

# Remedies en exoneraties bij projectontwikkeling

## Verkoop van verontreinigde grond

**Veel gemeenten hebben bouwgrond in eigendom. Ingeval van bodemverontreiniging en dreigende aansprakelijkheid voor de verkoper is oplettendheid geboden bij de juridische vormgeving van grondtransacties.**

Mr. R. van Eck<sup>1</sup>

### Inleiding

Overheden, vooral gemeenten, zijn de grootste eigenaar van bouwgrond in Nederland. Daardoor zijn zij ook zeer regelmatig partij bij grondtransacties. In deze overeenkomsten spelen beleidsdoelen op het gebied van volkshuisvesting en ruimtelijke ordening een grote rol. De kern is echter altijd de civielrechtelijke overeenkomst betreffende ruil of verkoop van grond.

Overheden zijn geen commerciële partij en moeten daarom risicomijdend te werk gaan in het economisch verkeer. Dit vergt oplettendheid bij de juridische vormgeving van grondtransacties. Vooral in een land waar de bodem op veel plaatsen verontreinigd is en aansprakelijkheid voor de verkoper dreigt.

### Inhoud van de overeenkomst

In het civiele recht hebben partijen de regie over hun onderlinge verhouding. Daarmee is de inhoud van de overeenkomst van het grootste belang. De wet komt op de tweede plaats. Bij dwaling en de tekortkoming, non-conformiteit, gaat het vooral om het verwachtingspatroon van de koper: een zaak beantwoordt niet aan de overeenkomst indien zij, mede gelet op de aard van de zaak en de mededelingen die de verkoper daarover heeft gedaan, niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. De koper mag verwachten dat de zaak de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen (artikel 7:17 BW).

Overeenkomsten moeten nagekomen worden. Niet alleen naar de letter maar vooral naar de betekenis die partijen onder de ge-

ven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bepalingen van de overeenkomst mochten geven en naar hetgeen zij van elkaar mochten verwachten.<sup>2</sup>

Deze onzekere kant van de overeenkomst is te beperken door in de overeenkomst duidelijk te zijn: spreek niet over grond die 'schoon' moet zijn maar refereer aan normen. Schoon kan immers geschikt voor woningbouw betekenen terwijl exploitanten en bewoners liever 'echt' schone grond hebben. Enige verontreiniging zal immers bij een woningbouwproject al snel effect hebben op de verkoopbaarheid en de prijs. Ook als de grond wel geschikt is voor het gegarandeerde gebruik voor bewoning. Deze enkele garantie waarborgt echter niet dat de grond volledig schoon moet zijn zoals de gemeente Borne ervoer toen zij grond voor woningbouw kocht waar later enige verontreiniging in bleek te zitten.<sup>3</sup>

### Mededelingsplicht versus onderzoeksplicht

Bij non-conformiteit is in afwijking van de overeenkomst gehandeld. Van belang is dat dit ook niet expliciet genoemde bedingen kan betreffen.

In de beroemde *Maassluis*-arresten<sup>4</sup> was door de gemeente bij de verkoop van grond aan de projectontwikkelaar opgelegd dat deze op de verkochte percelen woningen diende te bouwen. Dit impliceerde volgens de Hoge Raad dat de gemeente een stilzwijgende garantie gaf dat de grond ook geschikt was om daarop woningen te bouwen. De grond was echter verontreinigd doordat de gemeente Rotterdam op grond van een overeenkomst

met de gemeente Maassluis de betreffende polder had opgehoogd met havenslib dat verontreinigd was. Alle overeengekomen aansprakelijkheidsbeperkingen werden door de – impliciete – garantie gepasseerd.

Bij de non-conformiteit gaat de rechtspraak ervan uit dat de koper niet met de ogen en oren dicht iets mag kopen en later kan klagen. De koper heeft een onderzoeksplicht waar twijfel op zijn plaats is. Hierbij is van belang van welke omstandigheden en feiten de koper op de hoogte was of moest zijn.<sup>5</sup> Als de verkoper wist van bepaalde gebreken dan gaat de plicht dit aan de koper mede te delen vóór de onderzoeksplicht.<sup>6</sup>

Van Daltsen had een pand uit 1500 van de gemeente Kampen gekocht om een restaurant in te openen. De verdiepingsvloer was echter onvoldoende belastbaar. De koper werkte niet mee aan levering en ontbond de overeenkomst. Het bleek dat de gemeente wist, of had moeten weten, dat de vloer niet voldeed maar dit niet had medegedeeld zodat sprake was van dwaling. Van Daltsen had dit echter ook moeten constateren uit hetgeen hij had waargenomen, zodat op grond van bijzondere omstandigheden de gemeente toch gelijk kreeg.

### De onbekendheidsclausule

In veel contracten wordt opgenomen dat de verkoper niet bekend is met verontreiniging of aanwezigheid van asbest. Dit geeft de koper een betere positie met betrekking tot de bewijsbaarheid: als later blijkt dat de verkoper wel bekend was met een gebrek bestaat geen discussie meer over de vraag of dit nu wel of niet medegedeeld had moeten worden (artikel

7:17 lid 2 BW). Dit maakt echter geen uitzondering op een gegeven garantie en het doet de onderzoeksplicht ook niet vervallen.<sup>7,8</sup>

#### *Rol van bodem- en asbestrapportage*

Bij verkoop van onroerende zaken legt de verkoper vaak een bodem- of asbestrapportage over met de verklaring dat de inhoud daarvan haar bekend is en niet meer dan dat. De vraag is dan wat er gebeurt als de situatie ernstiger is dan gerapporteerd. Nog steeds is dan de vraag of de verkoper meer wist of had moeten weten en dat had dienen mee te delen. De vraag is overigens wel of de koper gezien het rapport nog meer onderzoek had moeten doen. Dit lijkt in beginsel niet het geval en dan kan dus, als de verkoper ook niet meer wist, sprake zijn van wederzijdse dwaling. In de bovengenoemde casus van de gemeente Borne bleek na de levering sprake van een bodemverontreiniging die verder ging dan uit een tevoren overgelegde rapportage bleek, maar die niet in de weg stond aan het gegarandeerde gebruik voor bewoning. Er was geen sprake van non-conformiteit maar wel van wederzijdse dwaling.

#### **Gevolgen van non-conformiteit en exoneratie**

Bij verkoop van onroerende zaken geldt veel dwingend recht dat consumenten in hun zwakkere positie beschermt. In deze bijdrage ga ik hierop niet in en beperk ik mij tot de positie van professionele marktpartijen. Om te bezien of en hoe aansprakelijkheid uitgesloten moet worden dient eerst bezien te worden wat de gevolgen van het afwijken van de overeenkomst kunnen zijn.

- nakoming (artikel 3:296 BW en 7:21);
- schadevergoeding (artikel 6:74 BW);
- opschorting (artikel 6:262 BW);
- ontbinding (artikel 6:265 BW).
- vernietiging.

Hoewel bij problemen rond afwijkingen van een overeenkomst aan beperken van aansprakelijkheden wordt gedacht, is het verstandig ook te denken aan de mogelijke andere gevolgen van tekortkomen en dwalen.

#### *Nakomen*

Indien een perceel grond wordt verkocht dat meer verontreinigd is dan overeengekomen, dan kan de koper in beginsel vorderen dat alsnog de overeenkomst wordt nagekomen of het gebrek wordt hersteld, dus dat het perceel wordt gesaneerd door de verkoper. Dit kan problematisch zijn als de kosten van sanering hoger zijn dan de waarde van de grond of de transactie rechtvaardigen. Artikel 7:21 BW schrijft hier al toepassing van

de redelijkheidstoets voor. Op grond van artikel 3:296 BW kan de vordering tot nakoming worden weg-gecontracteerd. Bij dit laatste moet wel bedacht worden dat dit bij consumenten op grond van de wet echt uitgesloten is en dat de redelijkheid en billijkheid hier grenzen geven: weg contracteren van de nakoming van een garantieverplichting gaat te ver.

#### *Schadevergoeding*

Tussen professionals kan hier ook, in beginsel, alle aansprakelijkheid worden uitgesloten of beperkt.

#### *Opschorting*

Als een verkoper dreigt niet aan de overeenkomst te voldoen, kan de koper nakoming van zijn verplichtingen opschorten. Daarmee heeft hij een krachtig middel in transacties met tijdsdruk en kan hij vooral betaling voorkomen. Het uitsluiten van opschorting zorgt ervoor dat druk op de koper staat om aan een oplossing mee te werken. Hetzelfde geldt voor de indirecte remedie de verrekening, hoewel dit bij verkoop van onroerende zaken door de praktische gang van zaken minder vaak een rol speelt.

#### *Ontbinding en vernietiging*

Het gevolg van ontbinding en vernietiging is dat de overeenkomst ongedaan gemaakt moet worden. De grond moet teruggeleverd worden en de koopsom moet aan de koper betaald worden. Hoewel de wet er rekening mee houdt dat dit soms niet of niet geheel mogelijk is in welk geval de overeenkomst deels teruggedraaid wordt of vergoedingen betaald dienen te worden, is het verstandig bij de verkoop of ruiling van grond deze remedie uit te sluiten. Vooral als de non-conformiteit na lange tijd wordt ontdekt zijn vaak onherroepelijke wijzigingen aangebracht die ongedaanmaking onmogelijk of onwenselijk maken.

#### *Aanpassing van de overeenkomst die het nadeel voor de dwalende opheft*

Het zal hier meestal gaan om aanpassing van de koopprijs (artikel 6:230 BW). Dit gebeurde onder andere in de hiervoor aangehaalde casus van de gemeente Borne. Na constatering van de wederzijdse dwaling vond de rechter een oplossing door het bedrag te bepalen dat partijen naar zijn schatting overeengekomen zouden zijn als geen sprake geweest zou zijn van dwaling. Dat was een prettige oplossing nu ontbinding problematisch geweest zou zijn: men was al met bouwen begonnen zodat teruglevering geen sinecure was geweest.

In een duidelijke open overeenkomst tussen professionals kent het uitsluiten van remedies weinig problemen. Dit wordt anders als sprake is van verwijtbaarheid aan de kant van de koper of bij onevenwichtigheid tussen de partijen.

Uit het *Maassluis*-arrest (zie noot 4) blijkt al dat een standaardbeding niet de aansprakelijkheid voor het overtreden van een garantieverplichting kan beperken. Het gebrek, verontreiniging van bouwgrond, betrof een zo wezenlijke eigenschap dat de redelijkheid zich er tegen verzette het instaan voor het betreffende verborgen gebrek uit te sluiten. Dit geldt ook met betrekking tot de erfpacht.<sup>9</sup> In de zaak *Plameco/Geldermalsen*<sup>10</sup> gold dit ook terwijl geen sprake was van een garantie. De gemeente had daar haar mededelingsplicht geschonden.<sup>11</sup> De gemeente Geldermalsen had aan Plameco een perceel met een gemeenschapsgebouw verkocht, maar had daarbij niet vermeld dat zij het perceel in het verleden als vuilstortplaats had gebruikt. Een gebruik dat de kans van bodemverontreiniging aanmerkelijk vergroot. Aansprakelijkheid voor dwaling kan wel worden uitgesloten door expliciet te bepalen dat aan partijen onbekende risico's voor de koper zijn.

Voor de risicoverdeling bij koop van verontreinigde grond is het kennisevenwicht tussen partijen van belang. Bij gelijke kennis komt het risico voor de koper, tenzij sprake is van bijzondere omstandigheden zoals een expliciete of impliciete garantie. Het gaat dan meestal niet om algemene maar om concrete en specifieke kennis. Aansprakelijkheid uitsluiten voor bekende maar verzwegen gebreken kan niet. Wel voor risico's en gebreken die tevoren meegedeeld zijn.

#### **Klachtplicht en verjaring**

Vorderingen hebben geen onbeperkte houdbaarheid. Bij elke vordering van een koper die feitelijk gebaseerd is op het niet beantwoorden van de geleverde zaak aan de overeenkomst is de verjaringstermijn twee jaren nadat de verkoper het gebrek is medegedeeld (artikel 7:23 BW). Die mededeling, de klacht, moet binnen 'bekwame' tijd worden gedaan. De koper mag enige tijd nemen om de klacht te onderzoeken maar moet wel voortvarend te werk gaan.<sup>12</sup>

Het doel van de klacht is dat de schuldenaar, de verkoper, zich van het bestaan van een mogelijke vordering bewust wordt en eventueel bewijsmateriaal kan bewaren. De lengte van de termijn is afhankelijk van de



Foto: Shutterstock

omstandigheden van het geval, waarbij van belang zijn de aard en waarneembaarheid van het gebrek, de wijze waarop het aan het licht treedt en de deskundigheid van de schuldeiser. Indien vertraging in de klacht geen gevolgen voor de schuldenaar heeft gehad, is verval van de rechten van de schuldeiser niet op haar plaats. De termijn gaat lopen op het moment dat het gebrek is ontdekt of wanneer de koper na redelijkerwijs van hem te verwachten onderzoek het gebrek had dienen te ontdekken

Let wel dat stuiting van de verjaring op een formele wijze dient plaats te vinden (artikel 3:316 e.v. BW). Er dient sprake zijn van een schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt. Verjaring van andere rechtsvorderingen dan nakoming worden gestuit door een dergelijk schriftelijke aanmaning die dan wel binnen zes maanden dient te worden gevolgd door het instellen van een eis dan wel een andere daad van rechtsvervolgning. Een alternatief voor de schriftelijke aanmaning is de uitdrukkelijke erkenning van de vordering door de schuldenaar.

Het enkel onderhandelen over de gevolgen van een tekortkoming of een dwaling is niet voldoende. Indien niet op juiste wijze wordt gestuit zal de vordering ondanks dat onderhandeld wordt komen te vervallen.

#### Noten

- 1 Ruurd van Eck is advocaat bij JPR Advocaten in Deventer.
- 2 HR 13 maart 1981, NJ 1981, 632 (*Haviltex*).
- 3 Rb. Overijssel 16 oktober 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:2631.
- 4 HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 286 (*Maassluis/Pakwoningen*).
- 5 HR 21 mei 2010, NJ 2010, 275 (*KTDC/Impro*).
- 6 HR 14 november 2008, NJ 2008, 588 (*Van Daltsen/Kampen*); Hof Amsterdam 23 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4049.
- 7 HR 28 januari 2000, NJ 2000, 575 (*Christiaanse/Van Dijk*); Hof Arnhem-Leeuwarden 2 december 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:9387.
- 8 HR 20 maart 2009, RvdW 2009, 448 (*Rebel/Pesim*).
- 9 Rb. Amsterdam 11 februari 1988, ECLI:NL:RBAMS:1998:AK0916.
- 10 HR 24 maart 2006, RvdW 2006, 309.
- 11 Hof Den Haag 27 januari 2015, «JM» 2015/63.
- 12 HR 9 mei 2014, «JOR» 2014/256 (*AMRO/Botersloot*); HR 12 december 2014, «JOR» 2014/92 (*FAR/EDCO*).