



Dit document is afgedrukt via IBRTracker op 11-9-2017 en uitsluitend bedoeld voor licentiehouder b.veen@shadv.nl.

Perikelen van onder- en overmaat (/actualiteit/10413[1])

Deel deze actualiteit ([https://twitter.com/intent/tweet?text=Perikelen van onder- en overmaat%20&via=Instituut_BR&url=http://www.ibrtracker.nl/actualiteit/10413](https://twitter.com/intent/tweet?text=Perikelen%20van%20onder-%20en%20overmaat%20&via=Instituut_BR&url=http://www.ibrtracker.nl/actualiteit/10413))
[https://www.linkedin.com/shareArticle?mini=true&url=http://www.ibrtracker.nl/actualiteit/10413&title=Perikelen van onder- en overmaat%20&source=IBR Tracker](https://www.linkedin.com/shareArticle?mini=true&url=http://www.ibrtracker.nl/actualiteit/10413&title=Perikelen%20van%20onder-%20en%20overmaat%20&source=IBR%20Tracker) ([https://www.facebook.com/sharer/sharer.php?u=http://www.ibrtracker.nl/actualiteit/10413&t=IBR Tracker%20Perikelen van onder- en overmaat%20](https://www.facebook.com/sharer/sharer.php?u=http://www.ibrtracker.nl/actualiteit/10413&t=IBR%20Tracker%20Perikelen%20van%20onder-%20en%20overmaat%20))
[mailto:?subject=IBR Tracker Actualiteit delen&body=Ik vond deze actualiteit in IBR Tracker:%0D%0Ahttp://www.ibrtracker.nl/actualiteit/10413](mailto:?subject=IBR%20Tracker%20Actualiteit%20delen&body=Ik%20vond%20deze%20actualiteit%20in%20IBR%20Tracker%3A%0D%0Ahttp://www.ibrtracker.nl/actualiteit/10413)

Actualiteiten Bouwrecht
Jurisprudentie privaatrecht

Perikelen van onder- en overmaat

Publicatiedatum: 28-05-2014

Bij uitspraak van 7 mei 2014 (RvA, geschilnr. 71.860) kwamen appèlarbiters te oordelen over een geschil op grond van een koop-/aannemingsovereenkomst conform de GIW-voorwaarden voor eengezinswoningen 2003.

Inzet van het geschil was de perceelsgrootte. Kopers hadden met succes in eerste aanleg doen vaststellen dat het aan hen geleverde perceel kleiner was dan zij meenden te hebben gekocht; om die reden is ondernemster veroordeeld tot het aan hen terugbetalen van een deel van de grondkosten.

Ondernemster komt in appèl en voert aan dat in eerste aanleg abusievelijk is vastgesteld dat aan verkrijgers een groter perceel was verkocht; arbiter zou zijn vaststellingen hebben gebaseerd op niet tot de overeenkomst behorende documenten, zodat geen sprake kan zijn van non-conformiteit. Voorts voert ondernemster aan dat verkrijgers niet op tijd hebben geklaagd als bedoeld in artikel 7:23 BW en overigens geen schade hebben geleden ten gevolge van enige tekortkoming aan de zijde van ondernemster. Verder komt ondernemster op tegen het oordeel dat de door ondernemster gestelde bankgarantie ook betrekking heeft op tekortkomingen in het verkochte (lees: het perceel). Tot slot voert ondernemster bij pleidooi onder meer aan dat krachtens artikel 2 van de koop-/aannemingsovereenkomst verrekening van over- of ondermaat is uitgesloten.

Appèlarbiters verwerpen de grieven van ondernemster voor zover deze betrekking hebben op de stelling dat geen sprake is van non-conformiteit. Appèlarbiters stellen terecht voorop, dat bij de vaststelling of daarvan sprake alle omstandigheden van het geval moeten worden meegewogen; ondernemster heeft een te beperkte blik als zij enkel en alleen verwijst naar de overeenkomst. De verwachtingen van verkopers zijn in dit geval niet alleen gewekt door mededelingen tijdens ondernemster en mensen die in haar opdracht optraden, maar ook op grond van de – kort gezegd – verkoopbrochure c.a. die van de zijde van ondernemster aan verkrijgers was verstrekt. Op een aantal van de door ondernemster verstrekte documenten – in het bijzonder de keuzelijst meer-/minderwerk – stond expliciet de maat van '10 meter water' vermeld, afwijkend van de '6,5 meter water' die verkrijgers geleverd hebben gekregen.

Arbiters in appèl oordelen in het verlengde daarvan dat niet-professionele kopers, zoals in dit geval verkrijgers, af mogen gaan op de juistheid van mededelingen tijdens onderneemster, zonder dat daaruit voor hen als verkrijgers een specifieke onderzoeksverplichting volgt. Arbiters in appèl laten terecht meewegen dat de lengte van het perceel en in het bijzonder het daarbij geleverde (gebruiksrecht op) water van cruciaal belang is geweest voor verkrijgers in hun aankoopbeslissing.

Verder passeren arbiters in appèl de stelling van onderneemster dat de verkrijgers te laat zouden hebben geklaagd: levering vond plaats in 2006, de klacht in 2008. Verkrijgers zouden bij de levering van het appartementsrecht reeds de beschikking hebben gekregen over de splitsingstekening, waaruit blijkt dat het perceel kleiner was. Appèlarbiters overwegen dat niet is komen vast te staan dat verkrijgers bij de levering beschikten over de splitsingstekening; zij putten uit de notulen van een VvE-vergadering uit 2008, waarin voor de eerste maal door leden van de VvE is gemeld dat een kleiner perceel was geleverd dan zij meenden te hebben gekocht. De klacht is daarmee tijdig, nog daargelaten dat kan worden overwogen of onderneemster door deze klacht uit 2008 in haar belangen is geschaad. Daarnaast is direct al schade geleden door verkrijgers toen zij het kleinere perceel geleverd hebben gekregen dan wat zij meenden te hebben gekocht.

Aldus staat ook wat appèlarbiters betreft vast, dat sprake is van non-conformiteit, waarvoor onderneemster aansprakelijk is.

Verkrijgers hebben de door hen van onderneemster ontvangen bankgarantie groot 5% van de aanneemsom onder meer behouden ter zake de tekortkoming in de perceelsgrootte. Onderneemster heeft aangevoerd dat die bankgarantie slechts betrekking heeft op bouwkundige en technische gebreken. Appèlarbiters passeren dit verweer en stellen dat die bankgarantie – zoals daarin is opgenomen – geldt als zekerheid voor de nakoming van de verplichtingen van onderneemster uit hoofde van de overeenkomst; vgl. RvA d.d. 8 februari 2013 (No. 33.565). De redenering die wordt gevolgd is dat de bankgarantie gesteld is c.q. gekoppeld is aan het recht van verkrijgers ex artikel 7:768 BW, welk artikel een verbijzondering is van artikel 6:262 BW. Laatstgenoemd artikel bepaalt dat verkrijgers hun verplichting tot betaling mogen opschorten als de wederpartij 'haar verbintenis' niet nakomt. Gelet op de ruime betekenis van 'verbintenis' uit dit artikel, in combinatie met de tekst van de bankgarantie en de mededeling dat de garantie geldt voor betaling van al hetgeen verkrijgers van onderneemster te vorderen hebben, komen appèlarbiters tot de conclusie dat de bankgarantie wel degelijk mag worden gebruikt voor gebreken als het onderhavige.

Saillant is, dat onderneemster pas bij pleidooi een beroep doet op artikel 2 van de koop-/aannemingsovereenkomst, waarin verrekening van over- of overmaat is uitgesloten. De onderhavige discussie handelt immers over de oppervlakte van het geleverde perceel. Verkrijgers hebben met succes aangevoerd dat dit argument tardief is. Arbiters in appèl vinden dat dit argument een grief is, die had moeten worden aangevoerd in de memorie van grieven. Deze uitleg is goed te volgen.

Maar, zelfs als arbiters in appèl dit argument hadden toegelaten, dan had het onderneemster vermoedelijk niets gebracht.

Het is mogelijk om verrekening van over- of ondermaat uit te sluiten. Echter, deze uitsluiting is niet absoluut, want kan worden doorbroken door de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. In een oude uitspraak van 26 juli 1979 (No. 9091) heeft de Raad van Arbitrage reeds geoordeeld dat bij afwijkingen groter dan 10% de redelijkheid en billijkheid zich verzet tegen een beroep op uitsluiting van verrekening; meer recent is dit onder ander bevestigd een uitspraak van 15 november 2011 (No. 71.611). In het onderhavige geval is sprake van een ondermaat van 11%. In een uitspraak van 30 januari 2014 (No. 71.835) heeft de Raad van Arbitrage ook uitspraak gedaan in een kwestie tussen onderneemster en andere verkrijgers met betrekking tot hetzelfde bouwproject als waarop de onderhavige kwestie ziet. Ook toen is geoordeeld dat onderneemster is tekortgeschoten.

mr. B.R. (Bard) van Veen
Severijn Hulshof Advocaten
<http://www.severijnhulshof.nl/> (<http://www.severijnhulshof.nl/>)

Scheidsgerecht: prof. mr. dr. M.A.B. Chao-Duvis, ing. N.J. Poolen en ir. P.A.M. van Winden
Gemachtigde appellanten, onderneemster: aanvankelijk mr. S.C. Borger, thans mr. J.H. Meerburg
Gemachtigde geïntimeerden, verkrijgers: mr. H.N. s'Jacob

Bron: RvA 7 mei 2014, No. 71.860

Brondatum: 07-05-2014

