

bij de bespreking van de ontlastbronnen (ro. 36 e.v.) zijn arbiters om vergelijkbare redenen van oordeel dat van onvoorziene omstandigheden geen sprake kan zijn. Ten aanzien van de ontlastbronnen vinden arbiters bovendien dat sprake is van een normaal voor Opdrachtnemer te verwachten risico dat hij in zijn prijs had moeten verdisconteren. In de sector waarbinnen Opdrachtnemer werkzaam is, is het algemeen bekend dat het in de betreffende omgeving gebruikelijk is om bij werken als deze ontlastbronnen toe te passen, aldus arbiters. Daarnaast vinden arbiters dat als Opdrachtnemer al in juli 2012 wist dat in de tweede zandlaag ontlastbronnen moesten worden toegepast, het pas op 27 november 2014 indienen van een meerwerk melding te laat is. Arbiters doelen daarmee kennelijk op paragraaf 44-2 UAV-GC 2005 dat vereist dat als de Opdrachtnemer meent

recht te hebben op kostenvergoeding en/of termijnsverlenging hij dit met bekwame spoed dient te melden.

16. Al met al trekken arbiters een duidelijke lijn. Binnen de context van de UAV-GC 2005 wordt van de Opdrachtnemer een actieve houding verwacht. Zeker in het geval de Opdrachtnemer verantwoordelijk is voor het gehele ontwerpproces betekent dit dat hij proactief zijn werk zal moeten plannen en zal moeten beoordelen op welke wijze en binnen welk tijdspad zo snel mogelijk informatie - zoals in kwestie over de bodemgesteldheid - kan worden vergaard. Vertraging of vergissingen als gevolg van door de Opdrachtnemer gemaakte en verkeerd gebleken keuzes dienen dan zijn risico te blijven.

E.W.J. van Dijk

Jurisprudentie – VIII. Overig privaatrecht

TBR 2018/84

Hof Den Haag, 21 november 2017, zaaknr. 200.161.280/01, ECLI: NL:GHDHA:2017:3299 (Boete na ‘verkeerd’ invullen contract)

(Mr. M.E. Honée, mr. P.H. Blok en mr. B.R. ter Haar)

BW: art. 3:296, art. 6:74, art. 6:82, art. 6:92, art. 6:98, art. 6:106, art. 6:127, art. 6:203, art. 6:228, art. 6:230

Contract. Tekortkoming. Nakoming. Schadevergoeding. Boete. Matiging. Verzuim. Ingebrekestelling. Redelijke termijn. Dwaling

Met gastnoot J.H. Meerburg, Red.¹

De beoordeling van het hoger beroep in het principaal en het incidenteel appel

De feiten

1.1 In hoger beroep is niet opgekomen tegen de vaststelling van de feiten in het bestreden vonnis. Met inachtneming van die feiten alsmede van hetgeen verder als niet (voldoende gemotiveerd) bestreden, is komen vast te staan, gaat het in deze zaak om het volgende.

1.2 X Projectontwikkeling B.V. en de rechtsvoorganger van Bouwfonds (Rabo Vastgoed B.V.) hebben begin 2006 een aantal percelen grond gekocht aan de (straatnaam) te Wassenaar ten behoeve van de bouw van huizen en appartementen (het project ‘Warande’). In het verleden stond daar een Esso benzinstation met autowerkplaats en de grond was daardoor vervuild. De ge-

meente Wassenaar heeft op 22 mei 2007 een bouwvergunning aan X Projectontwikkeling B.V. verstrekt (hierna: de bouwvergunning), waarin onder meer voorwaarden voor de sanering van de grond zijn opgenomen. X Projectontwikkeling B.V. heeft zich daarover laten adviseren door AquaTerra-KuiperBurger B.V., hierna: ATKB) en heeft saneringswerkzaamheden laten uitvoeren. Deze werkzaamheden zijn aangevangen in de tweede helft van 2007 en afgerond in mei 2008.

1.3 Bij overeenkomst van 7 mei 2007 (hierna: de koopovereenkomst) heeft appellante voor € 267.140,- een appartementsrecht van de projectontwikkelaars gekocht (in de koopovereenkomst omschreven als ‘het appartementsrecht, omvattende de bevoegdheid tot het uitsluitend gebruik van de woning met parkeerplaatsen, bouwnummer 6, gelegen nabij de (straatnaam) te Wassenaar, kadastraal bekend (kadastrale aanduiding) ‘) met adres (adres) te Wassenaar). Het appartementsrecht van appellante zal hierna ‘het perceel’ worden genoemd.

Eveneens op 7 mei 2007 heeft appellante een overeenkomst van aanneming gesloten met Bouw- en Aannemersbedrijf X B.V.) (een zusterverenootschap van X Projectontwikkeling B.V.) betreffende de bouw van een woning op het perceel voor een in tien termijnen door appellante te betalen aanneemsom van in totaal € 400.710,-.

1.4 In de koopovereenkomst staat onder meer:

6. Verontreiniging. Garantie van verkoper

Verkoper garandeert dat het gekochte geen bodemverontreiniging bevat die het door koper opgegeven

¹ Jan Hein Meerburg is werkzaam als advocaat bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam.

gebruik kan belemmeren, dan wel aanleiding kan geven tot een verplichting tot sanering van het gekochte, het nemen van andere maatregelen of tot verhaal van kosten.

Deze garantie strekt zich uit tot verontreiniging die naar nu gebruikelijke normen het voorgenomen gebruik belemmert.

Voorzover in de bodem verontreiniging aanwezig was die het voorgenomen gebruik belemmerde, heeft op initiatief van verkoper een sanering plaatsgevonden.

(...)

21 Verzuim

1. De partij die een verplichting uit de koopovereenkomst niet of niet-tijdig nakomt is aansprakelijk voor alle daaruit voor de wederpartij ontstane schade, zonder dat enige ingebrekestelling nodig is. Dit geldt niet indien die partij aantoont dat de tekortkoming niet aan haar kan worden toegerekend als bedoeld in artikel 6:75 Burgerlijk Wetboek (overmacht).

2. Als een partij, na bij exploit of aanstekende brief in gebreke te zijn gesteld, gedurende VEEFTIEN DAGEN nalatig blijft in de nakoming van haar verplichtingen, is deze partij in verzuim en heeft de wederpartij de keus tussen:

a. de eis tot onverkorte nakoming van de koopovereenkomst, in welk geval de nalatige partij voor elke ná voormelde veertien dagen-termijn verstreken dag tot aan de dag van nakoming een onmiddellijk opeisbare boete verschuldigd is van tien procent (10%) van de koopprijs;

of

b. het intropen van de ontbinding van de koopovereenkomst, al of niet via de rechter, in welk geval de nalatige partij een onmiddellijk opeisbare boete verbeurt van 10% (tien procent) van de koopprijs.

3. Het eerder vermelde laat de alsoegheid in stand van de niet-nalatige partij om alsnog algehele nakoming en/of verhaal van geleden schade uitgaande boven de verbeurde boete te eisen.

1.5 Het perceel is op 21 september 2007 aan appellante geleverd.

1.6 Op 19 juni 2009 heeft Bouw- en Aannemersbedrijf X B.V. de op het perceel gebouwde woning opgeleverd. In of omstreeks augustus 2009 is appellante met haar gezin in de woning getrokken.

1.7 X Projectontwikkeling B.V. heeft appellante bij brief van 24 november 2009 geïnformeerd over door de projectontwikkelaars in opdracht van de Provincie (hierna: de Provincie) te nemen aanvullende saneringsmaatregelen in onder meer de voortuin van appellante. X Projectontwikkeling B.V. heeft daarbij excuses aangeboden voor het feit dat appellante door een administratieve vergissing, anders dan een aantal burens, 'de afgelopen maanden' niet schriftelijk op de hoogte is gehouden 'van de voortgang inzake de saneringswerkzaamheden in uw tuin'. Bij de brief is een (nog niet eerder aan appellante gestuurde) brief d.d. 29 juni 2009 in kopie gevoegd waarin onder meer staat dat aanvullende saneringswerkzaamheden noodzakelijk zijn.

Voorts zijn twee andere brieven bijgesloten, eveneens gedateerd 24 november 2009, waarin is vermeld dat de aangetroffen restverontreiniging in bodem en grondwater op een diepte van 2.00 tot 3.00 meter onder het maaiveld zit en dat de zogenaamde leeflaag schoon is, zodat er geen gezondheidsrisico is. Voorts is een korte beschrijving van het uit te voeren werk gegeven en is vermeld dat de inrichting van de voortuin vooralsnog niet kan plaatsvinden. Aangekondigd is dat de werkzaamheden eind januari 2010 geheel zullen zijn afgerond. Ter compensatie van het 'ongemak voor de bewoners' is een set cadeaubonnen ter waarde van € 250,- als attentie bijgesloten.

1.8 Bij brief van 29 december 2009 (gedateerd 14 januari 2010 maar feitelijk verstuurd op 29 december 2009) hebben appellante en haar echtgenoot aan X Projectontwikkeling B.V. bericht:

'Op grond van de koopakte geregisterd appartement garandeert u en uw contractpartners dat het gekochte geen bodemverontreiniging bevat die het door de koper opgegeven gebruik kan belemmeren.

In uw brief van begin december 2009 over de grondsanering Warande te Wassenaar heeft u ons voor het eerst geïnformeerd over de bodemverontreiniging in de voortuin. Deze bodemverontreiniging heeft voor ons als koper diverse aanwijsbare schadelijke gevolgen waarvoor we u in gebreke stellen. (...)

Artikel 6 van de koopakte maar ook afdeling A van de algemene akte De Warande te Wassenaar gaan over de verontreiniging. Zowel (X Projectontwikkeling B.V.) als (Bouwfonds) garanderen de kopers schone grond. U allen bent daarin te kort geschoten en lijden wij schade. Op grond van artikel 21 van de koopakte bent u nalatig in het nakomen van uw verplichting (het leveren van schone grond). Op grond van dit artikel hoeven wij u niet in gebreke te stellen. U kunt zich niet beroepen op overmacht (...). Reeds vanaf oplevering bent u in gebreke en bent u een boete verschuldigd en hebben wij als koper een keuze zoals gesteld in artikel 21 lid 2, 3 en 4.

Wij stellen u hierbij aansprakelijk voor alle reeds door ons geleden schade en nog te lijden schade als gevolg van de bodemverontreiniging. (...) Tevens maken wij aanspraak op de in artikel 21 genoemde boete. (...)'

Een kopie van deze brief is naar Bouwfonds gestuurd.

1.9 Bij brief van 4 februari 2010 heeft de toenmalige raadsman van appellante de projectontwikkelaars onder meer bericht:

'(...) Artikel 6 van de koopovereenkomst is bovendien zo opgesteld dat er door uw bedrijf ook een expliciete garantie is afgegeven dat zich in de grond geen bodemverontreiniging bevat die het gebruik kan belemmeren enzovoorts. (...)

(Cliënte) heeft iets geleverd gekregen dat niet aan de overeenkomst voldoet. (...)

Cliënte meent derhalve dat haar aanspraak op de boete uit artikel 21 van de koopovereenkomst gerechtvaardigd is. Omdat haar brief d.d. 29 december 2009 een

duidelijke aanspraak is op nakoming van de overeenkomst, meent cliënte dat het reël is dat sedert 13 januari 2010 de boete ad € 26.714,00 per dag is gaan lopen. Voor dat bedrag is uw bedrijf voor de helft aansprakelijk; de andere helft zal cliënte van (X Projectontwikkeling B.V.) c.q. Bouwfonds) eisen.

1.10 In maart 2010 heeft op kosten van de projectontwikkelaars en onder regie van ATKB de aangekondigde extra bodemsanering plaatsgevonden door gedeeltelijke grondaafgraving, plaatsing van een groutscherm en grondwaterbemaling. De werkzaamheden zijn op 19 maart 2010 afgerond.

1.11 Bij brief van 2 maart 2011 hebben de projectontwikkelaars aan appellante bericht (onder verwijzing naar een bijgevoegde beschikking van de Provincie van 24 november 2010 en een evaluatierapport van ATKB van 22 juni 2010), samengevat weergegeven, dat de sanering als afgerond kan worden beschouwd, dat er geen humane risico's zijn en dat de projectontwikkelaars verantwoordelijk zijn voor actieve nazorg door jaarlijkse controle van de aanwezige vijf peilbuizen gedurende vijf jaar met rapportage aan de provincie door ATKB.

1.12 In september 2011 heeft appellante een in opdracht van de Provincie door Geofox-Lexmond B.V. (hierna: Geofox) opgesteld rapport 'verificatie bodemonderzoek' van 5 september 2011 ontvangen. Hieruit blijkt, samengevat, dat na de bodemsanering van 2007-2008 en de extra bodemsanering van maart 2010, de saneringsdoelen en saneringswaarden van de bouwvergunning nog niet zijn gehaald. Na de bemonstering van de vijf peilbuizen in 2011 en de analyse van de meetresultaten is onder meer gebleken dat het grondwater ter plekke op ongeveer twee meter diepte weer verontreinigd is geraakt met te hoge concentraties minerale oliën en aromaten, waarbij via de peilbuis bij (huisnummer) van appellante een relatief hoge verontreinigingswaarde van het grondwater is gemeten. Omdat in de leeflaag geen verontreiniging is gemeten is er volgens Geofox geen potentieel actueel risico voor de menselijke gezondheid. Daarom is de door de projectontwikkelaars nog uit te voeren tweede extra sanering volgens de Provincie, de projectontwikkelaars en hun milieuadviseurs niet urgent.

1.13 In de periode van september 2011 tot en met februari 2013 hebben appellante, de projectontwikkelaars en de Provincie gecorrespondeerd over het plan van aanpak van de tweede extra bodemsanering. Tot die correspondentie behoort onder meer een e-mail van 11 december 2012 van de advocaat van appellante waarin zij aankondigt dat zij een bodemprocedure zal starten om de boete te incasseren.

1.14 De tweede extra bodemsanering heeft plaatsgevonden in maart en april 2013, op kosten van de projectontwikkelaars. In de hele voortuin van appellante is de grond tot vier

meter diepte afgegraven. Voorts is het grondwater gedraineerd.

1.15 Op 11 maart 2013 heeft appellante de dagvaarding in de onderhavige civiele bodemprocedure doen uitbrengen.

1.16 Bij e-mail van 10 april 2013 hebben de projectontwikkelaars € 10.000,- aan appellante aangeboden ter compensatie van ondervonden overlast en als bijdrage in de kosten van aanleg van haar tuin. Appellante heeft dat aanbod bij e-mail van 15 april 2013 geaccepteerd 'als compensatie voor de ernstige overlast die wij in de afgelopen weken hebben ondervonden en het door (X Projectontwikkeling B.V.) niet hoeven te herstellen van de tuin in de situatie voor deze recente werkzaamheden'. Zij heeft daarbij opgemerkt dat het bedrag geen compensatie is voor het feit dat zich een vervuiling onder het perceel bevond/bevindt.

Kort daarna hebben de projectontwikkelaars € 10.000,- aan appellante betaald. In het voorjaar van 2013 hebben appellante en echtgenoot hun voortuin definitief ingericht.

1.17 Op 8 oktober 2013 heeft milieudeskundig supervisor MWH in opdracht van de projectontwikkelaars een rapport uitgebracht (het rapport 'Tussentijdse evaluatie bodemsanering restverontreiniging (straatnaam) (nummers) ' met bijlagen). Het rapport is aan appellante gestuurd met daarbij een afschrift van de brief van 21 november 2013 van de Omgevingsdienst Haaglanden namens de Provincie. Uit deze stukken volgt, samengevat, dat de tot dan toe uitgevoerde sanering is uitgevoerd conform het saneringsplan, de beschikking op het saneringsplan en het plan van aanpak en als voldoende wordt beoordeeld. Na de bemonstering van de vijf peilbuizen op 15 mei 2013 en de daarna uitgevoerde metingen is gebleken dat de saneringsdoelstellingen zijn gehaald, en voorts dat de beperkte restverontreiniging nabij het groutscherm en de brandtrap naar verwachting een minimaal verspreidingsrisico heeft en verder zal afnemen door natuurlijke afbraak. De Provincie concludeert dat kan worden overgegaan tot jaarlijkse monitoring van de stabiliteit van de restverontreiniging gedurende minimaal vijf jaar.

1.18 Op 21 januari 2014 heeft MWH opnieuw rapport uitgebracht (het rapport 'Eindcontrole sanering restverontreiniging (straatnaam) (nummers) te Wassenaar'). Daarin staat onder meer dat op 16 december 2013 een eindcontrole is uitgevoerd waaruit blijkt dat de concentraties verontreiniging in het grondwater sinds de tussentijdse bemonstering op 15 mei 2013 sterk zijn gedaald. In het grondwater bij de brandtrap is geen verontreiniging meer gemeten. MWH heeft daarom een meer beperkte monitoring geadviseerd.

Het procesverloop in eerste aanleg

2.1 Appellante heeft in eerste aanleg (na eisenwijziging) onder meer gevorderd:

veroordeling van de projectontwikkelaars, hoofdelijk dan wel ieder voor de helft, tot betaling van:

- de boete van € 26.714,- per dag met ingang van 18 februari 2010 (derhalve per 1 januari 2013 (1048 dagen) een bedrag ad € 27.996.272,-) tot op de dag der algehele voldoening aan de overeengekomen saneringsverplichtingen, althans een zodanig bedrag als de rechtbank in goede justitie zal vermenen te behoren;
- materiële en immateriële schadevergoeding voor zover deze de boete overschrijdt, en
- de proceskosten.

2.2 Appellante heeft hieraan kort gezegd ten grondslag gelegd dat de projectontwikkelaars toerekenbaar zijn tekortgeschoten in de nakoming van de garantie in artikel 6 van de koopovereenkomst (hierna: de garantie). De in artikel 21 lid 2 van de koopovereenkomst bepaalde boete van 10% is gaan lopen op 18 februari 2010, 14 dagen nadat de projectontwikkelaars bij brief van 4 februari 2010 in gebreke zijn gesteld.

2.3 De projectontwikkelaars hebben verweer gevoerd. Ook hebben zij een eis in reconventie ingesteld maar deze is bij conclusie van dupliek weer ingetrokken.

2.4 In het bestreden vonnis is onder meer het volgende geoordeeld (samengevat weergegeven):

De projectontwikkelaars hebben de garantie geschonden:

(i) in de periode van de oplevering op 19 juni 2009 tot het einde van de eerste extra bodemsanering in maart 2010, en

(ii) in maart en april 2013 tijdens de uitvoering van de tweede extra bodemsanering, omdat (appellante) in die twee perioden belemmerd was in haar exclusieve gebruiksrecht van de voortuin door het falen van de projectontwikkelaars en/of hun (onder)aannemers.

De projectontwikkelaars waren in periode (i) 29 dagen in verzuim, namelijk van 18 februari 2010 tot 19 maart 2010 (de datum waarop de eerste extra bodemsanering is afgerond) en in de periode (ii) 28 dagen (11 maart 2013 tot 8 april 2013) en de boete bedraagt in totaal € 1.522.698,- ((29 + 28 =) 57 dagen x € 26.714,- per dag).

Het door de projectontwikkelaars gevoerde verweer dat sprake is van wederzijdse dwaling ten aanzien van de hoogte van de contractuele boete is gehonoreerd. Daartoe is overwogen dat sprake is van een evidente vergissing ten aanzien van de contractuele boete van 10% per verzuimdag in plaats van de in de contractpraktijk gebruikelijke 0,3% per verzuimdag.

De rechtbank heeft de boete 'op de voet van artikel 6:230 lid 2 BW gewijzigd en/of op de voet van wetsartikel 6:94 BW gematigd' tot de gebruikelijke 0,3% per verzuimdag en dus tot (57 dagen x € 801,42 per dag) in totaal € 45.680,94, en de projectontwikkelaars zijn ieder afzonderlijk veroordeeld tot betaling van € 22.840,47.

De door (appellante) gevorderde schadevergoeding is afgewezen op de grond dat onvoldoende concrete schadeposten zijn gesteld die zouden kunnen uitgaan boven de toegewezen contractuele boete.

Ook is overwogen dat het door de projectontwikkelaars betaalde bedrag van € 10.000,- voor vooral 'de overlast' is betaald en niet mindering komt op de gematigde boete. Het verweer van de projectontwikkelaars dat (appellante) ingevolge artikel 6:92 lid 1 BW naast de betaalde € 10.000,- geen recht meer heeft op de contractuele boete is verworpen. Ook verworpen is het beroep van de projectontwikkelaars op opschorting (in verband met een openstaande bouwtermijn).

De proceskosten in eerste aanleg zijn gecompenseerd en daartoe is overwogen dat beide partijen, mede gelet op de financiële inzet en uitkomst, over en weer in het ongelijk zijn gesteld.

3.1 De grieven in het principaal appel richten zich tegen:

- de telling van het aantal verzuimdagen; volgens appellante heeft de rechtbank ten onrechte alleen de dagen geteld waarop sprake was van daadwerkelijke fysieke overlast (grief I);
- het onbeantwoord laten van de vraag of sprake is van schending van het volgende onderdeel van de garantie: '*dat het gekochte geen bodemverontreiniging bevat die (...) aanleiding kan geven tot een verplichting tot sanering van het gekochte, het nemen van andere maatregelen of tot verhaal van kosten*' (grief II);
- het oordeel dat sprake is van wederzijdse dwaling (grief III);
- de toegepaste matiging (grief IV);
- de afwijzing van de vordering tot schadevergoeding (grief V), en
- de compensatie van de proceskosten (grief VI).

3.2 Na eiswijziging in hoger beroep vordert appellante (samengevat):

- primair: veroordeling van de projectontwikkelaars, ieder voor de helft, tot betaling van € 2.000.000,-, althans € 1.522.698,-, althans € 297.657,-, althans € 200.000,- aan contractuele boete, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 18 februari 2010;
- subsidiair: veroordeling van de projectontwikkelaars, ieder voor de helft, tot betaling van € 171.825,05 aan contractuele boete, althans wanprestatie, te vermeerderen met een in goede justitie te bepalen bedrag vanwege gedaan onrecht en gederfd genot c.q. aantasting in de persoon ex artikel 6:106 BW, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 18 februari 2010;
- met veroordeling van de projectontwikkelaars in de proceskosten, inclusief nakosten.

Het onder 'subsidiair' gevorderde bedrag komt volgens (appellante) overeen met de schade die zij heeft geleden. Zij voert aan dat, ingevolge artikel 6:94 lid 3 BW, de boete niet verder kan worden gematigd dan dit bedrag.

3.3 Het incidenteel appel is gericht tegen:

- het oordeel dat gedurende 57 kalenderdagen sprake is geweest van verzuim (grief I);
- het niet-matigen van de boete tot een bedrag beneden de gebruikelijke 0,3% per verzuimdag en het oordeel (in 4.10 van het bestreden vonnis) dat de boete (mede) op grond van artikel 6:230 lid 2 BW moet worden gewijzigd (grief II);
- de verwerping van het beroep van de projectontwikkelaars op artikel 6:92 lid 1 BW (grief III). In dit kader wordt subsidiair aangevoerd dat het door de projectontwikkelaars betaalde bedrag van € 10.000,- moet worden verrekend met een eventueel aan (appellante) te betalen boete;
- de verwerping van het formele verweer van de projectontwikkelaars dat (appellante) niet ontvankelijk is in haar vorderingen omdat niet zij maar de VVE eigenaar is van de grond (grief IV);
- de verwerping van het beroep op opschorting van de projectontwikkelaars (grief V).

3.4 Het hof zal allereerst ingaan op het beroep op niet-ontvankelijkheid van de projectontwikkelaars (grief IV in het incidenteel appel). Daarna worden de grieven in het principaal appel besproken waarbij deels, wegens samenhang, de grieven in het incidenteel appel worden betrokken.

Beroep op niet-ontvankelijkheid

3.5 Evenals de rechtbank verwerpt het hof het verweer van de projectontwikkelaars dat appellante niet ontvankelijk is in haar vorderingen omdat zij niet de enige eigenaar is van de grond, maar krachtens haar appartementsrecht slechts een aandeel heeft in de gemeenschappelijke eigendom van de grond. Appellante baseert haar vorderingen niet op een eigendomsrecht op de grond, maar op haar rechten uit de koopovereenkomst. Het enkele feit dat zij 'slechts' een appartementsrecht heeft, brengt niet mee dat zij geen aanspraak kan maken op nakoming van de koopovereenkomst. Anders dan de projectontwikkelaars menen volgt uit het feit dat in artikel 17 lid 1 van de splitsingsakte staat dat de grond wordt gerekend tot 'gemeenschappelijke gedeelten en gemeenschappelijke zaken', ook niet dat vorderingen met betrekking tot de grond uitsluitend door de VvE kunnen worden ingesteld. De opdeling in gemeenschappelijke en privé delen in de splitsingsakte brengt geen verandering in de rechten die (appellante) op grond van de koopovereenkomst heeft ten opzichte van de projectontwikkelaars. Grief IV in het incidenteel appel faalt daarom.

Schending garantie en verzuim

3.6 De grieven I en II in het principaal appel stellen allereerst de vraag aan de orde in hoeverre sprake is geweest van schending van de garantie. Volgens appellante heeft de rechtbank slechts getoetst of het eerste deel van de garantie is geschonden ('*verkoper garandeert dat het gekoch-*

te geen bodemverontreiniging bevat die het door koper opgegeven gebruik kan belemmeren') en, ten onrechte, niet ook of het tweede deel ('*verkoper garandeert dat het gekochte geen bodemverontreiniging bevat die (...) aanleiding kan geven tot een verplichting tot sanering van het gekochte, het nemen van andere maatregelen of tot verhaal van kosten*') is geschonden.

Appellante stelt dat beide onderdelen van de garantie zijn geschonden en dat de projectontwikkelaars in verzuim zijn geweest in de periode van 18 februari 2010 (het verstrijken van de 14 dagen termijn na de ingebrekestelling bij brief van 4 februari 2010) tot 8 april 2013 (het einde van de tweede extra sanering), derhalve gedurende 1144 dagen. De rechtbank heeft dan ook ten onrechte geoordeeld dat (alleen) het eerste deel van de garantie is geschonden gedurende in totaal slechts 57 dagen, aldus appellante.

3.7 De projectontwikkelaars bestrijden dat sprake is geweest van schending van het tweede deel van de garantie. Zij betogen dat dit deel slechts betrekking heeft op een *op appellante* rustende saneringsverplichting en dat een dergelijke verplichting niet heeft bestaan. Zij verwijzen hiertoe naar de bouwvergunning, waarin een saneringsverplichting voor de projectontwikkelaars is opgenomen.

Voorts betogen de projectontwikkelaars dat geen sprake is geweest van verzuim omdat de brieven van 4 februari 2010 (zie onder 1.9) en 11 december 2012 (zie onder 1.13) geen sommatie bevatten om de sanering van de voortuin binnen 14 dagen te voltooien; gesommeerd is slechts om de nodige actie te nemen, hetgeen de projectontwikkelaars hebben gedaan.

Voor zover de projectontwikkelaars wel zijn gesommeerd, heeft appellante geen redelijke termijn gesteld om de saneringsverplichting na te komen en dient de gestelde termijn te worden geconverteerd in een door het hof vast te stellen termijn, aldus de projectontwikkelaars (grief I in het incidenteel appel).

3.8 Het hof volgt de projectontwikkelaars niet in hun uitleg van het tweede deel van de garantie. In de tekst van de garantie is in algemene zin verwezen naar 'een verplichting tot sanering van het gekochte'. Dat hiermee slechts een verplichting van appellante is bedoeld, volgt daaruit niet. De projectontwikkelaars hebben niet inzichtelijk gemaakt waarom de garantie redelijkerwijs toch zo beperkt door appellante moest worden begrepen. Hun verwijzing naar de bouwvergunning in dit kader is ontoereikend; het feit dat in de bouwvergunning een saneringsverplichting van de projectontwikkelaars is genoemd, brengt niet mee dat de in de garantie genoemde saneringsverplichting slechts aan appellante kan zijn verbonden, en overigens is gesteld noch gebleken dat appellante op de hoogte was van de inhoud van de bouwvergunning. Gelet

op de ontoereikende onderbouwing komt het hof niet toe aan een bewijsopdracht op dit onderdeel.

3.9 Grief II in het principaal slaagt gelet op het voorgaande. Er is sprake geweest van bodemverontreiniging die aanleiding heeft gegeven tot verplichtingen tot sanering van de voortuin van appellante en daarmee staat vast dat (het tweede deel van) de garantie is geschonden. In het midden kan blijven in hoeverre ook het eerste deel van de garantie is geschonden; grief I in het principaal appel behoeft geen bespreking.

3.10 Het hof zal thans ingaan op de vraag of sprake is van verzuim als bedoeld in artikel 21 van de koopovereenkomst. De projectontwikkelaars stellen op zichzelf terecht dat in de door of namens appellante verzonden brieven geen termijn voor nakoming (als bedoeld in artikel 6:82 lid 1 BW) is genoemd, maar naar het oordeel van het hof was dat in de gegeven omstandigheden ook niet nodig. Zoals appellante heeft aangevoerd hebben partijen in de koopovereenkomst reeds een termijn voor nakoming bepaald (te weten 14 dagen, zie artikel 21 lid 2), althans zo mocht appellante de koopovereenkomst redelijkerwijs begrijpen. Ook neemt het hof in aanmerking dat appellante er met haar brief van 29 december 2009 en de nadien gevoerde correspondentie geen enkele twijfel over heeft laten bestaan dat zij onmiddellijke nakoming (sanering) wenste en aanspraak maakte op de boete. Verder is van belang dat de projectontwikkelaars in hun brief van 24 november 2009 reeds hadden aangekondigd dat zij saneringswerkzaamheden zouden gaan verrichten en dat deze eind januari 2010 geheel zouden zijn afgerond (zie onder 1.7). Ook gelet daarop had een specifieke termijnstelling geen meerwaarde en was er op 18 februari 2010, de door appellante genoemde ingangsdatum, in ieder geval sprake van verzuim. Aangenomen moet worden dat daaraan pas een einde kwam na de tweede extra sanering, nu gesteld noch gebleken is dat de projectontwikkelaars het verzuim eerder hebben gezuiverd.

Los van het voorgaande is het hof van oordeel dat het beroep op het ontbreken van een ingebrekestelling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Het hof neemt daarbij niet alleen de zojuist genoemde omstandigheden in aanmerking maar ook het feit dat (i) de projectontwikkelaars appellante pas in november 2009 hebben geïnformeerd over de noodzaak tot sanering terwijl zij daar zelf in ieder geval al in juni 2009 van op de hoogte waren (zie onder 1.7), (ii) de projectontwikkelaars in november 2009 naar eigen zeggen al 'druk doende waren met het treffen van de nodige maatregelen' en in dat opzicht dus geen aanmaning nodig hadden en (iii) de projectontwikkelaars appellante na de eerste extra sanering (achteraf bezien) ten onrechte hebben meegedeeld dat de sanering als afgerond kon worden beschouwd.

Het verweer van de projectontwikkelaars dat een beroep op de in artikel 21 lid 2 van de koopovereenkomst genoemde termijn van 14 dagen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is omdat nakoming binnen die termijn onmogelijk was, moet worden verworpen. Ten eerste gaat het om een termijn die de projectontwikkelaars zelf, met bijstand van juridische adviseurs, hebben opgenomen in de overeenkomst. Ten tweede hadden de projectontwikkelaars appellante meegedeeld dat de sanering eind januari 2010, dus al voorafgaand aan het stellen van de termijn, zou zijn afgerond.

3.11 De tussenconclusie is dat de projectontwikkelaars in de periode van 18 februari 2010 tot 8 april 2013 (het einde van de tweede extra sanering), dus gedurende 1144 dagen in verzuim zijn geweest. Grief I in het incidenteel appel faalt.

Aan de stelling van appellante bij pleidooi in hoger beroep (pleitnota onder 13) dat ook het monitoren een saneringsmaatregel is en dat de boete na de tweede extra sanering is blijven doorlopen en ook thans nog doorloopt, gaat het hof voorbij. Zo al tijdig naar voren gebracht moet deze stelling worden verworpen omdat deze niet strookt met de eveneens door appellante ingenomen stelling dat het verzuim 1144 dagen heeft geduurd en evenmin strookt met de door haar gevorderde boete. Los daarvan is het hof van oordeel dat het enkele monitoren geen schending van de garantie oplevert. Het monitoren impliceert immers niet dat de grond nog een bodemverontreiniging bevat en is ook niet aan te merken als een saneringsmaatregel.

Beroep projectontwikkelaars op artikel 6:92 lid 1 BW

3.12 De projectontwikkelaars stellen op zichzelf terecht dat, gelet op het bepaalde in artikel 6:92 lid 1 BW en artikel 21 lid 3 van de koopovereenkomst, (appellante) geen aanspraak kan maken op zowel contractuele boete als schadevergoeding; schade komt slechts voor vergoeding in aanmerking voor zover deze boven de verbeurde boete uitgaat. Uit het feit dat de projectontwikkelaars € 10.000,- aan schadevergoeding hebben betaald volgt echter niet dat appellante geen aanspraak meer kan maken op contractuele boete. In zoverre faalt grief III in het incidenteel appel. Wel brengt haar keuze voor de boete (in plaats van schadevergoeding) mee dat het bedrag van € 10.000,- dient te worden verrekend met een eventueel aan appellante verschuldigde boete en in zoverre slaagt (het subsidiaire onderdeel van) grief III in het incidenteel appel.

Het hof gaat voorbij aan de stelling van (appellante) dat de door haar ontvangen € 10.000 geen betrekking had op schade ter zake van de verontreiniging. Het bedrag van € 10.000,- is betaald om appellante in staat te stellen haar tuin in de oorspronkelijke

staat terug te brengen, zoals appellante zelf heeft aangevoerd. Die schade aan de tuin staat in causaal verband met de schending van de garantie door de projectontwikkelaars (in de zin van artikel 6:98 BW).

Beroep op dwaling

3.13 Appellante komt met grief III op tegen het oordeel van de rechtbank dat sprake is van wederzijdse dwaling ten aanzien van de hoogte van de contractuele boete omdat een boete van 0,3% per verzuimdag van de koopprijs gebruikelijk is en niet de in de koopovereenkomst opgenomen 10% per verzuimdag. Ook deze grief slaagt.

De projectontwikkelaars hebben in het kader van hun beroep op wederzijdse dwaling (samengevat) aangevoerd dat sprake is geweest van een kennelijke vergissing van de notaris bij het invullen van het modelcontract en verwijzen naar de overgelegde schriftelijke verklaring van de notaris waar dat in staat. Ook voeren zij aan dat niemand deze fout heeft opgemerkt en dat sprake is geweest van 'blindheid', en dat niet een boete van 10% maar van 0,3% per verzuimdag gebruikelijk is.

Naar het oordeel van het hof volgt uit dit verweer niet dat de projectontwikkelaars een verkeerde voorstelling van zaken hadden ten aanzien van de eigenschappen van het voorwerp van de overeenkomst of de persoon van de wederpartij. Zij stellen in feite iets anders, namelijk dat wil en verklaring (de tekst van de overeenkomst) niet overeenkomen. Los hiervan hebben de projectontwikkelaars niet (voldoende) onderbouwd dat aan de zijde van appellante sprake was van dezelfde onjuiste voorstelling van zaken. Appellante, die consument is en niet door een makelaar werd bijgestaan, had niet eerder een nieuwbouwwoning gekocht. Haar stelling dat zij (als onervaren consument) niet bekend was met de gebruikelijkheid van een boete van 0,3% is onvoldoende gemotiveerd betwist door de projectontwikkelaars. Appellante stelt voldoende onderbouwd dat zij is uitgegaan van de juistheid van de tekst en zij mocht daar redelijkerwijs ook van uitgaan, temeer omdat de tekst was opgesteld c.q. gecontroleerd door (juristen die zijn ingeschakeld door) de projectontwikkelaars, de verkopend makelaar en de notaris. Zij betoogt ook terecht dat een vergissing aan de zijde van de projectontwikkelaars of de notaris voor rekening van de projectontwikkelaars komt (vergelijk artikel 6:228 lid 2 BW).

Het aanbod van de projectontwikkelaars om te bewijzen dat een percentage van 0,03% per dag gebruikelijk is, is gelet op het voorgaande niet ter zake dienend zodat het hof daaraan voorbij gaat.

3.14 Nu geen sprake is van dwaling zal de door de rechtbank toegepaste wijziging van het boetepercentage op grond van artikel 6:230 lid 2 BW worden vernietigd. Overigens wijzen beide partijen de mogelijkheid van wijziging op

grond van dat artikel van de hand. Niet alleen grief III in het principaal appel maar ook grief II in het incidenteel appel slaagt in zoverre.

Matiging

3.15 Zowel grief IV in het principaal appel als grief II in het incidenteel appel richt zich tegen de rechtbank toegepaste matiging van de boete; volgens appellante gaat die matiging veel te ver, volgens de projectontwikkelaars niet ver genoeg.

Het hof stelt voorop dat de boete zonder matiging € 30.560.816,- bedraagt (1144 dagen x € 26.714,-). Ook appellante ziet (naar het oordeel van het hof: terecht) in dat een boete van ruim 30 miljoen disproportioneel is en dat er aanleiding is deze zeer fors te matigen; in hoger beroep vordert zij een boete van € 2.000.000,-. Ook dat bedrag is naar het oordeel van het hof, gelet op alle omstandigheden van het geval, waaronder de aard van de overeenkomst, de inhoud en de strekking van het beding, de omstandigheden waaronder het beding is ingeroepen en de verhouding tussen de werkelijke schade en de hoogte van de boete, buitensporig en toewijzing daarvan zou tot een onaanvaardbaar resultaat leiden. Meer in het bijzonder acht het hof het volgende van belang.

3.15.1 De discrepantie tussen de gevorderde boete en de schade is zeer groot. De gevorderde boete bedraagt € 2.000.000,- terwijl de door appellante geleden schade slechts tot een bedrag van ten hoogste € 20.000,- voldoende is onderbouwd.

De stelling van appellante dat zij € 171.825,05 schade heeft geleden wegens waardevermindering van de woning wordt verworpen. De door haar overgelegde brief van 17 juli 2015 van het makelaarskantoor, bevat geen toereikende onderbouwing. Er is weliswaar sprake van een verleden van bodemverontreiniging maar dat was ten tijde van de koop van het perceel door appellante ook al het geval. De grond is thans reeds een geruime tijd geleden gesaneerd en beperkte monitoring volstaat sindsdien. Voorstelbaar is dat de thans nog bestaande monitoring enige onzekerheid met zich brengt maar dat deze leidt tot de door de makelaar genoemde substantiële waardevermindering valt zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet in te zien. Vast staat wel de hiervoor (onder 3.12) genoemde schade van € 10.000,- wegens kosten van herstel van de tuin. Daarnaast staat vast dat appellante schade heeft geleden doordat zij gedurende een tijd is beperkt in het genot van haar appartementsrecht. Appellante heeft het hof gevraagd die schade in goede justitie te bepalen, maar heeft zelf geen concreet bedrag genoemd. Ook heeft zij geen gegevens aangedragen voor de waardering van het onstoffelijke voordeel dat zij heeft moeten missen. Voor zover onder die omstandigheden de waarde van het gemiste genot al kan worden vastgesteld, kan die, gelet op het navolgende, in ieder geval niet worden begroot op

een hoger bedrag dan € 10.000,-. Ten eerste zat de (rest)bodemverontreiniging op grote diepte en is de 'leeflaag' van de grond steeds voldoende schoon geweest (zie onder 1.7 en 1.12). Ten tweede was de verontreiniging niet van dien aard dat werd gevreesd voor gezondheidsrisico's en is dat ook aan (appellante) kenbaar gemaakt. Ten derde heeft appellante sinds de levering van het appartementsrecht wel het volle gebruik gehad van haar woning en zijn alleen in de voortuin, gedurende beperkte tijd (in maart 2010 en maart en april 2013), saneringswerkzaamheden uitgevoerd.

De stelling van appellante dat ook sprake is van 'psychische schade' wordt als niet (voldoende) onderbouwd verworpen. Hoezeer ook voorstelbaar is dat appellante en haar gezin veel zorgen hebben gehad over de bodemverontreiniging, en overlast hebben ervaren van de diverse saneringswerkzaamheden, daaruit volgt nog niet dat sprake is van psychische schade (aantasting in de persoon) in de zin van artikel 6:106 BW. Het door appellante als productie overgelegde artikel 'Living on polluted soil' uit 2000 is niet op haar situatie toegespitst en ontoereikend.

Op deze gronden faalt ook grief V in het principaal appel.

3.15.2 Voorts is van belang dat de projectontwikkelaars de sanering van de grond niet zelf hebben uitgevoerd maar hebben uitbesteed aan ATKKB dat (zoals de projectontwikkelaars hebben aangevoerd en appellante niet voldoende gemotiveerd heeft bestreden), deskundig is en een leidende partij in de saneringsbranche. De door ATKKB gemaakte fouten kunnen de projectontwikkelaars weliswaar worden toegerekend, maar het is niet zo dat zij zelf verwijtbaar hebben gehandeld bij de sanering. Ook wordt in aanmerking genomen dat er een lange periode is geweest (die bijna de helft van de door het hof vastgestelde verzuimperiode bestrijkt) dat de projectontwikkelaars geen weet hadden van voortdurende van de verontreiniging. De eerste extra sanering eindigde op 19 maart 2010 (zie onder 1.10). Eerst in september 2011 bleek uit het rapport van Geofox dat de saneringsdoelen nog niet waren gehaald (zie onder 1.12). Verder staat als onvoldoende gemotiveerd weersproken vast dat de projectontwikkelaars (uiteindelijk) voor de duurste saneringsvariant hebben gekozen, namelijk algehele ontgraving van de tuin.

3.15.3 De gevorderde boete staat niet in redelijke verhouding tot de koopprijs van het perceel (€ 267.140,-), ook niet indien daarbij de waarde van de aanneemsom (€ 400.710,-) in aanmerking wordt genomen.

3.15.4 De met de contractuele boete beoogde prikkel tot nakoming heeft gewerkt in zoverre dat de projectontwikkelaars diverse deskundigen hebben ingeschakeld om de saneringen te doen uitvoeren c.q. monitoren c.q. controleren. De stelling van appellante dat de projectontwikkelaars daarbij onvoldoende voort-

varendheid hebben betracht wordt verworpen, nu deze onvoldoende concreet is gemaakt in het licht van het gemotiveerde verweer van de projectontwikkelaars dat zij gebonden waren aan strenge regels en de saneringsplannen ter accordering aan de Provincie hebben moeten voorleggen, dat het werk zorgvuldig moest worden aanbesteed, dat ook de weersomstandigheden (de mogelijkheid van vorst) een rol hebben gespeeld en dat er geen sprake was van urgentie in verband met gezondheidsrisico's. Wel kan de projectontwikkelaars worden verweten dat zij appellante eerder dan november 2009 hadden moeten informeren over de aangetroffen verontreiniging (zie onder 1.7) maar dit betreft een relatief gering verwijt.

Het hof gaat voorbij aan de stelling van appellante dat de projectontwikkelaars hebben afgezien van het aanvankelijke saneringsplan c.q. een door de saneringbeschikking uit 1999 voorgeschreven ontgraving. Zoals blijkt uit de feitenweergave, en meer in het bijzonder de brief van 21 november 2013 van de Omgevingsdienst Haaglanden (zie onder 1.17), is de sanering uitgevoerd conform het saneringsplan, de beschikking op het saneringsplan en het plan van aanpak en door de bevoegde autoriteit voldoende bevonden.

3.15.5 Hoewel, zoals hiervoor is overwogen, de projectontwikkelaars geen beroep toekomt op dwaling en appellante redelijkerwijs mocht afgaan op het in de tekst opgenomen boetepercentage, weegt het hof de wijze van totstandkoming van de boete wel mee in het kader van het beroep op matiging. In zoverre is van belang dat de wil van de projectontwikkelaars niet was gericht op een boetepercentage van 10, dat dit percentage door een fout van de notaris in de koopovereenkomst terecht is gekomen (appellante heeft dat niet gemotiveerd bestreden in het licht van de overgelegde verklaring van de notaris) en dat een aanzienlijk lager percentage van 0,03 in de praktijk gebruikelijk is (zie de overweging in r.o. 4.10 van het bestreden vonnis waartegen niet (voldoende specifiek) is gegriefd). Overigens zou ook dit percentage om de hiervoor weergegeven redenen nog tot een disproportionele boete leiden.

3.16 Alles afwegende wordt de boete gematigd tot in totaal € 75.000,-. De door de projectontwikkelaars betaalde €10.000,- wordt als boete worden aangemerkt en strekt in mindering op de nog te betalen boete (zie onder 3.12). De overige door partijen aangevoerde argumenten voor respectievelijk tegen matiging van de boete zijn naar het oordeel van het hof van onvoldoende gewicht in het licht van de hiervoor genoemde omstandigheden, althans deze leiden niet tot een ander oordeel. Meer in het bijzonder geldt dat voor het uitvoerige betoog van appellante over de maatschappelijke positie van partijen, hun onderlinge verhouding en de beweerdelijke financiële

positie van de projectontwikkelaars en de organisatie waarvan zij deel uitmaken.

Gelet op hetgeen het hof hiervoor heeft vastgesteld over de door appellante geleden schade (zie r.o. 3.15.1) kan niet worden geoordeeld dat de schade van appellante groter is dan het te betalen boetebedrag. Ook de subsidiaire vordering moet dus worden afgewezen.

De wettelijke rente over de te betalen boete is, anders dan appellante meent, niet verschuldigd vanaf de datum van het begin van het verzuim in de nakoming van de garantieverplichting (18 februari 2010), omdat de boetes op die datum nog niet waren verbeurd en de projectontwikkelaars nog niet in verzuim waren met de betaling daarvan. Dat appellante de wettelijke rente pas bij haar memorie van grieven heeft gevorderd, laat onverlet dat zij de boete al heeft gevorderd in de dagvaarding in eerste aanleg. De projectontwikkelaars kunnen vanaf de datum van dagvaarding worden geacht in verzuim te zijn. De rente zal daarom worden toegewezen vanaf de datum van de inleidende dagvaarding.

3.17 De conclusie uit het voorgaande is dat grief IV in het principaal appel gedeeltelijk slaagt en dat grief II in het incidenteel appel faalt.

3.18 Tot slot wordt verworpen grief V in het incidenteel appel betreffende het beroep op opschorting van de projectontwikkelaars. Appellante is de zesde bouwtermijn verschuldigd aan Bouw- en Aannemersbedrijf X B.V. (een zustervennootschap van X Projectontwikkeling B.V.), op grond van de onder 1.3 genoemde overeenkomst van aanneming. De projectontwikkelaars zijn geen partij bij die overeenkomst; eventuele wanprestatie van appellante jegens Bouw- en Aannemersbedrijf X B.V. verschaft de projectontwikkelaars geen recht van opschorting. Voor het overige verwijst het hof naar hetgeen de rechtbank ter afwijzing van het beroep op opschorting heeft overwogen (r.o. 4.16 van het bestreden vonnis).

3.19 Hiervoor is al (enkele malen) overwogen dat aan bewijslevering niet wordt toegekomen. Toegevoegd wordt nog dat er ook overigens geen aanleiding bestaat voor toelating tot (nadere) bewijslevering. Daarvoor zijn de stellingen van partijen onvoldoende onderbouwd, zoals in het voorgaande is toegelicht, of de bewijsaanbiedingen niet ter zake dienend/voldoende specifiek.

3.20 Het hof onderschrijft de compensatie van proceskosten in conventie in eerste aanleg. Nu partijen ook in hoger beroep (in zowel het principaal als het incidenteel appel) over en weer in het ongelijk zijn gesteld, zullen ook de kosten in hoger beroep worden gecompenseerd. Grief VI in het principaal appel faalt derhalve. Naar aanleiding van die grief merkt het hof nog op dat

slechts een fractie van de vordering is toegewezen; compensatie ligt daarom, ondanks gedeeltelijke toewijzing, in de rede. Overigens merkt het hof op dat geenszins kan worden uitgesloten dat de hoogte van de vordering (bijna 30 miljoen in eerste aanleg en 2 miljoen in hoger beroep) aan het bereiken van een schikking in de weg heeft gestaan.

3.21 Uit het voorgaande volgt dat het bestreden vonnis gedeeltelijk zal worden vernietigd, in zoverre dat de projectontwikkelaars ieder worden veroordeeld tot betaling van een contractuele boete van in totaal € 32.500,- (€ 75.000,- minus € 10.000,-) : 2) te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de datum van de inleidende dagvaarding (11 maart 2013), een en ander in plaats van het bedrag van € 22.840,47 zoals toegewezen door de rechtbank. (*Enz., enz., Red.*)

NOOT

Inleiding

1. Wat is het rechtsgevolg van het 'verkeerd' invullen van een contract, waardoor een relatief beperkte tekortkoming met een huizenhoge boete wordt bestraft? Dat is de vraag die in deze zaak centraal staat.

2. Twee ontwikkelaars sluiten met een particuliere koper/opdrachtgever - ik zal verder ten behoeve van de leesbaarheid spreken van 'ontwikkelaar' en 'koper' - een koop-/aannemingsovereenkomst voor een appartement. Het appartementencomplex wordt gerealiseerd op het terrein van een voormalig tankstation. Vervuiling ligt dan op de loer en - kennelijk om de koper gerust te stellen - wordt de afwezigheid daarvan in de overeenkomst gegarandeerd. De koper kan op basis van de wet (art. 3:296 BW) van een dergelijke garantie nakoming vorderen. Partijen zijn daarnaast contractueel een boete overeengekomen van 10% van de koopprijs per dag als nakoming van een (dergelijke) verplichting niet binnen twee weken na schriftelijke ingebrekestelling plaatsvindt; een zelfde boete als die eenmalig geldt bij ontbinding van de overeenkomst. Daar zit iets vreemds in: op de vergaande maatregel van ontbinding staat dezelfde sanctie als op één dag verzuim.

3. Het ook weer niet zo denkbeeldige gebeurt: er blijkt toch nog verontreiniging aanwezig. De koper beroept zich direct op de boete (kassa!). Met de sanering is na twee ronden uiteindelijk 1144 dagen gemoeid. De koper eist het postcodekanjer-achtige bedrag van 28 miljoen euro. De ontwikkelaar is het daar uiteraard niet mee eens. Hij bevoegt dat het gaat om een kennelijke verschrijving: normaal gesproken wordt de verzuimboete volgens hem gesteld op 0,3% van de koopprijs per dag. Daarnaast stelt de ontwikkelaar dat de termijn waarover de boete moet worden berekend veel korter is dan de genoemde 1144 dagen.

4. De rechtbank stelt de ontwikkelaar grotendeels in het gelijk.² Zij oordeelt dat het de 'hoog opgeleide' koper redelijkerwijs duidelijk moet zijn geweest dat er sprake was van een 'evidente vergissing' ten aanzien van de contractuele boete van 10% van de koopprijs per verzuimdag in plaats van de 'in de contractpraktijk volstrekt gebruikelijke' 0,3 % per verzuimdag. Ook afgezet tegen de relatief beperkte aard en omvang van de wanprestatie en afgezet tegen de voor het appartementsrecht betaalde koop- en aanneemsom plus de relatief beperkte civielrechtelijke schade voor de koper, moet de boete naar het oordeel van de rechtbank 'op de voet van wetsartikel 6:230 lid 2 BW worden gewijzigd en/of op de voet van wetsartikel 6:94 BW worden gematigd tot de gebruikelijke 0,3 % per verzuimdag'. Daarnaast overweegt de rechtbank dat de boete slechts verschuldigd is over een beperkt aantal, namelijk 57, dagen. Aldus komt zij uit op een boete van 46 duizend euro.

5. De koper is daarmee de illusie van een eigen bounty eiland armer. Hij geeft het echter niet op en stelt hoger beroep in. Aldaar lijkt hij zich ervan bewust dat hij met zijn vordering van 28 miljoen euro een iets te grote broek heeft aangetrokken. Hij beperkt zijn vordering tot het - nog steeds aantrekkelijke - bedrag van twee miljoen euro.

6. Waar de rechtbank in het midden laat waarom zij de boete naar beneden bijstelt (zij spreekt als gezegd van 'dwaling en/of vernietiging'), maakt het hof hierin een duidelijke afslag. Het oordeelt dat er enkel grond is voor matiging, waarbij het diverse omstandigheden aanvoert die daarvoor grondslag opleveren.

7. De uitspraak van het hof heeft diverse interessante onderdelen. Ik bespreek er een aantal:

- de ontwikkelaar raakt in verzuim, ondanks dat de koper hem geen redelijke termijn stelt;
- de contractuele termijn voor het wegnemen van een tekortkoming is geldig ondanks dat het herstel in kwestie daarbinnen in redelijkheid niet kan plaatsvinden;
- de door de ontwikkelaar uitgekeerde schadevergoeding staat niet aan het innen van de contractuele boete in de weg;
- het 'onjuiste beding' is niet vernietigbaar vanwege dwaling;
- wel zijn er gronden voor matiging van de contractuele boete;
- de proceskosten worden gecompenseerd vanwege de hoogte van de vordering en de proceshouding van de eiser.

Ad a) verzuim ondanks ontbreken redelijke termijn

8. Voor het vorderen van een boete zoals de onderhavige is een aanmaning of een andere voorafgaande verklaring nodig in dezelfde gevallen als bij het vorderen van schadevergoeding op grond van de wet (art. 6:93 BW). De wet schrijft daar voor dat in beginsel schriftelijk een redelijke

termijn voor nakoming moet worden gesteld (art. 6:74 lid 2 jo. 6:82 lid 1 BW).³

9. In casu diende de koper, naar de hoofdregel van art. 6:82 lid 1 BW, een aanmaning aan de ontwikkelaar te sturen met daarin een redelijke termijn om de vervuiling weg te nemen. De koper heeft dit echter niet gedaan. Hij heeft weliswaar een brief verstuurd waarin hij sommeert om tot sanering over te gaan maar heeft daarin geen redelijke termijn gesteld.

10. Het hof oordeelt dat het stellen van een redelijke termijn om allerlei redenen niet nodig is. Deze termijn blijkt allereerst reeds uit de tussen partijen geldende overeenkomst, waaruit volgt dat een partij na ingebrekestelling veertien dagen de tijd heeft om zijn tekortschietsen op te heffen. Daarnaast neemt het hof in aanmerking dat vanaf de eerste brief van de koper duidelijk was dat deze aanspraak maakte op onmiddellijk herstel en op de boete. Ook zou een termijnstelling geen meerwaarde hebben, nu de verkoper in een - toen niet aan de koper verstuurd - eerder bericht had opgenomen dat de sanering op een datum gereed zou zijn die lag vóór de datum van de ingebrekestelling.

11. Los hiervan oordeelt het hof dat een beroep op het ontbreken van een ingebrekestelling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Dit oordeel baseert hij op de volgende omstandigheden:

- de ontwikkelaar heeft de koper pas in november 2009 geïnformeerd over de noodzaak van een sanering, terwijl hij daarvan in ieder geval in juni 2009 al op de hoogte was;
- de ontwikkelaar was in november 2009 naar eigen zeggen 'al druk doende met het treffen van de nodige maatregelen' en in dat opzicht had hij dus geen aanmaning nodig;
- de ontwikkelaar had de koper na de eerste sanering (achteraf gezien) ten onrechte medegedeeld dat de sanering als afgerond kon worden beschouwd.

12. Aldus illustreert deze uitspraak dat het voor een schuldeiser niet fataal hoeft te zijn als hij geen redelijke termijn voor nakoming stelt. In het bijzonder kan een dergelijke termijnstelling achterwege blijven als deze reeds in het contract is opgenomen. In plaats van een redelijke ter-

3 In beginsel want een ingebrekestelling is niet vereist indien nakoming reeds blijvend onmogelijk is (art. 6:74 lid 1 BW) of één van de uitzonderingen van art. 6:83 BW zich voordoet: wanneer partijen een fatale termijn zijn overeengekomen, wanneer de verbintenis voortvloeit uit onrechtmatige daad (art. 6:83 sub a BW) of strekt ter betaling van schadevergoeding vanwege wanprestatie (art. 6:83 sub b BW) of wanneer de schuldeiser uit een mededeling van de schuldenaar moet afleiden dat deze in de nakoming van de verbintenis zal tekortschietsen (art. 6:83 sub c BW). Verder geldt dat indien de schuldenaar tijdelijk niet kan nakomen of uit zijn houding blijkt dat aanmaning nutteloos zou zijn, geen aanmaning vereist is maar een schriftelijke mededeling waaruit blijkt dat hij voor het uitblijven van de nakoming aansprakelijk wordt gesteld (art. 6:82 lid 2 BW). Tot slot zijn de gronden waardoor verzuim zonder ingebrekestelling intreedt niet limitatief. Ook uit wettelijke bepalingen (bijv. art. 6:205 en art. 6:274 BW), de betrokken rechtshandeling of de gewoonte kan volgen dat geen ingebrekestelling nodig is. Daarnaast kunnen er omstandigheden zijn die een beroep op het ontbreken van een ingebrekestelling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar maken (HR 6 oktober 2000, NJ 2000/691).

2 Rb. Den Haag, 20 augustus 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:10529.

mijn geldt dan de tussen partijen overeengekomen termijn. Daarnaast kunnen er diverse omstandigheden zijn die het niet stellen van een termijn sauveren, waarbij aansluiting kan worden gezocht bij het verwachtingspatroon van de schuldenaar (in casu moest de ontwikkelaar er na de eerste brief van de koper rekening mee houden dat deze aanspraak maakte op herstel en boete) en diens handelen (de ontwikkelaar wist al lang en breed dat hij was tekortgeschoten maar had dit niet aan de schuldeiser medegedeeld; de ontwikkelaar had ten onrechte laten weten dat het gebrek was weggenomen).

Ad b) beroep op hersteltermijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar

13. Naast de stelling dat hij niet in verzuim is, voert de ontwikkelaar aan dat een beroep op de hersteltermijn van veertien dagen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, nu de sanering onmogelijk daarbinnen kan worden uitgevoerd.

14. Voor dit verweer valt op het eerste gezicht wel wat te zeggen. De ontwikkelaar kan immers in redelijkheid niet binnen veertien dagen een bodemsanering uitvoeren. Hierbij geldt dat de aan de schuldenaar gestelde termijn blijkens art. 6:82 lid 1 BW redelijk van duur moet zijn, hetgeen impliceert dat de tekortkoming binnen die termijn moet kunnen worden weggenomen.

15. Het hof passeert echter dit verweer, waaraan het twee redenen ten grondslag legt:

- de termijn is door de ontwikkelaar zelf in het contract opgenomen;
- de ontwikkelaar had eerder medegedeeld dat de sanering zou zijn afgerond op een eerder moment dan het moment waarop de koper zijn sommatie uitstuurde.

16. Het oordeel van het hof laat zien dat de ontwikkelaar aan door hem opgestelde bedingen en aan door hem gedane beloftes kan worden gehouden, ook als hij deze niet kan nakomen. A contrario zou een partij die niet zelf de overeenkomst heeft opgesteld en die dergelijke beloftes niet heeft gedaan aan dit oordeel een argument kunnen ontleenen om juist wél de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid toe te passen.

Ad c) schadevergoeding en boete

17. In art. 6:92 lid 1 BW is opgenomen dat de schuldenaar geen nakoming kan vorderen van zowel een boetebeding (in casu 10% van de koopprijs per verzuimdag) als van de verbintenis waaraan de boete is verbonden (tijdige levering schone grond). Lid 2 bepaalt dat hetgeen ingevolge het boetebeding verschuldigd is in de plaats treedt van de schadevergoeding op grond van de wet. De ontwikkelaar beroept zich op deze regeling, stellende dat hij voorafgaand aan de procedure reeds een schadevergoeding van 10.000 euro heeft betaald aan de koper. Hieraan verbindt de ontwikkelaar, onder verwijzing naar art. 6:92 BW, de gevolgtrek-

king dat de koper niet ook nog eens contractuele boete kan vorderen.

18. In casu doet art. 6:92 BW echter niet af aan de mogelijkheid van de koper om de boete te vorderen. Feitelijk is de boete op vertraging gesteld, getuige het feit dat deze per dag verschuldigd is. Het vorderen van de boete staat er enkel aan in de weg dat de koper geen *tijdige* nakoming (binnen veertien dagen na ingebrekestelling) meer kan vorderen, maar dat doet hij ook niet. Van betaling van een vertragsboete kan aldus tegelijkertijd met de hoofverbintenis (levering schone grond) nakoming worden gevorderd, waardoor een beroep op art. 6:92 lid 1 niet mogelijk is. Ook lid 2 leent zich niet voor toepassing. Deze bepaling stelt enkel vast dat daar waar een boetebeding geldt, geen schadevergoeding op grond van de wet meer kan worden gevorderd. Daarin staat dus niet: als er schadevergoeding is betaald dan kan er geen boete meer worden gevorderd, zoals de ontwikkelaar beoogt.

19. Opvallend is dat het hof suggereert dat de schuldeiser in een geval als dit de keuze heeft tussen het vorderen van schadevergoeding en boete (ro. 3.12). Dit lijkt mij onjuist. De schuldeiser kan ingeval van een boetebeding in beginsel slechts de boete vorderen.⁴ Zo kan het voor de aannemer in een groot project bijzonder gunstig zijn om de UAV 2012 (op dit punt) ongewijzigd te laten nu deze voorziet in een vertragsboete van (slechts) 60 euro per dag (§42 lid 2); de werkelijke schade zal in veel gevallen (aanzienlijk) hoger uitvallen en deze kan de opdrachtgever dan in beginsel niet vorderen.⁵

20. Het hof komt met de oplossing dat de reeds betaalde schadevergoeding wordt verrekend met de boete. Dat lijkt mij een juiste benadering. Feitelijk is de schadevergoeding onverschuldigd betaald (daarvoor bestaat geen rechtsgrond, gelet op het boetebeding) en deze kan daardoor worden teruggevorderd door de ontwikkelaar (art. 6:203 BW), hetgeen betekent dat deze ook kan worden verrekend met de boete die hij aan de koper verschuldigd is (art. 6:127 BW).

Ad d) dwaling

21. De ontwikkelaar beroept zich in deze zaak ook op dwaling, aangezien partijen de verzuimboete van 10% niet zouden hebben beoogd.

22. Het hof gaat terecht aan dit beroep voorbij. Geen van partijen had (immers) bij het aangaan van de overeenkomst een onjuiste voorstelling van zaken. De regeling is helder op papier vastgelegd en deze was daardoor aan beide partijen kenbaar. Het gaat er feitelijk om dat een 'verkeerde' afspraak is vastgelegd. Terecht plaatst het hof deze materie in de sleutel van wil en verklaring; de wil van de projectontwikkelaar (boete van 0,3% per dag) ziet niet

⁴ Zie in gelijke zin Asser/Sieburgh 6-1 2016/423.

⁵ De opdrachtgever kan in die situatie wel, maar slechts in de uitzonderingssituatie dat de billijkheid dit klaarblijkelijk eist, aanspraak maken op aanvullende schadevergoeding (art. 6:94 lid 2 BW).

op de verklaring in de koopovereenkomst (10% per dag). Door de ontwikkelaar is echter geen beroep gedaan op het ontbreken van deze wil. Een dergelijk beroep lijkt ook weinig zinvol: de koper lijkt gerechtvaardigd op de bepalingen in de door de ontwikkelaar opgestelde overeenkomst te mogen vertrouwen, waardoor het wilsontbreken niet aan de koper kan worden tegengeworpen (art. 3:35 BW).

Ad e) gronden voor matiging

23. Het hof oordeelt wel dat er grond is voor matiging als bedoeld in art. 6:94 BW. De Hoge Raad heeft eerder in het Bart Smit arrest⁶ geoordeeld dat de in dit wetsartikel opgenomen maatstaf, dat voor matiging slechts reden kan zijn indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist, meebrengt dat de rechter pas als de toepassing van een boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt, van zijn bevoegdheid tot matiging gebruik mag maken. Daarbij zal de rechter niet alleen moeten letten op de verhouding tussen de werkelijke schade en de hoogte van de boete, maar ook op de aard van de overeenkomst, de inhoud en de strekking van het beding en de omstandigheden waaronder het is ingeroepen.

24. Het hof noemt deze maatstaf in ro. 3.15 en past deze vervolgens toe. In ro. 3.15.1 stelt het hof vast dat er sprake is van een wanverhouding tussen de gevorderde boete (twee miljoen euro) en de schade (ongeveer 20.000 euro). Daarnaast noemt het hof de volgende bijkomende omstandigheden:

1. De ontwikkelaar heeft de sanering van de grond niet zelf uitgevoerd maar heeft dit uitbesteed aan een derde die deskundig is en een leidende partij is in de saneringsbranche. De door deze derde gemaakte fouten kunnen de ontwikkelaar weliswaar worden toegerekend, maar het is niet zo dat zij zelf verwijtbaar heeft gehandeld bij de sanering.
2. Er is een lange periode geweest dat de ontwikkelaar geen weet had van de voortdurende van de verontreiniging.
3. De ontwikkelaar heeft (uiteindelijk) voor de duurste saneringsvariant gekozen, namelijk algehele ontgraving van de tuin.
4. De gevorderde boete staat niet in redelijke verhouding tot de koopprijs van het perceel (€ 267.140,-), ook niet indien daarbij de waarde van de aanneemsom (€ 400.710,-) in aanmerking wordt genomen.
5. De ontwikkelaar heeft de sanering voldoende voortvarend uitgevoerd.
6. Hoewel de ontwikkelaar geen beroep toekomt op dwaling en de koper redelijkerwijs mocht afgaan op het in de tekst opgenomen boetepercentage, weegt het hof de wijze van totstandkoming van de boete wel mee in het kader van het beroep op matiging. In zoverre is van belang dat de wil van de projectontwikkelaars niet was gericht op een boetepercentage van 10 en dat dit percentage vanwege een fout van de notaris in de koopovereenkomst terecht is gekomen.

25. Daarmee geeft het Hof diverse handvatten voor een rechtzoekende, die zich met een hoge boete ziet geconfronteerd. Daarnaast illustreert deze uitspraak dat het voor de schuldenaar kan lonen om zoveel mogelijk feiten aan te voeren die de boete 'onredelijk' maken (de rechter kan zijn (matigings)oordeel op grond van art. 24 Rv immers slechts gronden op feiten die hem ter kennis zijn gebracht). De boete wordt in casu teruggebracht van de oorspronkelijke 30.560.816 euro (ro. 3.15) naar 75.000 euro, een matiging met - let wel - 99,7%!

Ad f) proceskosten

26. Als doekje voor het bloeden krijgt de koper daarmee wel 30.000 euro meer dan bij de rechtbank. De vraag is echter of hij hiermee heel veel opschiet, gelet op de kosten die in hoger beroep zullen zijn gemaakt. Daarbij oordeelt het hof ook nog eens dat de gevorderde proceskosten niet voor vergoeding in aanmerking komen.

27. Eerder in dit tijdschrift besprak ik een uitspraak van de Raad van Arbitrage voor de Bouw, waarin de eiser ondanks dat hij een bedrag in hoofdsom krijgt toegewezen opdraaide voor de proceskosten⁷. De eiser werd daarmee afgerekend op zijn wat al te enthousiaste eis, die voor het overgrote deel werd afgewezen. Het hof is in deze zaak weliswaar wat milder - het veroordeelt de eiser niet in de proceskosten maar houdt het op een compensatie daarvan - maar uit deze uitspraak blijkt niettemin dat het ook bij de overheidsrechter niet zonder gevaar is om een vordering (al te zeer) op te kloppen. Opvallend is dat het hof in zijn oordeel niet alleen betreft dat slechts een fractie van de vordering is toegewezen, maar ook opmerkt dat de hoogte van de vordering mogelijk aan een schikking in de weg heeft gestaan.

28. Aldus kan een schuldenaar niet alleen uit een opgeklopte vordering maar ook uit een onredelijke houding van zijn schuldeiser een argument ontleenen tegen een proceskostenveroordeling.

Afsluitend

29. Al met al een interessante zaak, met een uitslag waarover de meningen kunnen verschillen. Het is minst genomen merkwaardig dat enerzijds het tussen partijen overeengekomen boetebeding wordt gehandhaafd terwijl, anderzijds, de boete wordt teruggebracht tot 0,03% van het oorspronkelijke bedrag. Daarmee ontvangt de opdrachtgever, die is geconfronteerd met een vertraging van ruim drie jaar, een boete voor slechts een week. Deze uitspraak is in elk geval bruikbaar voor een schuldenaar die zich met een huizenhoge boete ziet geconfronteerd. Deze biedt diverse handvatten om een matigingsberoep van handen en voeten te voorzien en illustreert het belang om in een dergelijke situatie zoveel mogelijk 'vergoelikkende' omstandigheden op te voeren.

J.H. Meerburg

6 HR 27 april 2007, NJ 2007/262 (Intrahof/Bart Smit).

7 RvA 24 januari 2017 nr. 35.951, TBR 2017/166 m.nt. J.H. Meerburg.