

De recente ontwikkelingen rondom asbest in de nieuwste ROZ-modellen en in de jurisprudentie

mr. A. de Fouw en mr. K. Keij¹

Hoewel er al enige jurisprudentie was over asbest in gehuurde bedrijfsruimten², heeft het arrest van de Hoge Raad in de zaak KPN / Tamminga van 3 september 2010³ de pennen pas echt in beweging gebracht. In deze zaak had het Hof kort gezegd (onder meer) geoordeeld dat de enkele aanwezigheid van asbest niet zodanig als een gebrek ex art. 7:204 lid 2 BW kwalificeert en dat eerst door het vrijkomen van het asbest een gebrek is ontstaan. De Hoge Raad achtte dit oordeel van het Hof onbegrijpelijk in het licht van de vaststelling dat de aanwezigheid in een pand van niet-hechtgebonden asbest van de in die zaak aangetroffen soort een onaanvaardbaar risico oplevert. De Hoge Raad vernietigde het oordeel van het Hof dan ook en verwees de zaak terug naar het Hof voor verdere behandeling en beslissing. Nu de zaak vervolgens tussen partijen is geschikt, heeft het Hof geen uitspraak gedaan over de vraag of de aanwezigheid van niet-hechtgebonden asbest een gebrek betreft dat de huurder niet hoefde te verwachten. De vraag of de enkele aanwezigheid van asbest als een gebrek kwalificeert heeft de gemeederen sindsdien dan ook bezig gehouden. Niet alleen in de literatuur en in de jurisprudentie, maar bijvoorbeeld ook in de nieuwste modellen van de Raad voor Onroerende Zaken (hierna: ROZ-modellen) voor 290-bedrijfsruimte (2012) en voor 230a-bedrijfsruimte (2015) zijn bepalingen ter zake asbest opgenomen.

In maart/april 2014 heeft mr. S. van der Kamp in dit tijdschrift in een artikel weergegeven welke ontwikkelingen er tot dan toe in de jurisprudentie waren⁴. In het onderhavige artikel zal worden ingegaan op hetgeen ter zake asbest in de ROZ-modellen is opgenomen. Tevens zal worden ingegaan op de verschillende soorten asbest en waarom het van belang is om verschillende soorten asbest te onderscheiden. Ten slotte zal worden ingegaan op de nadere ontwikkelingen in de jurisprudentie die is verschenen ná het voornoemde artikel van mr. Van der Kamp. Voor de eerdere jurisprudentie – die is behandeld in het artikel van mr. Van der Kamp – verwijzen wij graag naar dat artikel. Hoewel herhaling van de inhoud van dat artikel zoveel mogelijk is getracht te voorkomen, is enige herhaling onvermijdelijk in het kader van de leesbaarheid en duidelijkheid van dit artikel.

1. Hechtgebonden/niet-hechtgebonden asbest

Asbest is een grootschalig probleem nu het een belangrijke oorzaak van beroepsziekten is en tevens - op tabak na – de meest dodelijke kankerverwekkende stof betreft.⁵ Zolang asbest echter hechtge-

bonden is (vezels die verankerd zitten in het materiaal waarin het is verwerkt) en in goede staat verkeert, hoeft er geen direct gevaar te zijn voor de gezondheid. Asbest is evenwel tot 1993 zowel in hechtgebonden als in niet-hechtgebonden vorm toegepast. Het verschil tussen deze twee vormen is dat bij hechtgebonden asbest de schadelijke vezels sterk verankerd zijn met het bindmiddel (bijvoorbeeld asbest verwerkt in plaatmateriaal). Hierdoor is deze soort asbest in beginsel niet schadelijk zolang het in goede staat verkeert en niet wordt bewerkt. Indien het materiaal waarin het is verwerkt evenwel wordt beschadigd of wordt bewerkt, kan het een gevaar opleveren. Niet hechtgebonden asbest levert daarentegen wel direct een gevaar op, aangezien deze vezels niet sterk zijn verbonden met het bindmiddel en dus gemakkelijker vrij kunnen komen (bijvoorbeeld de kous voor het isoleren van een elektriciteitsdraad -of kabel). Het materiaal van niet-hechtgebonden asbest is zacht en brokkelt makkelijk af. Tot 1978 werd niet-hechtgebonden

1. Anneloes de Fouw en Katja Keij zijn werkzaam bij BRICKS advocaten te Amsterdam.
2. Zie bijvoorbeeld Ktr. Dordrecht 10 februari 2005, *WR* 2005, 48.
3. HR 3 september 2010, *NJ* 2010, 474.
4. Mr. S. van der Kamp, 'Aansprakelijkheid van de verhuurder voor gevolgschade van asbest: de jurisprudentie na 'KPN/Tamminga'', *TvHB* 2014, nr. 2. Op 24 februari 2011 is in dit kader ook een interessant artikel verschenen in *WR*, Tijdschrift voor Huurrecht [???], te weten: 'Wat niet weet, wat wel deert' van C.L.J.M. de Waal en F. van der Hoek, *WR* 2011, 14.
5. R.F. Ruers, *Macht en tegenmacht in de Nederlandse asbest-regulering*. 2012, Den Haag: Boom Uitgevers 2012.

asbest vaak gespoten, het zogenaamde spuitasbest (asbest gespoten op bijvoorbeeld leidingen, plafonds en muren).

Vanwege het verschil in gevaar tussen hechtgebonden en niet-hechtgebonden asbest, speelt de soort asbest volgens Hoge Raad in de zaak KPN / Tamminga een rol bij de vraag of de aanwezigheid van asbest een gebrek is in de zin van art. 7:204 lid 2 BW. Nu de enkele aanwezigheid van niet-hechtgebonden asbest (doorgaans) een gevaar oplevert, zou de aanwezigheid van deze soort asbest kunnen kwalificeren als een gebrek ex art. 7:204 lid 2 BW. Of de enkele aanwezigheid van asbest als een gebrek kwalificeert is met name van belang voor de aansprakelijkheid van de verhuurder voor de gevolgschade ex art. 7:208 BW en de (on)mogelijkheid tot uitsluiting van die aansprakelijkheid ex art. 7:209 BW. Op grond van art. 7:208 BW is de verhuurder – kort gezegd – verplicht tot vergoeding van de door het gebrek veroorzaakte schade indien het gebrek na het aangaan van de overeenkomst is ontstaan en aan hem is toe te rekenen, dan wel de verhuurder het gebrek bij het aangaan van de huurovereenkomst kende of had behoren te kennen, of de huurder heeft te kennen gegeven dat de zaak het gebrek niet had. Indien het gaat om gebreken die de verhuurder bij het aangaan van de huurovereenkomst kende of had behoren te kennen, kan de verhuurder zijn aansprakelijkheid voor de gevolgen van die gebreken niet uitsluiten op grond van art. 7:209 BW. Indien asbest in het gehuurde is verwerkt, zal het – nagenoeg – altijd aanwezig zijn bij het aangaan van de huurovereenkomst. Om deze reden is het dan ook van belang na te gaan of de enkele aanwezigheid van niet-hechtgebonden asbest als een gebrek kwalificeert. Ter zake het antwoord op deze vraag is in de jurisprudentie nog geen uitsluitsel gegeven. Ook bij de Raad van Onroerende Zaken (hierna: ROZ) is de juridische problematiek rondom asbest in gehuurde panden niet onopgemerkt gebleven.

2. ROZ

In de oude ROZ-modellen 1994, 2003 en 2008 voor winkelruimte en de ROZ-modellen 1996 en 2003 voor kantoorruimte is geen specifieke bepaling ter zake asbest opgenomen. Indien er asbest in het pand wordt aangetroffen, geldt het bepaalde uit de huurovereenkomst ter zake gebreken in het gehuurde en ter zake de (eventuele uitsluiting van) aansprakelijkheid van de verhuurder.

In de nieuwe standaard ROZ-modellen voor bedrijfsruimte ex art. 7:290 BW 2012 en voor overige bedrijfsruimte ex art. 7:230a BW 2015 is wel expliciet een (gelijkluidend) artikel ter zake asbest opgenomen. Dit artikel (art. 12 in het model voor winkelruimte en art. 9.1 in het model voor kantoorruimte) luidt als volgt: *‘[Aan verhuurder is niet bekend /Aan huurder is bekend*] dat in het gehuurde asbest is verwerkt. De onbekendheid van verhuurder met aanwezigheid van asbest in het gehuurde houdt uitdrukkelijk geen garantie in van verhuurder ten aanzien hiervan.’* Nu in beide modellen hetzelfde artikel is opgeno-

men, zal hierna – voor de eenvoud – slechts worden gesproken van art. 9.1 (van het ROZ-model 2015), waar tevens bedoeld wordt art. 12 van het ROZ-model 2012. In dit artikel dienen partijen een keuze te maken of aan de verhuurder wel of niet bekend is of er sprake is van asbest in het gehuurde. Het is de vraag welke gevolgen een dergelijke keuze heeft. Indien partijen opnemen dat aan de verhuurder niet bekend is dat er sprake is van asbest en er blijkt gedurende de huurovereenkomst toch asbest in het gehuurde aanwezig te zijn, kan de huurder niet succesvol het standpunt innemen dat hij er op grond van de huurovereenkomst vanuit mocht gaan dat er geen asbest in het gehuurde aanwezig zou zijn. De verhuurder heeft immers slechts aangegeven niet bekend te zijn met de aanwezigheid van asbest. Hij heeft door het invullen van art. 9.1 geen garantie gegeven dat er geen asbest in het pand aanwezig zou zijn. Indien er alsnog asbest in het pand wordt aangetroffen moet worden teruggevallen op de bepalingen uit de huurovereenkomst ter zake gebreken in het gehuurde en ter zake de (uitsluiting van) aansprakelijkheid van de verhuurder. Hetgeen door partijen wordt ingevuld in art. 9.1 van de huurovereenkomst zegt derhalve feitelijk niets over de vraag of er sprake is van een gebrek, of de aansprakelijkheid hiervoor kan worden uitgesloten en ook regelt dit artikel niets op voorhand over de eventuele verdeling tussen de huurder en de verhuurder van de kosten ter zake sanering van het asbest en de gevolgschade.

Indien partijen daarentegen opnemen dat aan de verhuurder wel bekend is dat er sprake is van asbest, staat daarmee in ieder geval vast dat de verhuurder daarmee bekend was bij het aangaan van de huurovereenkomst. Het is evenwel de vraag of de aanwezigheid van asbest kwalificeert als een gebrek. Indien dit namelijk het geval is kan de verhuurder zijn aansprakelijkheid voor de schade als gevolg van dat gebrek ex art. 7:209 BW niet uitsluiten. Evenwel geldt dat indien het asbest kwalificeert als een gebrek⁶ en de verhuurder bij aanvang van de huurovereenkomst bekend is met dit gebrek en dit in de huurovereenkomst opneemt, de verhuurder dit gebrek nog voor aanvang van de huurovereenkomst zal dienen te verhelpen. Vanwege het directe gevaar van asbest zal de huurder het pand immers niet kunnen betrekken. Na sanering zal het gebrek doorgaans zijn verholpen, althans zullen partijen en deskundigen er vanuit gaan dat het gebrek is verholpen en zal het gebrek dus niet meer aanwezig zijn bij aanvang van de huurovereenkomst. Voor dit geval lijkt art. 9.1 dan ook niet aan de orde te zijn. Indien het asbest daarentegen niet kwalificeert als een gebrek, bijvoorbeeld doordat het hechtgebonden asbest betreft dat verwerkt zit in (verborgen) delen van het gehuurde dat bij normaal gebruik

6. Bij asbest zal dit doorgaans het geval zijn indien dit een direct gevaar oplevert, bijvoorbeeld omdat het niet-hechtgebonden asbest betreft of hechtgebonden asbest dat door beschadiging van het materiaal waarin het is verwerkt is vrijgekomen.

van het gehuurde geen risico oplevert, betreft het geen gebrek dat bij het aangaan van de huurovereenkomst aanwezig was. Ook indien er derhalve in art. 9.1 van de huurovereenkomst wordt opgenomen dat de verhuurder bekend is met de aanwezigheid van asbest, zegt dit nog niets over de vraag of er sprake is van een gebrek. Mogelijk dat partijen er bij aanvang van de huurovereenkomst vanuit gingen dat het om asbest ging dat op de toegepaste wijze geen risico opleverde. Als na aanvang van de huurovereenkomst blijkt dat er wel sprake is van asbest dat direct gevaar oplevert en het asbest alsnog als gebrek kwalificeert, dan zal in een dergelijk geval wederom dienen te worden teruggevallen op de bepalingen uit de huurovereenkomst ter zake gebreken in het gehuurde en de (uitsluiting van) aansprakelijkheid van de verhuurder.

Het invullen van art. 9.1 van de huurovereenkomst, inhoudend dat de verhuurder wel of niet bekend is met de aanwezigheid van asbest in het gehuurde, zegt derhalve (nagenoeg) niets over de eventuele gevolgen van de aanwezigheid van asbest in het gehuurde. Dit artikel is opgenomen in het nieuwste ROZ-model voor winkelruimte met de bedoeling om partijen bewust te maken van het onderwerp asbest. Indien dit artikel eenvoudigweg door partijen zal worden ingevuld c.q. zal worden doorgehaald wat niet van toepassing is, zal dit artikel geen uitkomst bieden voor de vraag voor wiens rekening de gevolgschade komt. Een effect van het artikel is wel dat, doordat dit in het model is opgenomen, partijen zich bewust worden van het feit dat het verstandig is om een regeling ter zake eventueel in het gehuurde aanwezig asbest overeen te komen. Inmiddels komt het in de praktijk dan ook regelmatig voor dat partijen expliciet een van art. 9.1 van het ROZ-model afwijkend artikel ter zake asbest opnemen. Hierin wordt bijvoorbeeld overeengekomen voor wiens rekening asbestonderzoeken zullen worden uitgevoerd en wanneer, voor wiens rekening eventueel aangetroffen asbest zal worden verwijderd en waarop de huurder al dan niet aanspraak kan maken (bijvoorbeeld huurprijzvermindering en/of schadevergoeding). Een belangrijk punt hierbij kan ook zijn om op te nemen in welke gevallen de regeling geldt c.q. bij welke soorten asbest (hecht-gebonden c.q. niet-hechtgebonden). Hoewel er vergaande verplichtingen voor de verhuurder kunnen worden overeengekomen, zouden wij ons ook kunnen voorstellen dat er uitgebreide exoneraties worden overeengekomen. Hoewel ons dit niet aan te raden lijkt voor een huurder, zou overeengekomen kunnen worden dat indien asbest mocht worden geconstateerd gedurende de duur van de huurovereenkomst, dit niet kwalificeert als een gebrek. Hierdoor zal de huurder zowel gehouden zijn tot sanering van het asbest, als aansprakelijk zijn voor zijn gevolgschade. Partijen zouden aldus vergaande exoneraties overeen kunnen komen, waarbij al het risico (inclusief de sanering) op de huurder wordt gelegd.

Voorts is in de ROZ-modellen 2012 en 2015 een onderzoeksplicht naar de aanwezigheid van asbest voor de huurder opgenomen, indien huurder ver-

anderingen en/of toevoegingen in het gehuurde wil aanbrengen. Deze onderzoeksplicht is opgenomen in art. 13.5 van de algemene bepalingen ROZ 2012⁷, respectievelijk art. 12.5 van de algemene bepalingen ROZ 2015.⁸ Indien er asbest wordt geconstateerd, dient huurder dit aan verhuurder mee te delen en dient hij daarover in overleg te treden met de verhuurder. Indien verhuurder dit nalaat, dan wel indien huurder nalaat onderzoek naar de aanwezigheid van asbest te doen en er blijkt asbest aanwezig te zijn en huurder gaat over tot het (laten) uitvoeren van de werkzaamheden, vrijwaart huurder de verhuurder voor alle mogelijke schade en gevolgen. Hiermee geldt een actieve verplichting voor de huurder indien hij wijzigingen wenst aan te brengen in het gehuurde. Het is de vraag wat de invloed is van dit artikel. Op de huurder rust immers slechts een onderzoeksplicht indien hij wenst over te gaan tot het (laten) aanbrengen van veranderingen en/of toevoegingen in het gehuurde. Dit artikel zal daarmee evenwel zowel kort na aanvang van de huurovereenkomst, als tijdens de looptijd van de huurovereenkomst van belang kunnen zijn. Indien het 'inbouwpakket' bij de aanvang van de huurovereenkomst door de verhuurder wordt aangebracht (zoals regelmatig bij kantoorruimte het geval is), zal dit artikel geen extra verplichtingen voor de huurder scheppen. Indien huurder het gehuurde daarentegen zelf zal afbouwen, komt er daarmee een onderzoeksplicht op de huurder te liggen. Dit geldt ook indien de huurder werkzaamheden wenst te plegen op een later moment gedurende de duur van de huurovereenkomst. Schending van de onderzoeksplicht van de huurder kan ertoe leiden dat – indien er sprake mocht zijn van asbest en er schade ontstaat – de huurder aansprakelijk is voor de gevolgen van de aanwezigheid van het asbest. Huurder heeft verhuurder in voorkomend geval immers op basis van art. 13.5 respectievelijk 12.5 van de algemene bepalingen gevrijwaard. Tevens lijkt de verhuurder alsdan het standpunt te kunnen innemen dat de schade niet zou zijn ontstaan

-
7. Het artikel luidt: *'Huurder dient voor het aanbrengen van veranderingen en/of toevoegingen in het gehuurde steeds (nader) te onderzoeken of er sprake is van de aanwezigheid van asbest. Huurder dient de resultaten van dit (nader) onderzoek aan verhuurder mee te delen en bij aanwezigheid van asbest over te gaan tot overleg met verhuurder. Huurder vrijwaart verhuurder voor alle mogelijke schade en gevolgen indien huurder, bij aanwezigheid van asbest en of verontreiniging, overgaat tot het (laten) uitvoeren van genoemde werkzaamheden.'*
 8. Het artikel luidt: *'Huurder dient voor diens rekening voor het aanbrengen van veranderingen en/of toevoegingen in het gehuurde steeds (nader) te onderzoeken of er sprake is van aanwezigheid van asbest op de locatie waar de veranderingen en/of toevoegingen zullen plaatsvinden. Huurder dient de resultaten van dit (nader) onderzoek aan Verhuurder mee te delen en bij aanwezigheid van asbest over te gaan tot overleg met Verhuurder. Huurder vrijwaart Verhuurder voor alle mogelijke schade en gevolgen indien Huurder, bij aanwezigheid van asbest, overgaat tot het (laten) uitvoeren van genoemde werkzaamheden.'*

indien huurder haar onderzoeksplicht zou zijn nagekomen.

Het is de vraag wat de gevolgen van de toevoeging van dit artikel in de ROZ-modellen 2012 en 2015 zijn en of aansprakelijkheid voor de gevolgschade hierdoor – te allen tijde – wordt verlegd naar de huurder. Indien er bij aanvang van de huurovereenkomst immers geen onderzoek is gedaan naar de aanwezigheid van asbest en er blijkt asbest in het gehuurde aanwezig te zijn, was er wellicht al sprake van een gebrek ex art. 7:204 lid 2 BW dat bij aanvang van de huurovereenkomst aanwezig was. Dit geldt uiteraard voor zover het asbest kwalificeert als een gebrek, hetgeen – zoals in het voorgaande is uiteengezet – niet altijd het geval hoeft te zijn. Indien er sprake is van een gebrek dat bij aanvang van de huurovereenkomst aanwezig was, kan de verhuurder zijn aansprakelijkheid voor dat gebrek niet exoneren indien hij dit gebrek bij aanvang van de huurovereenkomst kende of behoorde te kennen (art. 7:209 BW). Indien hiervan sprake is – hetgeen overigens lastig voor de huurder zal zijn te bewijzen – zal de aansprakelijkheid voor de gevolgschade naar onze mening niet kunnen worden uitgesloten door het opnemen van de onderzoeksplicht van de huurder. Indien evenwel sprake is van een gebrek dat bij aanvang van de huurovereenkomst aanwezig was, maar niet kan worden aangetoond dat de verhuurder het gebrek bij de aanvang van de huurovereenkomst kende of behoorde te kennen en de huurder schendt zijn vernoemde onderzoeksplicht, lijkt de huurder op grond hiervan aansprakelijkheid voor de gevolgschade op zich te hebben genomen. Dit ziet echter allemaal op de situatie dat de huurder zijn onderzoeksplicht schendt, dan wel desalniettemin overgaat tot uitvoering van de werkzaamheden. Het is vervolgens de vraag of dit artikel ook iets zegt over voor wiens rekening de gevolgschade komt indien de huurder zijn onderzoeksverplichting niet schendt. Indien de huurder conform zijn verplichting uit hoofde van art. 12.5 dan wel 13.5 van algemene bepalingen onderzoek naar de aanwezigheid van asbest laat uitvoeren en de resultaten van de onderzoeken met de verhuurder deelt, zeggen deze artikelen feitelijk niets over de aansprakelijkheid voor de eventuele gevolgschade. Indien uit de onderzoeken van de huurder immers volgt dat er sprake is van asbest, ligt de vraag voor of er sprake is van een gebrek en of de aansprakelijkheid hiervoor door de verhuurder kon worden uitgesloten. Hoewel dit artikel derhalve een vergaande onderzoeksplicht op de huurder legt, legt dit artikel slechts op voorhand de aansprakelijkheid voor gevolgschade vast, indien de huurder zijn verplichtingen uit hoofde van art. 12.5 dan wel 13.5 van de algemene bepalingen schendt. Indien de huurder zijn verplichtingen nakomt en er is sprake van asbest in het pand moet worden teruggevallen op de bepalingen uit de huurovereenkomst ter zake gebreken in het gehuurde en ter zake de (uitsluiting van) aansprakelijkheid van de verhuurder.

3. Jurisprudentie

Sinds het artikel van mr. Van der Kamp in maart/april 2014 zijn er twee interessante uitspraken verschenen van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 26 augustus 2014⁹ en van de Rechtbank Midden-Nederland van 24 februari 2016¹⁰ waarin de vraag aan de orde kwam of de enkele aanwezigheid van asbest kwalificeert als een gebrek in het gehuurde ex art. 7:204 lid 2 BW. De rechtbank Midden-Nederland ging daarbij tevens in op de mogelijkheid van vergoeding van gevolgschade ex art. 7:208 en ex art. 6:174 BW. Deze uitspraken zullen achtereenvolgens worden behandeld.

3.1. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 26 augustus 2014¹¹ (hoger beroep kort geding)

In deze zaak ging het om het volgende. De huurder huurt een bedrijfsruimte waarin hij een hotel met restaurant exploiteert, welk bedrijf hij van de eigenaar van het pand heeft gekocht. De huurovereenkomst is gesloten op basis van het ROZ-model 2012 (ex art. 7:290 BW). Kort na het aangaan van de huurovereenkomst wordt er asbest in het gehuurde geconstateerd. De verhuurder laat de betreffende delen saneren, waarna de huurder evenwel wederom grote hoeveelheden asbest aantreft in het gehuurde. In eerste aanleg vordert huurder in kort geding – kort gezegd – een verdere asbestinventarisatie van het gehele gehuurde en vervolgens binnen een bepaalde termijn na het uitbrengen van het asbestinventarisatierapport de in het rapport beschreven saneringsmaatregelen te treffen. De voorzieningenrechter is evenwel van oordeel dat de vorderingen onvoldoende zijn onderbouwd en wijst de vorderingen af. Hierop ontbindt de huurder de huurovereenkomst en de koopovereenkomst, althans vernietigt de huurder de huurovereenkomst en de koopovereenkomst op grond van dwaling. De koopovereenkomst zal – gezien de inhoud van dit artikel – buiten beschouwing worden gelaten en derhalve zullen wij ons beperken tot de huurovereenkomst.

Vervolgens gaat de huurder in appel en stelt 12 grieven in tegen het vonnis in eerste aanleg. Voor dit artikel zijn met name de grieven ter zake de dwaling en de ontbinding van de huurovereenkomst relevant, waartoe wij ons dan ook zullen beperken. De huurder stelt de huurovereenkomst op goede gronden wegens dwaling bij de totstandkoming van de huurovereenkomst te hebben vernietigd, vanwege asbest in het gehuurde. In dit kader stelt de huurder dat de accountant van de verhuurder zou hebben medegedeeld dat in het gehuurde geen

9. Hof Arnhem-Leeuwarden 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6635.

10. Rechtbank Midden-Nederland 24 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1948.

11. Hof Arnhem-Leeuwarden 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6635.

asbest aanwezig was, dat zij op deze mededeling zou hebben vertrouwd en dat de verhuurder vanwege diens jarenlange betrokkenheid bij het pand van het asbest geweten zou moeten hebben. De verhuurder wijst op art. 12 van de huurovereenkomst, waarin hij heeft verklaard er niet mee bekend te zijn of er asbest in het gehuurde is verwerkt. Vanwege de gemotiveerde betwisting van het standpunt van de huurder door de verhuurder, acht het Hof een nader onderzoek naar de feiten noodzakelijk. Nu de kort geding procedure zich daar niet voor leent, faalt de grief. Evenwel is het – in het licht van het gestelde in dit artikel in paragraaf 2 – interessant hoe hierover in rechte zal worden geoordeeld. Wellicht dat de rechter in de bodemprocedure hierover een duidelijk oordeel zal geven.

Voorts stelt de huurder de huurovereenkomst op goede gronden te hebben ontbonden, nu de aanwezigheid van asbest een gebrek oplevert, zodat de verhuurder jegens de huurder zodanig is tekort geschoten dat de ontbinding van de huurovereenkomst gerechtvaardigd is. Het Hof is van oordeel dat de enkele aanwezigheid van asbest – ongeacht soort en gevaar – geen gebrek oplevert. Of sprake is van een gebrek is volgens het Hof afhankelijk van de concrete feiten en omstandigheden van het geval. Voor de beantwoording van de vraag of er in dit geval sprake is van een gebrek, stelt het Hof een aantal omstandigheden in haar oordeel te betrekken, te weten de contractuele bestemming van het gehuurde, wat er voorafgaande aan de totstandkoming van de huurovereenkomst door verhuurder is verklaard en de omvang en het risico van het asbest. Nu naar het oordeel van het Hof uit de door partijen overgelegde deskundigenrapporten geen eenduidig beeld over de omvang van het asbest in het gehuurde, het risico dat het aangetroffen asbest voor de gezondheid oplevert en of het asbest aan het voorgenomen gebruik als restaurant en hotel in de weg staat, meent het Hof dat nader onderzoek noodzakelijk is, waar de kort geding procedure zich niet voor leent. Een naar onze mening deels begrijpelijk en deels opmerkelijk oordeel van het Hof. Dat de vraag of er sprake is van een gebrek afhankelijk is van de concrete feiten en omstandigheden van het geval, lijkt ons juist. In deze zaak was bijvoorbeeld relevant dat het Hof niet kon vaststellen of de geconstateerde niet-hechtgebonden asbest al bij aanvang van de huurovereenkomst aanwezig was, dan wel door de werkzaamheden van de huurder was veroorzaakt, waarbij huurder geen asbestinventarisatie had laten opmaken. Het oordeel van het Hof dat de enkele aanwezigheid van asbest – ongeacht soort en gevaar – geen gebrek oplevert, lijkt wat kort door de bocht. Onder verwijzing naar het in paragraaf 1 van dit artikel gestelde ter zake niet-hechtgebonden asbest, alsmede het oordeel van de Hoge Raad in de zaak KPN / Tamminga, lijkt de soort en het gevaar van het asbest er immers wel degelijk toe te kunnen leiden dat de enkele aanwezigheid van asbest een gebrek kan opleveren. Het Hof lijkt in deze zaak voorop te stellen dat de enkele aanwezigheid van asbest geen gebrek kan opleveren, maar dat dit slechts het geval kan zijn

in samenhang met de overige concrete feiten en omstandigheden. Het is naar onze mening de vraag wat bijvoorbeeld de bestemming van het gehuurde nog voor relevantie heeft indien er sprake is van niet-hechtgebonden asbest in het gehuurde dat zich verspreid door de lucht. Als gevolg hiervan kan de enkele aanwezigheid daarvan ertoe leiden dat het gehuurde überhaupt niet meer betreden mag worden. Hoe het ook zij, het Hof lijkt er in deze zaak (wederom) vanuit te gaan dat de enkele aanwezigheid van asbest geen gebrek kan betreffen. Daarvoor acht het Hof kennelijk meer nodig.

3.2. Rechtbank Midden-Nederland 24 februari 2016¹²: de verhuurder is niet aansprakelijk voor gevolgschade

In deze zaak ging het om de huur van bedrijfspanden die door huurder werden gebruikt als school met praktijk- en theorielokalen. De huurovereenkomst was in 1977 aangegaan. In het kader van onderhoudswerkzaamheden die de huurder in 2012 wenste uit te voeren, heeft de huurder onderzoek laten doen naar de risico's van de geplande onderhoudswerkzaamheden. Onder meer heeft de huurder een asbestinventarisatie laten uitvoeren. Daaruit is gebleken dat in het gehuurde asbesthoudende toepassingen zijn aangetroffen, waaronder niet-hechtgebonden asbest. De huurder heeft de verhuurder hiervan op de hoogte gesteld en heeft verzocht om het asbest te saneren. De verhuurder is hiertoe overgegaan en heeft gedurende de periode van circa één jaar dat de sanering plaatsvond en de herstelwerkzaamheden werden verricht, een vervangende ruimte aan huurder ter beschikking gesteld. De huurder stelde de verhuurder evenwel ook aansprakelijk voor de door haar geleden gevolgschade, welke aansprakelijkstelling de verhuurder afwees. De verhuurder stelde dat de aangetroffen niet-hechtgebonden asbest in juridische zin een gebrek opleverde, maar dat zij niet aansprakelijk is voor de gevolgschade.

Daarop vorderde de huurder de vergoeding van de door haar geleden gevolgschade bij de kantonrechter. De huurder baseerde haar vordering op het standpunt dat de aanwezigheid van asbest een gebrek ex art. 7:204 lid 2 BW betreft en dat de verhuurder dit gebrek kende of als zijnde verhuurder had moeten kennen bij aanvang van de huurovereenkomst, nu de gevaren van asbest eind jaren '70 al bekend waren. Ingevolge art. 7:208 BW, dan wel ex art. 6:174 BW zou de verhuurder gehouden zijn om de gevolgschade te vergoeden. Daarbij zou de verhuurder zich volgens de huurder niet kunnen beroepen op de exoneratie in de huurovereenkomst (waarmee de vergoeding van gevolgschade door de verhuurder in geval van gebreken wordt uitgesloten), nu de huurder een beroep zou kunnen doen op art. 7:209 BW. De verhuurder verweert zich met het

12. Rechtbank Midden-Nederland 24 februari 2016. ECLI: NL:RBMNE:2016:1948.

argument dat het aantreffen van asbest weliswaar een gebrek oplevert en dat zij verplicht is om dit gebrek te herstellen, hetgeen zij ook heeft gedaan, maar dat zij niet aansprakelijk is voor de gevolgschade. Bovendien meent de verhuurder een beroep te kunnen doen op het in de huurovereenkomst opgenomen exoneratiebeding. De wetenschap van het gevaar zou bij de verhuurder hebben ontbroken, nu het in 1977 nog gebruikelijk zou zijn om asbestplaten in panden in te bouwen.

De kantonrechter stelt vast dat tussen partijen niet in geschil is dat de aangetroffen niet-hechtgebonden asbest een gebrek betreft in de zin van art. 7:204 lid 2 BW. Ter zake de vraag of de verhuurder verplicht is tot vergoeding van de door het gebrek veroorzaakte gevolgschade, overweegt de kantonrechter dat voor vergoeding van gevolgschade op grond van art. 7:208 BW, de enkele aanwezigheid van een gebrek niet voldoende is. Er dient sprake te zijn van een toerekenbare tekortkoming aan de zijde van de verhuurder. Teneinde vast te stellen of hiervan sprake is, stelt de kantonrechter eerst vast dat het asbest bij het aangaan van de huurovereenkomst aanwezig was. Onder verwijzing naar het arrest KPN / Tamminga overweegt de kantonrechter dat de enkele aanwezigheid van niet-hechtgebonden asbest, ook indien het nog niet is vrijgekomen, een gebrek kan betreffen. Nu de kantonrechter heeft vastgesteld dat het gebrek bij het aangaan van de huurovereenkomst aanwezig was, ligt de vraag voor of de verhuurder dit gebrek toen kende of had behoren te kennen. De kantonrechter is van oordeel dat het standpunt van huurder dat het gevaar van asbest bij het aangaan van de huurovereenkomst al bekend was en verhuurder het gevaar dus kende of behoorde te kennen, niet voldoende onderbouwd is. De huurder had dit naar het oordeel van de kantonrechter nader dienen te onderbouwen, nu het asbest in 1977 nog niet verboden was. Tevens oordeelt de kantonrechter dat het algehele wettelijke verbod van het gebruik van asbesthoudende materialen sinds 1 juli 1993 geen verplichting voor de verhuurder inhield om het pand op asbest te laten onderzoeken. Het verbod zag immers op het verbod tot het gebruik ofwel het toepassen van asbest en niet op de aanwezigheid daarvan. In dit kader oordeelt de kantonrechter dat van een toerekenbare tekortkoming van de verhuurder geen sprake is, zodat de verhuurder niet aansprakelijk is voor de gevolgschade van huurder ex art. 7:208 BW.

Ten aanzien van het beroep van huurder op de aansprakelijkheid van verhuurder op grond van art. 6:162 en/of art. 6:174 BW stelt de kantonrechter voor op dat de tussen partijen bestaande huurovereenkomst niet afdoet aan een mogelijke aansprakelijkheid op grond van deze artikelen. Er is sprake van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, mits de gedraging van verhuurder ook onafhankelijk van het schenden van de verbintenis onrechtmatig is. De kantonrechter oordeelt ook ten aanzien van dit standpunt van de huurder dat zij dit niet voldoende heeft onderbouwd. Hoewel er sprake is van een gebrek aan het gehuurde dat bij aanvang van de huurovereenkomst aanwezig was en er derhalve sprake

is van onrechtmatig handelen van de verhuurder, dient voor een succesvol beroep op art. 6:174 lid 1 BW het gevaar zich ook te hebben verwezenlijkt. Hoewel de huurder heeft gesteld dat er gedurende vele jaren asbestvezels zijn vrijgekomen en het gevaar zich derhalve heeft verwezenlijkt, heeft zij deze stelling niet onderbouwd. Nu derhalve niet is bewezen dat dit het geval is, strandt het beroep op art. 6:174 BW.¹³

In tegenstelling tot de hiervoor behandelde uitspraak van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, oordeelt de kantonrechter in deze zaak – onder verwijzing naar het arrest KPN / Tamminga – dat de enkele aanwezigheid van niet-hechtgebonden asbest, ook indien het nog niet is vrijgekomen, wel een gebrek kan betreffen. Indien vast komt te staan dat er sprake is van een gebrek, welk gebrek bovendien bij aanvang van de huurovereenkomst aanwezig was, is het evenwel – zoals ook weer blijkt uit deze zaak – nog niet eenvoudig om aan te tonen dat de verhuurder het gebrek bij het aangaan van de huurovereenkomst kende of behoorde te kennen. Op de verhuurder ligt in beginsel ook geen onderzoeksplicht naar de eventuele aanwezigheid van asbest bij het aangaan van de huurovereenkomst, behoudens indien – zo volgt uit de zaak KPN / Tamminga – hiertoe *aanleiding* bestaat. De Hoge Raad overwoog in KPN / Tamminga in dit kader: *‘Het is in beginsel aan de verhuurder om voor zover daartoe aanleiding is, het door hem te verhuren pand te (doen) onderzoeken op gebreken alvorens het te verhuren.’* In dit geval stelde de huurder dat er tijdens de looptijd van de huurovereenkomst een verplichting voor verhuurder was ontstaan om het gehuurde te onderzoeken op asbest, namelijk op het moment dat het gebruik van asbest werd verboden in 1993. De kantonrechter was evenwel van oordeel dat dit geen verplichting voor de verhuurder schepte, nu de aanwezigheid van asbest niet werd verboden. Hoewel het spijtig is voor de huurder in deze kwestie, komt dit oordeel ons juist voor. Een tegenovergesteld oordeel zou er immers toe leiden dat er op (nagenoeg) alle verhuurders die een pand verhuren waarvan de huurovereenkomst vóór 1993 is aangegaan en waarbij (nog) geen onderzoek naar de aanwezigheid van asbest is gedaan, een verplichting zou hebben gelegen om daarnaar toen onderzoek te doen. Indien zij dit niet zouden hebben gedaan en er inmiddels zou zijn gebleken dat er sprake zou zijn van asbest in het pand, zou er sprake zijn van een toerekenbare tekortkoming die vereist is voor de vergoeding van de schade als gevolg van het gebrek door verhuurder ex art. 7:208 BW. Mogelijk zou de verhuurder de aansprakelijkheid voor vergoeding van schade als gevolg van het asbestgebrek dan uiteraard nog wel kunnen afweren met een beroep op een exoneratie in de huurovereenkomst.

13. Een interessante vraag is of de exoneratie in de huurovereenkomst ook van toepassing is op schade op grond van art. 6:174 BW. Wij laten dit in dit artikel buiten beschouwing, nu dit het bestek van dit artikel te buiten gaat.

Of er aansprakelijkheid kan bestaan op grond van art. 6:174 BW (ook) indien er geen aansprakelijkheid is op grond van art. 7:208 BW, is lange tijd discutabel geweest, zoals ook mr. Van der Kamp in haar artikel opmerkt.¹⁴ Inmiddels is vastgesteld dat een tussen partijen bestaande huurovereenkomst niet afdoet aan een mogelijke aansprakelijkheid op grond van 6:162 BW en/of 6:174 BW, zoals ook de kantonrechter in deze zaak overwoog. Eerder liet de Hoge Raad zich hier al over uit in de zaak KPN / Tamminga en is deze vraag bevestigend beantwoord door het Gerechtshof Den Bosch¹⁵. Ten aanzien van art. 6:174 BW heeft het Hof in de zaak KPN / Tamminga – kort gezegd – overwogen dat het geoorloofd is om opstellen te bezitten waarin asbestplaten zijn gebruikt waarvoor geen wettelijke verplichting tot verwijdering daarvan bestaat. Nu de verhuurder geen rekening behoeft te houden met het vrijkomen van het asbest door beschadiging van de platen door inbraak, voldeed de zaak aan de eisen die men vanuit het oogpunt van veiligheid daaraan mag stellen, zodat van aansprakelijkheid van verhuurder op grond van art. 6:174 BW geen sprake was. De Hoge Raad achtte dit oordeel van het Hof evenwel onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd, nu het Hof niet duidelijk heeft gemaakt waarom dit niet afdoet aan de aard van het asbest. In het bijzonder meende de Hoge Raad dat het oordeel van het Hof niet voldoende begrijpelijk was gemotiveerd, nu het in die zaak ging om niet-hechtgebonden asbest en doordat het Hof niet had onderzocht in hoeverre rekening moest worden gehouden met andere gebeurtenissen dan inbraak, die kunnen leiden tot het vrijkomen van asbest. Met het oordeel van de Hoge Raad in de zaak KPN / Tamminga is er derhalve een opening gegeven dat door het vrijkomen van het asbest het gevaar zoals bedoeld in art. 6:174 BW zich kan voordoen. Indien een huurder een beroep doet op art. 6:174 BW, dient hij aldus aan te tonen dat het uit het gebrek voortvloeiende gevaar zich heeft verwezenlijkt. In geval van een asbestgebrek dient de huurder derhalve aan te tonen dat de asbestdeeltjes zijn vrijgekomen. In de zaak die speelde bij de rechtbank Midden-Nederland is komen vast te staan dat er sprake is van niet-hechtgebonden asbest. De kantonrechter oordeelt dat er sprake is van onrechtmatig handelen van verhuurder, maar dat niet is komen vast te staan dat het gevaar zich heeft verwezenlijkt. De huurder in die zaak had niet bewezen dat het asbest is vrijgekomen c.q. er sprake is van een asbestbesmetting. Nu er sprake is van niet-hechtgebonden asbest is het de vraag of – vanwege de verspreidingsrisico's door de lucht bij de enkele aanwezigheid daarvan – dit niet een gemiste kans betreft voor de huurder.

Het is de vraag of de positie van de huurder anders zou zijn geweest indien de huurovereenkomst zou

zijn gesloten op basis van het ROZ-model 2015. In dit geval zouden partijen bij het aangaan van de huurovereenkomst in art. 9.1 dienen te hebben ingevuld of de verhuurder wel of niet bekend was met de aanwezigheid van asbest en zou op grond van art. 12.5 van de algemene bepalingen een onderzoeksplicht op de huurder hebben gelegen naar de aanwezigheid van asbest in geval van wijzigingen in het gehuurde. Naar onze mening zou dit naar verwachting weinig verschil hebben gemaakt. Het invullen van art. 9.1 van de huurovereenkomst, schept immers nog steeds geen onderzoeksplicht voor de verhuurder naar de aanwezigheid van asbest en ook geeft het geen garantie aan de huurder. Indien de verhuurder bovendien bekend was met de aanwezigheid van het asbest bij het aangaan van de huurovereenkomst, maar hij destijds in art. 9.1 van de huurovereenkomst heeft ingevuld dit niet te zijn, is het voor de huurder lastig te bewijzen dat dit wel het geval was. Voorts lijkt de huurder hier aan haar verplichtingen op grond van art. 12.5 van de algemene bepalingen te hebben voldaan door voorafgaand aan de werkzaamheden onderzoek naar de aanwezigheid van asbest uit te laten voeren en de verhuurder van de resultaten van dit onderzoek op de hoogte te stellen. Daarmee is de vrijwaring van de aansprakelijkheid van de verhuurder voor de gevolgschade niet aan de orde en wordt terugvallen op de bepalingen uit de huurovereenkomst ter zake gebreken in het gehuurde en ter zake de (uitsluiting van) aansprakelijkheid van de verhuurder.

4. Conclusie

Hoewel asbest in bedrijfsruimten sinds de zaak KPN / Tamminga zowel in de literatuur als de jurisprudentie de nodige aandacht heeft gekregen, is de vraag of de enkele aanwezigheid van niet-hechtgebonden asbest in het gehuurde een gebrek ex art. 7:204 lid 2 BW betreft, nog altijd niet uitgekristalliseerd. Dit blijkt ook uit de in dit artikel behandelde uitspraken. Daarnaast geldt dat de aan de ROZ-modellen 2012 en 2015 toegevoegde bepaling ter zake asbest feitelijk weinig toevoegt. Het asbestartikel zal wellicht slechts leiden tot bewustwording bij partijen. Wel lijkt de onderzoeksplicht van de huurder, indien de huurder over wenst te gaan tot wijzigingen in het gehuurde, een snellere aansprakelijkheid voor de huurder te kunnen meebrengen. Dit zal namelijk het geval zijn indien de huurder zal overgaan tot het plegen van werkzaamheden terwijl er sprake blijkt te zijn / is van asbest. In dit geval is de verhuurder gevrijwaard voor de aansprakelijkheid voor gevolgschade.

Indien asbest wordt geconstateerd gedurende de duur van de huurovereenkomst, kan dit voor partijen vervelende consequenties hebben in het kader van de aansprakelijkheid van gevolgschade. Indien verhuurder zijn aansprakelijkheid voor schade als gevolg van een (asbest)gebrek niet heeft uitgesloten – hetgeen doorgaans overigens wel het geval zal zijn – kan hij geconfronteerd worden met aansprakelijkheid voor aanzienlijke gevolgschade van

14. Mr. S. van der Kamp, 'Aansprakelijkheid van de verhuurder voor gevolgschade van asbest: de jurisprudentie na 'KPN/Tamminga', *TvHB* 2014, nr. 2.

15. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 18 juni 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:2632.

de huurder. Doorgaans zal evenwel aan de orde zijn dat de huurder zijn schade als gevolg van het asbestgebrek niet zal kunnen verhalen op de verhuurder, nu deze diens aansprakelijkheid ter zake heeft geëxonerend. Hoewel de huurder een aantal mogelijkheden ten dienste staan – bijvoorbeeld een beroep op art. 7:209 BW en/of art. 6:174 BW – zal het voor de huurder doorgaans lastig zijn om te bewijzen dat de verhuurder bij het aangaan van de huurovereenkomst wist of behoorde te weten van de aanwezigheid van asbest in het gehuurde, dan wel dat het gevaar zich heeft verwezenlijkt (ofwel het asbest daadwerkelijk is vrijgekomen). Vanwege de bestaande onduidelijkheid en risico's in dit kader lijkt het ons dan ook raadzaam om bij aangaan van de huurovereenkomst hierover goede afspraken te maken en vast te leggen. Deze dienen naar onze mening niet slechts te bestaan uit een duidelijke regeling in de huurovereenkomst voor het geval er (nogmaals) asbest in het gehuurde wordt geconstateerd gedurende de duur van de huurovereenkomst, maar ook uit een regeling ter zake onderzoek daarnaar vóór het aangaan van de huurovereenkomst. Indien bekend is dat het een wat ouder pand betreft, waarvan bij de verhuurder niet bekend is of er sprake is van asbest, is het raadzaam om als (bijvoorbeeld opschortende) voorwaarde te bedingen dat de verhuurder een asbestinventarisatie uitvoert en indien er asbest wordt geconstateerd, dat dit nog voordat huurder het pand zal betrekken op kosten van de verhuurder zal worden verwijderd. Andersom zou een verhuurder vergaande exoneraties kunnen opnemen in de huurovereenkomst, zoals bijvoorbeeld dat indien asbest mocht worden geconstateerd, dit niet kwalificeert als een gebrek. Het risico (inclusief de sanering) wordt daarmee feitelijk bij de huurder gelegd.