

Kwalificeert een latent gebrek, zoals de aanwezigheid van asbest, nu wel of niet als een gebrek?

*mw. mr. I.C.K. Mol**

Inleiding

Lever het enkele feit dat asbest in het gehuurde is verwerkt een gebrek op als bedoeld in de zin van art. 7:204 lid 2 BW?

In 2005 overwoog de rechtbank Dordrecht, sector kanton dat dit wel het geval was voor wat betreft niet-hechtgebonden asbest (ook wel spuitasbest genoemd).¹ Volgens de kantonrechter mocht de huurder verwachten dat zij een normaal gebruik van de winkelruimte kon hebben. De enkele aanwezigheid van spuitasbest verhinderde dat. De verhuurder had de aanwezigheid van spuitasbest in het gehuurde bij het aangaan van de huurovereenkomst behoren te kennen, nu het een feit van algemene bekendheid is dat spuitasbest in het bouwjaar van het gehuurde veel werd gebruikt. De verhuurder kon zich niet beroepen op een exoneration van aansprakelijkheid omdat het bepaalde in art. 7:209 BW zich hier tegen verzette. De verhuurder werd dan ook aansprakelijk gehouden voor de gevolgschade welke de huurder had geleden.

Bij uitspraak van 14 februari 2007 oordeelde de rechtbank Utrecht, sector kanton Amersfoort evenwel het tegenovergestelde ten aanzien van, volgens de kantonrechter, hechtgebonden asbest, zodat de huurder het nakijken had.² Deze huurder, KPN Telecom B.V., stelde appel in en op 19 augustus 2008 wees het Gerechtshof Amsterdam, nevenzittingsplaats Arnhem, arrest.³ In dit artikel wordt nader ingegaan op het arrest van het Gerechtshof en de consequenties die dit arrest met zich brengt, aangenomen dat het in cassatie stand houdt. KPN heeft cassatie ingesteld. Hierna zullen enkele overwegingen van het Gerechtshof nader worden belicht.

Echter, voordat ik nader inga op deze asbestkwestie, is het van belang het onderscheid tussen de verschillende soorten asbest te kennen. Asbest kent twee verschijningsvormen: hechtgebonden en niet-hechtgebonden asbest (zoals spuitasbest). Van 'hechtgebonden' asbest is sprake wanneer de asbestvezels stevig verankerd zitten in het dragermateriaal. Bij deze vorm van asbest zullen nauwelijks vezels vrijkomen als dit materiaal in goede staat verkeert en niet wordt bewerkt of gesloopt. Bij niet-hechtgebonden asbest zijn de vezels niet of nauwelijks aan het dragermateriaal gebonden. Doordat deze vezels gemakkelijk kunnen vrijkomen, is het gezondheidsrisico van losgebonden asbest groter dan dat van hechtgebonden asbest.⁴

De kwestie KPN/Tamminga

Wat er aan de kwestie KPN/Tamminga vooraf ging⁵

Sinds 1999 was Delicatessenhandel J.D. Tamminga B.V. (hierna: Tamminga) de juridisch eigenaar van de winkelruimte welke zij sinds 1 oktober 2001 verhuurde aan KPN Telecom BV (hierna: KPN). KPN gebruikte het gehuurde als Primafoonwinkel. De huurovereenkomst werd beheerst door het huurregime van art. 7:290 e.v. BW. De algemene voorwaarden met het kenmerk 18/1994 van de Raad voor Onroerende Zaken waren van toepassing verklaard. Voordien exploiteerde Tamminga in het gehuurde een ijsalon. Tamminga wist sinds het moment waarop zij de juridische eigendom van het gehuurde verkreeg, dat er zich in het registergoed 'asbest-houdende stoffen en/of materialen bevinden die schadelijk kunnen zijn voor de volksgezondheid en vrijwaart verkoper hiervoor'.⁶ Desondanks verklaarde Tamminga in de huurovereenkomst dat het pand vrij was van asbest. Toen Tamminga het pand wenste te verkopen, had KPN interesse in het gehuurde en zij liet het gehuurde onderzoeken. Uit dit onderzoek volgde dat in het pand asbest was verwerkt. Het asbest bevond zich tussen het verlaagde plafond en het dak. KPN zag af van de koop en informeerde Tamminga over de asbestconstatering.

In maart 2005 werd in het gehuurde ingebroken. Het asbest in het gehuurde werd beschadigd en kwam vrij. Ondanks schriftelijk verzoek van KPN, weigerde Tamminga tot asbestsanering over te gaan, zodat KPN zelf opdracht gaf tot die sanering. Gedurende de saneringswerkzaamheden was

* Ivette Mol is advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

1. Rb. Dordrecht, sector kanton, locatie Dordrecht 10 februari 2005, *WR* 2005, 48.
2. Rb. Utrecht, sector kanton, locatie Amersfoort 14 februari 2007, *TvHB* 2007, nr. 3 (p. 91-95); het lijkt erop dat de sector kanton bij het wijzen van dit vonnis ervan uitging dat het hechtgebonden asbest betrof, zie r.o. 3.4. Uit het arrest van het Gerechtshof volgt dat het niet-hechtgebonden asbest betreft, zie r.o. 4.8 en 4.9 in appel.
3. Gerechtshof Amsterdam, nevenzittingsplaats Arnhem, 19 augustus 2008, *WR* 2008, 114.
4. <http://www.vrom.nl/pagina.html?id=8330#a4>.
5. Voor een meer uitvoerige uiteenzetting van het feitencomplex, wordt verwezen naar het feitencomplex zoals dit uiteen is gezet in de in voetnoten 2 en 3 genoemde uitspraken.
6. Zie r.o. 4.1.

het gehuurde gesloten. KPN zette haar bedrijfsactiviteiten gedurende de sanerings- en opruimingswerkzaamheden voort vanuit een bus.

KPN hield Tamminga aansprakelijk voor de schade die zij had geleden ten gevolge van de asbestsanering die zij had moeten laten uitvoeren en vorderde de saneringskosten en de gevolgschade op grond van het bepaalde in art. 7:204 BW en 6:174 BW.

Enkele dragende overwegingen van het Gerechtshof in stappen

Voorvraag: analyse gestelde gebrek

Bij de analyse van deze zaak, overwoog het Gerechtshof, anders dan de sector kanton, dat in casu sprake was van het zogenaamde niet-hechtgebonden asbest. KPN had daartoe verschillende verklaringen overgelegd, welke door Tamminga – om onduidelijke redenen – onvoldoende gemotiveerd waren betwist.⁷ Het Gerechtshof stelde vast dat in het aanwezige asbest een *potentieel* gevaar voor de gezondheid schuilt; dit gevaar zou zich eerst verwezenlijken als het asbest wordt bewerkt dan wel als asbeststoffen op een andere wijze vrijkomen. Het verdient aantekening dat uit het arrest niet volgt waarop het Gerechtshof zijn overweging baseert dat reeds het in het gehuurde aanwezige niet-hechtgebonden asbest uitsluitend een potentieel gevaar met zich bracht en niet reeds een reëel gevaar zoals de eerdere stellingen van de deskundigen wel doen vermoeden.⁸

In een zorgvuldig gemotiveerd en deugdelijk gestructureerd arrest beantwoordt het Gerechtshof de kernvraag van het geschil: levert de aanwezigheid van asbest in het gehuurde een gebrek op in de wettelijke zin van art. 7:204 lid 2 BW.

Stap 1: Gebrek ex art. 7:204 lid 2 BW

Het Gerechtshof concludeert onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis dat het enkele feit dat er zich asbest in het gehuurde bevindt, geen gebrek met zich brengt zoals in de wet bedoeld. De huurder kan immers desondanks het genot hebben van het gehuurde dat hij op grond van de overeenkomst mocht verwachten. Deze omstandigheid levert daarentegen wel een *latent* gebrek op. Aldus het Gerechtshof zijn ‘noch in parlementaire geschiedenis bij deze bepalingen, noch in de literatuur aanknopingspunten te vinden voor het mogelijke onderscheid dat zich in casu voordoet, namelijk de aanwezigheid van asbest in de plafondplaten dat op zichzelf geen gevaar vormt voor de gezondheid en aldus geen gebrek oplevert, maar dat wel als ‘latent gebrek’ omschreven kan worden.’⁹ Het Gerechtshof overweegt vervolgens dat het gebrek zich derhalve eerst voordoet, zodra het gebrek zich verwezenlijkt, zijnde in maart 2005.¹⁰

M.i. is in de wet wel een aanknopingspunt te vinden voor de overweging van het Gerechtshof dat een latent gebrek niet kwalificeert als een gebrek. Art. 7:204 lid 3 BW bepaalt: ‘Een feitelijke stoornis door derden zonder bewering van recht als bedoeld in artikel 211 en een bewering van recht zonder feitelijke stoornis zijn geen gebreken in de zin van lid 2.’ Volgens dit artikel kwalificeert een bewering van recht *zonder feitelijke stoornis* niet als een gebrek. Een bewering van

recht is echter wel een latent gebrek, nu de houder van dat recht tot uitoefening daarvan over kan gaan hetgeen dan wel een verstoring van het huurgenot – en dus een gebrek – zou opleveren. De wetgever heeft een latent gebrek derhalve evident niet als een gebrek willen aanmerken.

Wellicht ten overvloede wordt opgemerkt dat zodra een reëel gebrek dreigt, en de huurder daardoor in zijn genot wordt geschaad, de huurder hiertegen kan opkomen door – langs de weg van de gebrekenregeling – van de verhuurder te verlangen, al dan niet in rechte, dat hij preventieve maatregelen treft.¹¹ In een voorkomende omstandigheid is er echter geen sprake (meer) van een latent gebrek, maar juist van een gebrek.

In de onderhavige kwestie had KPN derhalve in januari 2005, nadat zij had geconstateerd dat er zich asbest in het gehuurde bevond, van Tamminga kunnen verlangen, of kunnen vorderen, dat zij maatregelen zou treffen die verpulvering van het asbest zouden verhinderen voor zover de dreiging van het gebrek reëel was. Alsdan zou KPN immers in haar genot worden geschaad. Uit het arrest volgt overigens niet dat de dreiging op dat moment reëel was. Wellicht dat het Gerechtshof uit het enkele feit dat KPN niet per omgaande van Tamminga had verlangd dat preventieve maatregelen zouden worden getroffen, heeft afgeleid dat er geen dreiging en dus geen genotsverstoring was.

De wezenlijke overweging van het Gerechtshof dat de enkele aanwezigheid van niet-hechtgebonden asbest niet een gebrek

7. Zie r.o. 4.7 t/m 4.9.

8. Zie r.o. 4.9: uit het arrest volgt niet waarom het Gerechtshof van de veronderstelling uitgaat dat de enkele aanwezigheid van niet-hechtgebonden asbest in casu slechts een ‘potentieel gevaar’ met zich bracht, welk gevaar zich eerst zou verwezenlijken bij bewerking van het asbest. Deze analyse van het Gerechtshof lijkt strijdig te zijn met de eerdere conclusies van de door KPN overgelegde rapporten en uiteengezet in rechtsoverwegingen 4.7 en 4.8 waaruit kan volgen dat de enkele aanwezigheid van niet-hechtgebonden asbest een reëel (en niet potentieel) gevaar oplevert. Zie bijvoorbeeld de volgende passages in de genoemde rechtsoverwegingen: ‘Het materiaal van niet-hechtgebonden asbest is zacht en brokkelt makkelijk af. Hierdoor kunnen na verloop van tijd spontaan asbestvezels vrijkomen, bijvoorbeeld door trillingen, aanrakingen of andere bewerkingen. (...) Uit het door KPN overgelegde onderzoeksrapport (...) blijkt dat er sprake is geweest van het voor de gezondheid zeer schadelijke losgebonden bruine asbest (...) ook bij navraag bij de firma Koole is gebleken dat het verwijderde asbest is geanalyseerd en dat dit amosiet betrof dat vanwege de losse structuur gemakkelijk uiteen valt (...) Volgens Lintsen was de kwaliteit van het asbest van een extreem brokkelige verpulverende soort en viel dit bij aanraking al uit elkaar.(...)’.

9. R.o. 4.10.

10. R.o. 4.10.

11. *Kamerstukken II* 1999/00, 26 089, nr. 6, p. 6 en *Kamerstukken I* 2001/02, 26 089, nr. 162, p. 13.; zie onder meer ook A.M. Kloosterman, ‘Gebreken en ingebrekestelling’ in *WR* 2007, 53 en M.T.H. de Gaay Fortman en J.M. Winter-Bossink, ‘Gebrekenregeling’ in *TvHB* 2004, nr. 1 (p. 4-9).

is dat de verhuurder bij het aangaan van de huurovereenkomst kende of had behoren te kennen, heeft vergaande consequenties voor de overige vorderingen van KPN. Immers, van de art. 7:206 lid 1 en 2, 7:207 en 7:208 BW kan bij de verhuur van een bedrijfsruimte ex art. 7:290 BW/7:230a BW slechts niet worden afgeweken voor zover het gaat om gebreken die de verhuurder bij het aangaan van de overeenkomst kende of had behoren te kennen. Nu het Gerechtshof heeft overwogen dat de enkele aanwezigheid van asbest niet kwalificeert als een gebrek (en er per definitie geen sprake kan zijn van een gebrek dat de verhuurder kende) behouden in beginsel alle bepalingen die afwijken van de genoemde wettelijke bepaling hun werking. Denk hierbij aan de afwijkende en voor huurders nadelige bepalingen uit de ROZ-voorwaarden¹² betreffende de aansprakelijkheden van de verhuurder waarover hierna meer.

Stap 2: Herstelplicht verhuurder ex art. 7:206 lid 1 BW

Het Gerechtshof overwoog dat de enkele aanwezigheid van asbest in het gehuurde niet kwalificeerde als een gebrek; later, toen het asbest vrij kwam, werd dit wel als een gebrek aangemerkt.¹³ Aan de hand van het criterium in art. 7:206 lid 1 BW overwoog het Gerechtshof vervolgens dat Tamminga gehouden is op de voet van art. 7:204 lid 1 jo. art. 7:206 lid 1 BW de kosten voor de asbestsanering van het gehuurde te dragen.¹⁴ Tamminga heeft de kosten niet voldoende gemotiveerd betwist. Het Gerechtshof heeft geen gronden aanwezig geacht om te concluderen dat herstel niet mogelijk was of de kosten redelijkerwijze niet van Tamminga gevegd konden worden.¹⁵

Toen Tamminga ook na herhaaldelijke sommatie door de verzekeraar van KPN niet met de asbestsanering een aanvang had genomen, stond het verzuim van Tamminga vast (art. 6:82 lid 2 BW) en was KPN gerechtigd, ex het bepaalde in art. 7:206 lid 3 BW, de sanering zelf ter hand te nemen.¹⁶

Stap 3: Huurprijsverlaging ex art. 7:207 lid 1 BW

KPN heeft voorts aanspraak gemaakt op vermindering van de huurprijs voor de duur dat zij een vermindering van haar huurgenot heeft in verband met de aanwezigheid van het gebrek. Echter, partijen zijn, in afwijking van de periode in art. 7:207 BW een andere vergoedingsperiode overeengekomen. Deze regeling komt er vrij vertaald op neer dat KPN voor de duur van veertig dagen een verminderd huurgenot dient toe te staan. Gedurende die periode maakt KPN geen aanspraak op een vermindering van de huurprijs. Deze regeling is niet anders nu de reden waarom KPN in haar huurgenot wordt gestoord in feite gelegen is in haar eigen verzoek aan Tamminga om tot herstel van het gebrek (de asbestsanering) over te gaan.¹⁷

Wellicht overbodig merk ik op dat deze afwijking van art. 7:207 BW uitsluitend mogelijk is nu:

- a. het Gerechtshof heeft bepaald dat de enkele aanwezigheid van niet-hechtgebonden asbest niet kwalificeert als een gebrek ex art. 7:204 lid 2 BW;
- b. niet vaststaat dat bij het aangaan van de huurovereenkomst het asbest niet al vrijkwam en de verhuurder hiermee niet bekend was dan wel bekend had moeten zijn.

Alhier vindt men reeds de eerste, mijns inziens logische, gevolgtrekking van de overweging van het Gerechtshof dat de enkele aanwezigheid van niet-hechtgebonden asbest niet als een gebrek kwalificeert. De gevolgen werken evenwel nog verder door en wel in de vraag of Tamminga aansprakelijk is voor de schade welke KPN lijdt in verband met de asbestverontreiniging.

Stap 4: Vermogensschade ex art. 7:208 BW

Opnieuw geeft het Gerechtshof aan de hand van de parlementaire geschiedenis een heldere uitleg over de werking van art. 7:208 BW en de verhouding van dit artikel ten opzichte van de art. 6:74 en 6:75 BW (ondanks dat KPN haar vordering uitsluitend heeft gebaseerd op het bepaalde in art. 7:208 BW en in art. 6:174 BW¹⁸). Voorts neemt hij de lezer bij de hand om de vraag te beantwoorden of Tamminga aansprakelijk is voor de door KPN geleden vermogensschade. Samengevat overweegt het Gerechtshof als volgt:

‘Een verplichting tot schadevergoeding van de verhuurder op de voet van artikel 7:208 BW (onverminderd de verplichting tot schadevergoeding die gebaseerd is op artikel 6:74 BW), ontstaat in twee gevallen, afhankelijk van het antwoord op de vraag wanneer het gebrek is ontstaan:
I) indien het gebrek na of tijdens het aangaan van de huurovereenkomst is ontstaan én aan de verhuurder is toe te rekenen en/of

II) indien het gebrek bij het aangaan van de huurovereenkomst al aanwezig was en de verhuurder dit kende of behoorde te kennen of aan de huurder te kennen heeft gegeven dat het gehuurde dit gebrek niet had.

Hiervoor onder 4.10 heeft het hof al geoordeeld dat de enkele aanwezigheid van (bruin) asbest in de plafondplaten géén gebrek is in de zin van artikel 7:204 lid 1 BW [bedoeld zal zijn lid 2, ICKM] zodat de kennis of wetenschap van Tamminga ten aanzien van de enkele aanwezigheid van asbest in dit kader niet relevant is. Van de onder II) genoemde situatie is derhalve geen sprake.¹⁹

Verder citeerde het Gerechtshof de volgende passage uit de parlementaire geschiedenis:

‘Bij de beantwoording van de vragen omtrent de verhouding tussen de artikelen 6:74 en 6:75 enerzijds en het onderhavige artikel anderzijds moet het uitgangspunt zijn dat een gebrek een tekortkoming als bedoeld in artikel 6:74 oplevert. Voor de vraag of de verhuurder tot schadevergoeding is verplicht, is van belang of die tekortkoming hem op de voet

12. Zie bijvoorbeeld art. 11.6 ROZ (73/2003).

13. R.o. 4.11.

14. De verplichting tot herstel van het gebrek en het dragen van de hiermee gepaard gaande kosten, was niet uitgesloten.

15. R.o. 4.16.

16. R.o. 4.16.

17. R.o. 4.19 t/m 4.21.

18. Op de vordering gebaseerd op het bepaalde in art. 6:174 BW zal in dit verband geen aandacht worden besteed.

19. R.o. 4.23.

van artikel 6:75 kan worden toegerekend. Art. 208 geeft met het oog hierop een nadere precisering, in die zin dat in de hier genoemde gevallen de tekortkoming krachtens de wet voor rekening van de verhuurder komt. Dit artikel heeft daarmee in ieder geval deze functie dat in die gevallen discussie is uitgesloten over de vraag die zou moeten worden beantwoord indien het artikel niet zou bestaan, te weten of de tekortkoming krachtens de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van de verhuurder komt. Men zou bijvoorbeeld geredelijk kunnen aarzelen over de vraag of in een geval waarin de verhuurder te kennen heeft gegeven dat de zaak een bepaald gebrek niet had, terwijl hij dit gebrek niet kende noch behoorde te kennen, kan worden gezegd dat het om een tekortkoming gaat die krachtens verkeersopvatting voor zijn rekening komt. Aldus wordt tevens derhalve nader bepaald wat uit de artikelen 6:74 en 6:75 bij toepassing van de daar bedoelde toerekeningsmaatstaf voortvloeit. Deze artikelen, met name art. 6:75, verwijzen immers mede naar 'de wet', in dit geval naar art. 208.²⁰

In navolging van het bovenstaande overweegt het Gerechtshof dat Tamminga niet haar onderhoudsverplichtingen heeft verwaarloosd, noch dat het asbest is vrijgekomen door toedoen van Tamminga. Om die reden concludeert het Gerechtshof dat er weliswaar een tekortkoming (ex art. 6:74 BW) en inmiddels een gebrek (ex art. 7:204 lid 2 BW) is dat hersteld dient te worden (ex art. 7:206 lid 1 BW), maar dat deze omstandigheid niet aan Tamminga kan worden toegerekend, zodat Tamminga niet aansprakelijk is voor de (gevolg)schade.

Ten overvloede brengt het Gerechtshof nog de exoneratiebepalingen van de toepasselijke ROZ-bepalingen²¹ onder de aandacht, op grond waarvan Tamminga evenmin aansprakelijk is nu de aansprakelijkheid van de verhuurder voor bepaalde schade (zoals bedrijfsschade) is uitgesloten. Voor zover Tamminga derhalve al wel aansprakelijk zou zijn en de tekortkoming zou hem zijn toe te rekenen, zou hij nog een ontsnappingsmogelijkheid hebben op grond van de exoneratiebepalingen. Opnieuw: laatstgenoemde is mogelijk nu het Gerechtshof heeft bepaald dat de enkele aanwezigheid van niet-hechtgebonden asbest niet als een gebrek valt te kwalificeren.

Tussenconclusie

Kortom: in deze kwestie vist de huurder, wat het Gerechtshof betreft, voor een groot deel achter het net nu zij haar grootste vordering, te weten die van de bedrijfsschade, niet kan verhalen op haar verhuurder. De uitkomst van deze kwestie zou volstrekt anders zijn geweest als het Gerechtshof had bepaald dat de enkele aanwezigheid van niet-hechtgebonden asbest wel degelijk kwalificeert als een gebrek dat aanwezig was ten tijde van het aangaan van de huurovereenkomst omdat KPN niet het genot kreeg van het gehuurde dat KPN mocht verwachten.

In het kort de stappen welke het Gerechtshof in deze kwestie doorliep:

- a. een latent gebrek is geen gebrek als de huurder geen verstoring heeft van zijn huurgenot;

- b. omdat een latent gebrek, zoals de aanwezigheid van niet-hechtgebonden asbest, geen gebrek is, is er geen sprake van een gebrek dat aanwezig was ten tijde van het aangaan van de huurovereenkomst waarmee de verhuurder bekend was, dan wel bekend had moeten zijn; de vraag of de verhuurder al dan niet enige wetenschap had, dan wel had moeten hebben, is derhalve irrelevant;
- c. zodra een latent gebrek verwordt tot een gebrek,
 - i. is de verhuurder gehouden dit gebrek te herstellen overeenkomstig het bepaalde in art. 7:206 BW;
 - ii. kan de huurder aanspraak maken op een vermindering van de huurprijs overeenkomstig het bepaalde in art. 7:207 BW voor de duur van de verstoring van het huurgenot;
 - iii. geldt het bepaalde in art. 7:209 BW en kunnen partijen, behoudens in geval van woonruimte,²² afwijkende afspraken maken over onder meer de verplichting van de verhuurder tot opheffing van het gebrek en de mate van aansprakelijkheid van de verhuurder.

Algemene bepalingen

Uit het besproken arrest volgt dat zelfs als Tamminga een toerekenbare tekortkoming zou kunnen worden verweten KPN nog geen verhaal zou hebben op Tamminga nu de verhuurdersvriendelijke algemene voorwaarden van de ROZ²³ op de huurovereenkomst van toepassing waren verklaard. Deze verzetten zich in beginsel tegen een succesvol beroep van KPN op aansprakelijkheid van Tamminga in geval van bedrijfsschade van huurder²⁴ en van schade aan de persoon of goederen van huurder/derden door het optreden en de gevolgen van zichtbare en onzichtbare gebreken aan het gehuurde.²⁵

20. R.o. 4.24; *Kamerstukken II* 1999/00, 26 089, nr. 6, p. 12 e.v.

21. ROZ 18/1994, art. 6.5 en 6.6.

22. Zie art. 7:242 BW.

23. ROZ 18/1994.

24. ROZ 18/1994, art. 6.6: 'Verhuurder is niet aansprakelijk voor bedrijfsschade van huurder of voor schade als gevolg van de activiteiten van andere huurders of van belemmeringen in het gebruik van het gehuurde die derden veroorzaken, tenzij in geval van grove schuld of ernstige nalatigheid van verhuurder dienaangaande.'

25. ROZ 18/1994, art. 6.5: 'Verhuurder is niet aansprakelijk voor schade toegebracht aan de persoon of goederen van huurder of van derden – en huurder vrijwaart verhuurder voor aanspraken van derden ter zake – door het optreden en de gevolgen van zichtbare en onzichtbare gebreken aan het gehuurde of het gebouw of complex waarvan het gehuurde deel uitmaakt of ontstaan door het optreden en de gevolgen van weersomstandigheden, van stagnatie in de bereikbaarheid van het gehuurde, van stagnatie in de voorziening van gas, water, elektriciteit, warmte, ventilatie of luchtbehandeling, van storing van de installaties en apparatuur, van in- en uitstroming van gassen of vloeistoffen, van brand, ontploffing en andere voorvallen, van stoornis in het huurgenot en van stoornis of tekortkomingen in de leveringen en diensten, alles behoudens in geval van schade als gevolg van grove schuld of ernstige nalatigheid van verhuurder ten aanzien van de staat van het gehuurde of van het gebouw of complex waarvan het gehuurde deel uitmaakt.'

Tamminga had zich evenwel niet achter de exoneraties kunnen verschuilen indien het Gerechtshof had aangenomen dat de enkele aanwezigheid van niet-hechtgebonden asbest wel degelijk een gebrek was dat de verhuurder bij het aangaan van de huurovereenkomst kende of behoorde te kennen. Art. 7:209 BW verzet zich hier immers tegen.

Het is niet ongebruikelijk dat verhuurdersvriendelijke algemene bepalingen (met name de ROZ-versies) de aansprakelijkheid van schades als genoemd uitsluiten. Ook de jongste versie van de ROZ-voorwaarden²⁶ kent een dergelijke uitsluiting van aansprakelijkheid. Aldus deze regeling is de verhuurder niet aansprakelijk voor schade ten gevolge van een gebrek. In dat geval kan de huurder geen aanspraak maken op een huurprijzvermindering of een verrekening anders dan die als bedoeld in art. 7:206 lid 3 BW.²⁷

In de huurdersvriendelijke algemene voorwaarden van de Rijksgebouwendienst (RGD), versie 2003, en van de Raad Nederlandse Detailhandel (RND)²⁸ is een andere regeling te vinden. In de RGD-versie wordt de enkele aanwezigheid van asbest als een gebrek aangemerkt²⁹ en in de RND-versie³⁰ garandeert de verhuurder dat er zich in het gehuurde geen asbest bevindt welke het gebruik van het gehuurde op enig moment zou kunnen verhinderen (ergo: als dit anders is, voldoet het gehuurde niet aan de gerechtvaardigde verwachting van de huurder en levert zulks een gebrek op).

De RGD- en RND-oplossingen zijn gunstig voor een huurder en het verdient voor een huurder dan ook aanbeveling om dergelijke afspraken te maken met een verhuurder bij het aangaan van een huurovereenkomst.

Ook een verhuurder die heeft gecontracteerd op basis van een ROZ-model zal evenwel nog altijd 'zweeten' als zich een asbestprobleem mocht voordoen. Kwalificeert de aanwezigheid van asbest in dat geval namelijk als een gebrek waarmee de verhuurder bekend was dan wel hoorde te zijn bij het aangaan van de huurovereenkomst? Met een enkele verwijzing naar het KPN-arrest, is de verhuurder niet reeds 'gered'. Het Gerechtshof heeft in zijn arrest namelijk niet onvoorwaardelijk de rechtsregel ingenomen dat het enkele feit dat (niet-hechtgebonden) asbest in het gehuurde aanwezig is uitsluitend een latent gebrek oplevert. Hiervoor is immers vereist dat de huurder niet in zijn huurgenot wordt geschaad. Een verhuurder kan dit oplossen door met de huurder overeen te komen dat 'asbest' niet een gebrek oplevert als bedoeld in art. 7:204 lid 2 BW.

Conclusie

De aanwezigheid van een latent gebrek in het gehuurde, zoals de aanwezigheid van (niet-hechtgebonden) asbest, levert geen gebrek op indien de huurder, ondanks de aanwezigheid van het latente gebrek, niet in zijn huurgenot wordt geschaad, aldus het Gerechtshof in de besproken zaak KPN/Tamminga. En vanwege het enkele feit dat de huurder niet in zijn huurgenot wordt geschaad, is de vraag of de verhuurder ten tijde van het aangaan van de huurovereenkomst ermee bekend was dan wel ermee bekend had moeten zijn dat in het gehuurde asbest was verwerkt niet meer relevant;

de enkele aanwezigheid van asbest (of van het latente gebrek) levert dan immers nog geen gebrek op. Voor deze stelling is mijns inziens steun te vinden in het systeem van de wet, zie art. 7:204 lid 3 BW waarin is bepaald dat een enkele bewering van recht zonder feitelijke stroomis (doch wel zijnde een latent gebrek) geen gebrek oplevert.

Als het latente gebrek verwordt tot een dreigend gebrek en als de huurder daardoor in zijn huurgenot wordt gestoord, is er sprake van een gebrek en kan de huurder van de verhuurder verlangen dat hij preventieve maatregelen treft.

Mijns inziens is het onverschillig of de discussie zich toespitst op niet-hechtgebonden of hechtgebonden asbest, met dien verstande dat ik het wel aannemelijk acht dat reeds de enkele aanwezigheid van niet-hechtgebonden asbest in het gehuurde eerder een gebrek op zal kunnen leveren dan de enkele aanwezigheid van hechtgebonden asbest. Van niet-hechtgebonden asbest schijnt namelijk meer gevaar uit te gaan, dan van hechtgebonden asbest. Hoe het ook zij: het is aan de huurder te bewijzen dat reeds de enkele aanwezigheid van het asbest een verstoring van zijn huurgenot oplevert. Slaagt de huurder hierin, dan kwalificeert de aanwezigheid van asbest als een gebrek in de zin van art. 7:204 lid 2 BW. Dat dit niet een eenvoudige opgave zal zijn, volgt wel uit het KPN arrest.

Ondanks dat de redenering van het Gerechtshof mijns inziens bevredigend is ten aanzien van zijn uitleg aangaande het 'latente gebrek', had het mij vanzelfsprekender geleken als het Gerechtshof in deze kwestie, gelet op de deskundigenberichten en de gevaarstelling die werd aangenomen, had overwogen dat reeds de enkele aanwezigheid van de niet-hechtgebonden asbest wel degelijk als een gebrek kwalificeerde. Ik veronderstel evenwel dat, ondanks dat hierover

26. ROZ 68/2008.

27. ROZ 68/2008, art. 11.3.

28. RND 60/2004.

29. RGD versie 2003, art. 12.3 'Verhuurder stelt het gehuurde asbestschoon, zoals bedoeld in de Regeling Asbestbeleid Rijksgebouwendienst (Staatscourant 30 november 2000, nr. 233) aan huurder ter beschikking. Verhuurder laat daartoe, op zijn kosten en voorafgaand aan de ondertekening van deze huurovereenkomst een volledige asbestinventarisatie conform de BRL 5052 uitvoeren door een hiertoe gecertificeerd bureau en de rapportage daarvan aan huurder voor aanvang van de huurovereenkomst ter hand stellen. Indien gedurende de looptijd van de huurovereenkomst en/of na de overeengekomen huurperiode, een eventuele ontruimingsbescherming op grond van artikel 7:230a BW daaronder begrepen, van enige asbestverontreiniging blijkt, zijn de gevolgen daarvan voor rekening en risico van verhuurder. Verhuurder vrijwaart huurder tegen (overheids)bevelen tot nader onderzoek of tot het treffen van maatregelen alsmede tegen aanspraken van derden. De aanwezigheid van asbestverontreiniging levert een gebrek in de zin van de wet op.'

30. RND 60/2004, art. 4.7 'Verhuurder garandeert dat in het gehuurde bij aanvang van de huurovereenkomst geen asbest aanwezig is, die op enigerlei moment het gebruik van het gehuurde of het aanbrengen van veranderingen en toevoegingen zou kunnen belemmeren.'

niets is gesteld in het arrest, uit de deskundigenberichten ook volgde dat het gevaarzettende element in kwestie eerst aanwezig was nadat het niet-hechtgebonden asbest was beschadigd en los liet. Of wellicht nam het Gerechtshof aan dat er geen gevaar dreigde omdat KPN, terstond na de ontdekking van het asbest, de verhuurder niet heeft gesommeerd per omgaande het asbest te verwijderen.

Het besproken arrest maakt verder eens te meer duidelijk dat (met name) een huurder zich goed dient te realiseren welke gevolgen het met zich kan brengen als deze de beperking van de aansprakelijkheid van de verhuurder accepteert. Indien een gebrek niet als een gebrek wordt gekwalificeerd waarmee de verhuurder bij het aangaan van de huurovereenkomst bekend was dan wel had moeten zijn, is het immers geoorloofd de aansprakelijkheid van de verhuurder ten aanzien van dat gebrek te beperken. Dit kan voor de huurder vergaande consequenties met zich brengen.

In casu zag KPN zich geconfronteerd met de overweging van het Gerechtshof dat de enkele aanwezigheid van niet-hechtgebonden asbest niet kwalificeerde als een gebrek dat reeds aanwezig was ten tijde van het aangaan van de huurovereenkomst omdat KPN het gehuurde, ondanks het latente gebrek, ongestoord kon gebruiken. Daardoor kon KPN niet met succes diverse schades van de verhuurder vorderen, ondanks dat zij deze wel had geleden toen het asbest beschadigd raakte en op dat moment het gebrek een feit was. Reeds hierom is het een huurder niet aan te bevelen de beperking van de aansprakelijkheid van de verhuurder voor ieder gebrek onverkort te accepteren.