28) Vergelijk Tjittes, a.w.

29) Zie – ter illustratie – Pres. Rb. Amsterdam 24-11-1994, KG 1995, 70.

30) Vergelijk – wederom ter illustratie – Pres. Rb. Alkmaar 8-12-1994, KG 1995, 18.

31) Vergelijk voor auto's *Stavenhuter - Oosterbaan*, HR 15-11-1985, NJ 1986, 213, AA 1986, p. 315 nt Nieuwenhuis, Kw.B.NBW 1986, p. 98 nt Delft-Baas, VR 1986, 73, zie echter later *Van Geest - Nederlof*, HR 21-12-1990, NJ 1991, 251, AA 1991, p. 251 nt Hijma, Kw.B.NBW 1991, 99 nt M.M. van Rossum. Vergelijk voor huizen *Ernst-Latten - Crombag-Spaai*, HR 18-4-1986, NJ 1986, 747 nt G. Vergelijk hierover uitgebreider, met verdere verwijzingen, Tjittes, a.w., p. 60-61, 63.

32) Vergelijk, naar aanleiding van het ontwerp-besluit, voor de rol van notaris S.P.M. van Dorp-Peek, WPNR 6000 (1991), p. 236: 'Het behoort mijns inziens tot de taak van de notaris om ingeval van overdracht van een woonhuis waarbij zich mogelijk een olietank in de tuin bevindt, partijen op het bestaan van de onderhavige wettelijke regeling te wijzen en te adviseren bij het treffen van een regeling ten aanzien van de tank.' (p. 237).

33) Terzijde wordt vermeld dat handelen in strijd met het BOOT-besluit strafbaar gesteld is, als overtreding onder de WED.

34) 'De verplichtingen die het besluit legt bij eigenaren ... vereisen een uitgebreide voorlichting waarbij rekening zal worden gehouden met verschillende doelgroepen. Naast particulieren en bedrijven kan hierbij bijvoorbeeld worden gedacht aan makelaars in verband met de risico's van de aanwezigheid van een oude tank voor de koper van een bedrijf of een woning.' p. 50-51. Zie echter over deze voorlichting kritisch *Handhaving* 1995, nr. 2, op p. 37. In de *Woonconsument*, blad van de Vereniging Eigen Huis, werd in april 1991 (p. 10) en mei 1993 (p. 15) aandacht besteed aan de problematiek.

35) Vergelijk de nota van toelichting: 'Het is wenselijk dat de gemeenten hiervan een register bijhouden dat door betrokkenen bijvoorbeeld bij overdracht van onroerend goed geraadpleegd kan worden.' (p. 47). In de praktijk blijken veel gemeenten geen administratie bij te houden, vergelijk *Handhaving* 1995, nr. 2, op p. 37.

de staat waarin het zich bij het totstandkomen van deze overeenkomst bevindt met alle daaraan verbonden lusten en lasten, rechten en verplichtingen, zichtbare en onzichtbare gebreken, maar vrij van hypotheek en beslagen en inschrijvingen daarvan. Verkoper is tot geen andere vrijwaring gehouden dan tot die wegens uitwinning'. Een beroep op dwaling is in de clause niet expliciet uitgesloten, maar vanzelfsprekend is bij de uitleg van de clause van belang wat partijen (Haviltex-formule) 'over en weer mochten verwachten'. Men kan zich afvragen of een beroep op dwaling wel *mag* worden uitgesloten. Een oplossing is de uitsluiting niet a priori ongeldig te achten, maar te toetsen aan de in de jurisprudentie ontwikkelde criteria.³⁶⁾ Thans zal bij een toetsing, wanneer er sprake is van algemene voorwaarden,³⁷⁾ gekeken worden naar art. 6:233. Bij de beoordeling zal de in de rechtspraak ontwikkelde regel dat het niet geoorloofd is zich te exonereren voor verborgen gebreken wanneer men op de hoogte is van het gebrek doorslaggevend zijn.³⁸⁾ In bodemverontreinigingszaken waarin een beroep op een exoneratieclausule gedaan werd, is dit beroep tot dusverre niet erg succesvol geweest: in de bekende *Maassluis*-zaken³⁹⁾ werkte de garantieplicht zeer sterk door in het oordeel over de mogelijkheid van de verkoper een beroep te doen op een exoneratie, vergelijk met name de procedure tussen de bewoners en Maassluis (*NJ* 286, ov. 4.4) en tussen Pakwoningen en Maassluis (*NJ* 287, ov. 3.2 en 3.5). Door de Hoge Raad wordt in toenemende mate expliciet belang gehecht aan de vraag of het om een standaardbeding gaat, vergelijk de *Maassluis*-zaak *NJ* 287, ov. 5 en inzake de verkoop van een auto *HR* 25 juni 1993,⁴⁰⁾ in laatstgenoemde zaak werd het beroep op dwaling niet afgesneden door de exoneratie 'Koper koopt de auto op eigen bate en schade'.

9. Schade

Ten slotte nog enkele opmerkingen over de rechtsgevolgen van een beroep op dwaling. De koper in *Ten Broek - De Zeeuw* heeft vóór de levering een beroep gedaan op dwaling, en daarbij de nietigheid van de overeenkomst ingeroepen. Deze koper heeft derhalve, toen hij op de hoogte raakte van de aanwezigheid van de olietank en van een inmiddels geconstateerde verontreiniging, besloten dat hij van de koop af wilde. Het is duidelijk dat de dreiging van een saneringsoperatie hierbij een rol speelde. Het hof oordeelt terecht dat het feit dat achteraf is gebleken dat de provincie verder geen stappen heeft ondernomen niet van belang is. Een beroep op dwaling leidt tot vernietiging van de overeenkomst, zie *BW* art. 6:228 en de artt. 3:49 e.v. De vernietiging heeft tot gevolg dat de rechtsverhouding tussen de partijen wordt hersteld in de staat waarin deze vóór het aangaan van de overeenkomst was. Aan deze gevolgen kan men echter onder het nieuwe recht ontkomen via art. 6:230 lid 2: de rechter kan krachtens genoemd artikel de gevolgen van de overeenkomst wijzigen. In casu was nog niet geleverd, en de verkoper had aangeboden de overeenkomst te wijzigen in die zin dat hij de opruimingskosten van de tank voor zijn rekening zou nemen. Aangezien echter de verkoper niet de aan vervuiling verbonden kosten van onderzoek en sanering voor zijn rekening wenste te nemen, was deze wijziging door de koper geweigerd. Terecht, naar het

oordeel van de rechtbank. Dit leidt tot de vraag welke 'schade' men bij dwaling vergoed kan krijgen, een vraag welke al enige tijd in discussie is.⁴¹⁾ Dit punt kan hier niet verder worden uitgewerkt, volstaan wordt met te wijzen op de interessante ontwikkeling in *HR* 2 april 1993, *NJ* 1993, 94 nt CJHB, waar in een dwalingszaak de schadevergoedingsplicht wegens het niet nakomen van een mededelingsplicht gebaseerd wordt op strijd met de goede trouw. Dit zal ongetwijfeld de discussies over schadevergoedingsplicht bij dwaling, die veelal werden gevoerd vanuit de vraag of bij een dwalingsactie voor vergoeding van schade onrechtmatig handelen vereist was, weer nieuw leven inblazen.

SUMMARY

Seller beware ... avoidance of a contract of sale because of an undisclosed oil-tank

In this article, the question of avoidance of a contract of sale on the basis of 'dwaling' (misrepresentation/mistake) because of soil pollution is examined. The issues are illustrated by reference to the recent case Court of Appeal Amsterdam August 4, 1994 (*Ten Broek - De Zeeuw*), published in this volume. The issue in this case was whether the buyer of a house, who, after the conclusion of the contract of sale, discovers an old oil-tank buried in the garden, may annul. Old oil-tanks are subject to regulation. The 'Besluit Opslaan in Ondergrondse Tanks' (BOOT-besluit, Decree on Storage in Subterranean Tanks), *Stb.* 1993, 46, provides that tanks should be dug out, unless when appropriate measures have been taken.

The Decree became effective March 1, 1993; the presence of tanks should have been reported to the municipality within six months and tanks should be dismantled or dug out within five years.

A contract entered into under the influence of 'dwaling' (misrepresentation/mistake) may be annulled if the criteria laid down in art. 6:228 Civil Code are met. The duty to investigate and the duty to disclose information are important factors in the application of this article.

Firstly, the duty (of the seller) to disclose is important: the

mistake must be imputable to information given by the seller or the seller must have been under a duty to inform the buyer (compare on this duty A.G. Castermans, *De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase*, (diss. *RUL*) Kluwer Deventer 1992, summary in English). In the case at hand, such a duty to inform the buyer was easily found by the court: the government had informed seller of his duty to dismantle the tank. The author states that even without such a letter a duty to disclose could have been found, considering the wide-spread information regarding the danger of leaking tanks, and considering the scheme of the decree which was in the planning stage and had been published.

The buyer's duty to investigate also plays an important role. This duty, developed in prior case law, may in the new Code article be read in the provision that the mistake should not 'given the nature of the contract, common opinion or the circumstances of the case' remain at the buyer's risk.

The courts have ruled that where the seller has not fulfilled his duty to disclose, he is estopped from arguing that the buyer has not fulfilled a duty to investigate. Compare the case *Van der Beek - Van Dartel*, recently affirmed in *Van Geest - Nederlof*, *HR* 21 December 1990, *NJ* 1991, 251. In *Ten Broek - De Zeeuw* the issue is decided accordingly.

The author examines the issue at whose risk the failed expectations should be. This issue of risk can be compared to the issue of risk in connection with the 'conformity' requirement under the sales provisions (art. 7:17) of the new Civil Code. The 'conformity' requirement places the risk squarely on the buyer, insofar as the property sold should be fit for 'normal use'. When dealing with the issue of risk in the context of 'dwaling', the risk is on the party seeking annulment. In *Ten Broek - De Zeeuw*, the seller argued that at the time of the conclusion of the contract oil-tanks were to be found in practically every garden. The court finds that this does not absolve the seller of disclosing this fact to the buyer. The author suggests that this is an issue of risk. In deciding whether or not there was a breach of contract on the basis of non-conformity the price paid is a factor to be considered. For practical purposes, the seller could only argue this succes-

fully if it was clear that the presence of the tank was discounted in the purchase price.

The case at hand and the case of *Van der Sprong - Ringers*, Court of Appeal Den Bosch May 20, 1992, *NJ* 1993, 89, *M&R* 1994, nr. 18, nt Klik onder nr. 20, raise the issue of the responsibilities of real estate agents. The author suggests that real estate agents should make sure that parties are informed about important issues; a way of reaching this result might be to impose liability on the party that was advised by an agent (compare on the issue R.P.J.L. Tjittes, *De hoedernigheid van contractspartijen*, (diss. *RUG*) 1994, summary in English). In the case at hand the contract contained an exclusion of liability clause. The court ruled that this clause was no bar to the action on the basis of mistake. The validity of exclusion clauses is to be determined according to the standard of art. 6:233 ('unreasonably onerous'), in case of general conditions which are used in a number of contracts. An important rule developed in case law is that a party may not exclude liability for defects of which he was aware, compare *HR* 26 May 1950, *NJ* 1951, 18 nt Ph.A.N.H. and *HR* 20 February 1976, *NJ* 1976, 486 nt GJS, *AA* 1976, p. 467 nt G, compare also aforementioned *Van der Sprong - Ringers*. In general, in soil pollution cases parties have been unsuccessful in invoking exclusion clauses, compare the *Maassluis*-zaken (*NJ* 1994, 286-289 nt CJHB, *M&R* 1994, nrs. 16a-16d nt Klik onder nr. 20, *TMA/ELLR* 1993, p. 59 nt Kottenhagen), in which the (implied) warranty was a bar to invoking the exclusion clause, compare E. Brans in [1993] *Env. Liability* p. 123. The author briefly mentions the issue of available remedies. Under art. 6:230 new Civil Code, the power to annul lapses when the other party timely proposes a modification to the effects of the contract which adequately removes the prejudice suffered. The seller had offered to reimburse costs of removing the tank, which was however considered insufficient by the seller, in light of possible costs connected with already existing pollution. The court agreed. The fact that after the annulment the government considered it unnecessary to demand a cleanup was considered irrelevant.

36) Vergelijk hierover de losbladige *Contractenrecht II* nrs. 1135-1140.

37) Een vraagpunt is in hoeverre door een derde partij (notaris) gehanteerde voorwaarden als 'algemene voorwaarden' in de zin van de art. 6:231 e.v. *BW* hebben te gelden. Vergelijk hierover M.M. Olthof, *Uitsluiting van ontbinding in de transportakte*, *WPNR* 6006 (1991), p. 329 op p. 331 onder 5; R.H.C. Jongeneel, *Vallen door een ander dan partijen opgestelde algemene voorwaarden onder afd. 6:5.37*, *WPNR* 6027 (1991), p. 813, met reactie J.H.M. van Erp en naschrift, *WPNR* 6037 (1992), p. 129, zie ook W.H. Heyman en M.M. van Rossum, *Artikel 7:15 BW: Een valkuil voor verkoper en koper van onroerend goed*, *WPNR* 6046 (1992), p. 307 en *WPNR* 6047 (1992), p. 329.

38) Vergelijk *HR* 26-5-1950, *NJ* 1951, 18 nt Ph.A.N.H. en *HR* 20-2-1976, *NJ* 1976, 486 nt GJS, *AA* 1976, p. 467 nt G, en vergelijk ook eerder genoemde *Van der Sprong - Ringers*.

39) *NJ* 1994, 286-289 nt CJHB, *M&R* 1994, nrs. 16a-16d nt Klik onder nr. 20.

40) *RvdW* 1993, 148, *TvC* 1993, 321 nt Rijken, *NTBR* 1994, p. 38 nt M.M. van Rossum.

41) Vergelijk A.G. Castermans, *Schadevergoeding bij dwaling*, *RM Themis* 1989, p. 136 en daar genoemde literatuur, en zie over art. 6:230 nog J.B.M. Vranken, *Zes manieren om een oude dame niet te wekken*, *WPNR* 6030 (1991), met name noot 11.