



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## Risico-overgang bij de koop van een woning

Fikkers, M.E.L; Zirar, A.K.

### Citation

Fikkers, M. E. L., & Zirar, A. K. (2010). Risico-overgang bij de koop van een woning. *Bw-Krant Jaarboek*, 26, 23-37. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36850>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36850>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

### 3 Risico-overgang bij de koop van een woning

*Van: M.E.L. Fikkers*

*Aan: A.K. Zirar*

*Vorm: Memorie van grieven*

#### OPDRACHT

De Rechtbank Den Haag heeft op 3 oktober 2010 vonnis gewezen in de zaak Joppensz/Van der Werff. U bent advocaat van Van der Werff en bent namens hem in appel gegaan. U schrijft een memorie van grieven, waarbij u uitgaat van de door de rechtbank vastgestelde feiten. U spitst de grieven toe op de overwegingen over de risico-overgang. De aard en omvang van de schade laat u buiten beschouwing. Wel overweegt u gebruik te maken van artikel I van de Algemene bepalingen, met als kop 'Omschrijving leveringsverplichting'. Lid 6 van dit artikel bepaalt:

'De aflevering (feitelijke levering) van het verkochte alsmede van de eventueel meeverkochte roerende zaken vindt plaats bij het ondertekenen van de leveringsakte, in de feitelijke staat waarin het verkochte en/of de roerende zaken zich dan bevinden, met dien verstande dat deze staat, anders dan door toedoen van de koper, niet minder mag zijn dan de staat waarin het verkochte en de eventueel meeverkochte roerende zaken zich heden bevinden, behoudens normale slijtage. Tot de aflevering dient verkoper als een zorgvuldig schuldenaar voor het verkochte en de eventueel meeverkochte roerende zaken te zorgen.'

Hier volgt de tekst van het te bestrijden vonnis:

In de zaak van

*C. Joppensz,*  
wonende te Leiden,  
eiseres,  
advocaat mr. N. Mahfoez,

tegen

*B. van der Werff,*  
wonende te Leiden,  
gedaagde,  
advocaat mr. J. de Blois.

Partijen zullen hierna [J] en [W] worden genoemd.

## 1. De procedure

### 1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding
- de conclusie van antwoord
- de conclusie van repliek
- de conclusie van dupliek
- de akte vermeerdering van eis
- de antwoordakte wijziging eis.

### 1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

## 2. De feiten

2.1. Op 28 december 2007 heeft [W] aan [J] verkocht het recht van opstal tot en met 1 januari 2045 op een perceel grond, eigendom van de gemeente [woonplaats], staande en gelegen aan de [adres] [woonplaats], met de rechten van opstaller op de zich daarop bevindende opstallen, bestaande uit een woonboerderij met bijgebouwen, voor de koopprijs van EUR 745.000,00.

2.2. Van de koopovereenkomst maken deel uit de Algemene Bepalingen, waarvan onder het kopje 'Overmacht, risico, verzekeringen', artikel II, leden 2, 3, 4 sub b, d en e en lid 5 voor zover hier relevant het volgende bepalen:

‘2. Het risico van het verkochte en de eventueel meeverkochte roerende zaken, gaat over bij het ondertekenen van de leveringsakte.

3. Indien de verkoper wegens andere dan geringe schade aan het gebouw zijn verplichtingen slechts gedeeltelijk kan nakomen, is verkoper verplicht koper daarvan onverwijld per aangetekend schrijven in kennis te stellen met toezending van een kopie van het betreffende schrijven aan de notaris. Deze overeenkomst is dan van rechtswege ontbonden, tenzij binnen vier weken nadat de schade is meegedeeld, maar in ieder geval voor het tijdstip van levering, koper niettemin uitvoering van de koopovereenkomst verlangt. In dat geval blijft de koop van kracht, doch kan de koper de koopprijs verminderen met het bedrag van die schade.

4. Indien koper de overeenkomst wenst uit te voeren geldt voorts het volgende: (...)

b. Indien verkoper krachtens een overeenkomst van verzekering een uitkering ontvangt, wordt tussen partijen de schade geacht gelijk te zijn aan het bedrag van de verzekeringsuitkering, tenzij de koper aantoont, dat de schade de verzekeringsuitkering overtreft (...).

d. Indien het verkochte schade heeft geleden door een onheil, waartegen de verkoper geen toereikende overeenkomst van verzekering heeft afgesloten, wordt de schade door partijen in onderling overleg vastgesteld. Indien partijen daaromtrent niet tot overeenstemming komen, zal de schade worden vastgesteld door een deskundige, te benoemen op verzoek van de meest gerede partij door de rechter in wiens ambtsgebied het verkochte zich bevindt.

e. (...) indien het onder d vermelde geval zich voordoet (...) of de vaststelling van de onder d bedoelde schade vóór de door partijen overeengekomen datum van het ondertekenen van de transportakte niet mogelijk is, zal de overeenkomst op de door partijen overeengekomen datum worden uitgevoerd, met dien verstande, dat een door de notaris te bepalen bedrag van de koopprijs onder zijn berusting zal blijven, totdat het bedrag van de schade op een voor partijen bindende wijze zal zijn vastgesteld. Desgewenst dient verkoper genoegzaam zekerheid te stellen, zulks ter beoordeling van de notaris (...)

5. Verkoper is verplicht voor zijn rekening de tot het verkochte behorende opstallen bij een solide verzekeringsmaatschappij op de bij Nederlandse schadeverzekeringsmaatschappijen gebruikelijke voorwaarden voor herbouwwaarde te verzekeren en tot de ondertekening van de leveringsakte verzekerd te houden, bij gebreke waarvan koper bevoegd is bedoelde verzekering voor rekening van verkoper en in diens naam te sluiten, dan wel de bestaande verzekering uit te breiden en/of tot herbouwwaarde te verhogen. Koper heeft het recht van verkoper inzage in de desbetreffende polis en premiekwitanties te verlangen en aan de verzekeringsmaatschappij inlichtingen te vragen.'

2.3. Met betrekking tot bijzondere verplichtingen wordt in deze koopakte voorts verwezen naar een daaraan gehechte kopie van de akte van verkrijging van 1 oktober 2004, waarvan koper verklaart te hebben kennisgenomen. In deze opstalakte is onder meer in de artikelen 12 en 14 lid 6 het volgende bepaald:

'12. De opstaller is verplicht voor een volledig en behoorlijk onderhoud van de opstallen zorg te dragen en de opstallen ten genoegen van burgemeester en wethouders tegen brand- en stormschade te verzekeren en verzekerd te houden en ingeval van schade ten belope van de uit te keren assurantiepenningen te herbouwen of te herstellen.

14.6 De opstaller is verplicht tot gehele of gedeeltelijke herbouw van de opstallen over te gaan, indien deze door welke oorzaak ook zijn teniet gegaan. De opstaller is verplicht de opstallen tegen brand- en stormschade te verzekeren.'

2.4. Blijkens artikel 7 van de koopakte is overeengekomen dat de leveringsakte wordt verleden op 1 maart 2008 ten overstaan van notaris mr. H. Grasman te Leiden. Op verzoek van [J] is deze datum uitgesteld en is later bepaald dat het transport zou plaatsvinden op dinsdag 20 maart 2008 om 16.30 uur.

2.5. Op 16 februari 2008 heeft [J] de sleutels van de opstallen ontvangen; vanaf die datum heeft zij aldaar werkzaamheden verricht.

2.6. Op 17 maart 2008 is door brand een deel van de opstallen verloren gegaan, met name de voormalige boerderij. Ook de tussenbouw tussen die boerderij en het woonhuis en het woonhuis zelf hebben schade opgelopen.

2.7. Door expertisebureau Kennis en Zo B.V. te Katwijk is in opdracht van [J] de schade op basis van herbouwwaarde blijktens het daarvan opgemaakte rapport d.d. 2 mei 2008 vastgesteld op EUR 395.245,50, inclusief BTW.

2.8. [J] heeft na het aangaan van de koopovereenkomst een opstal- en inboedelverzekering afgesloten bij Universit   verzekeringen met als ingangsdatum 1 maart 2008. De door [J] geclaimde brandschade is door Universit   bij brief van 2 april 2008 afgewezen, met als reden dat er aan de zijde van [J] geen schade is geleden omdat blijktens de koopakte het pand voor risico van [W] is gebleven tot de eigendomsoverdracht. Wel wordt in deze brief aangegeven dat Universit   'als coulance' de schade aan de voor rekening van [J] gelegde vloer en de opgeslagen en in hun eigendom toebehorende keuken wil vergoeden.

2.9. [W] heeft zijn bestaande opstalverzekering beëindigd per 1 maart 2008.

2.10. Bij brief van 6 april 2008 heeft [J] aan [W] doen berichten dat zij nakoming van de koopovereenkomst verlangt onder aftrek van de schade.

2.11. Bij vonnis in kort geding van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag van 26 juli 2008 is [J] veroordeeld om binnen acht werkdagen medewerking te verlenen aan de levering van het onderhavige recht van opstal tegen de overeengekomen koopprijs van EUR 745.000,00, met dien verstande dat daarvan EUR 100.000,00 onder berusting van de notaris dient te blijven totdat op bindende wijze zal zijn vastgesteld wie de schade moet dragen en wat het bedrag van de schade is.

Dit transport heeft vervolgens op 3 augustus 2008 plaatsgevonden.

### 3. Het geschil

3.1. [J] vordert samengevat - na wijziging van eis: primair de verklaring voor recht (I) dat het risico van de opstallen is overgegaan van [W] op [J] bij het ondertekenen van de leveringsakte op 3 augustus 2008 en (II) dat de schade aan de opstallen door [W] moet worden gedragen, (III) te begroten naar de herbouwwaarde c.q. de herstellkosten; onder veroordeling van [W] in de proceskosten, met rente en nakosten.

3.2. [W] voert gemotiveerd verweer.

3.3. Op hetgeen over en weer is aangevoerd wordt hierna - voor zover terzake dienend - bij de beoordeling teruggekomen.

#### 4. De beoordeling

4.1. [J] verlangt uiteindelijk ondanks de brand - als gevolg waarvan [W] zijn verplichtingen slechts gedeeltelijk zal kunnen nakomen - uitvoering van de koopovereenkomst. Zij beroept zich daarbij op de aan de koper in artikel II lid 3 van de Algemene Bepalingen geboden mogelijkheid tot vermindering van de koopprijs met het bedrag van de schade. Deze bedraagt volgens [J] - als door Kennis en Zo aangegeven op basis van herbouwwaarde - EUR 395.245,50, welk bedrag nadien is verhoogd tot EUR 410.000,35 wegens aanpassing aan het prijspeil 2009. De overige herstelkosten (waaronder die van Essent, KPN, waterleiding en leges sloop- en bouwvergunning) leiden ertoe dat [J] uiteindelijk uitkomt op een totaal bedrag aan schade van EUR 415.230,44.

4.2. Partijen houdt dienaangaande primair verdeeld op wie het risico van het verkochte rust op het moment van de brand, te weten 17 maart 2008. Voorop heeft daarbij te staan dat partijen op 28 december 2007 blijkens artikel II lid 2 van de Algemene Bepalingen zijn overeengekomen dat het risico overgaat bij het ondertekenen van de leveringsakte, welke datum in artikel 7 is bepaald op 1 maart 2008. Als onvoldoende bestreden staat enerzijds evenwel vast dat [J] op 27 februari 2008 aan [W] heeft medegedeeld dat die leveringsakte niet op 1 maart 2008 kon worden verleden (daar de koper van de woning van [J] de koopsom niet tijdig had voldaan, terwijl zij die opbrengst nodig had om op haar beurt de koopprijs aan [W] te kunnen betalen). Anderzijds is in confesso dat [J] de sleutels van de opstallen reeds op 16 februari 2008 had ontvangen. In het bijzonder vanwege dat laatste betoogt [W] dat aan [J] alstoen het bezit is verschaft en in het verlengde daarvan (mede vanwege een aantal andere omstandigheden van het geval die hierna nog aan bod komen) stelt hij dat hij weliswaar een expliciete afspraak - in afwijking van artikel 7 van de koopakte - over de overgang van het risico per 1 maart dan wel 16 februari 2008 niet kan bewijzen, doch dat een zodanige impliciete bedoeling bij partijen wel heeft voorgezeten. De rechtbank volgt [W] daarin niet en overweegt daartoe het volgende.

Uit het gegeven dat [J] (kort na het ondertekenen van de koopakte) een opstalverzekering per 1 maart 2008 is aangegaan terwijl [W] de zijne per die datum heeft opgezegd, is die beweerdelijke impliciete bedoeling in ieder geval niet af te leiden, waar het immers veeleer voor de hand ligt dat een en ander samenhang met meergemelde aanvankelijke datum van transport.

Ook overigens kan niet worden geconcludeerd dat [W] uit de uitlatingen en gedragingen van [J] redelijkerwijs het (eerder) overgaan van het risico heeft mogen afleiden. In het overgelegde email-verkeer uit deze periode wijst niets er immers op dat men zich bewust is geweest van onderhavige problematiek. In dat verband is door [W] in zijn conclusie van antwoord nog gerefereerd aan een telefoongesprek van 8 maart 2008 waarin hij zich tegenover de notaris beklaagde over het feit dat de afgesproken datum van de overdracht (1 maart

2008) was verdaagd, in welk gesprek die notaris volgens [W] met geen woord gerept zou hebben over de mogelijke gevolgen van dit uitstel ten aanzien van de risicoregeling. Terzijde merkt de rechtbank dienaangaande in het algemeen op dat een notaris als bij uitstek deskundig op het terrein van het rechtsverkeer in onroerende zaken is te beschouwen en dat op mr. Grasman als instrumenterende notaris wellicht een informatie-, c.q. waarschuwingsplicht ter zake rustte, doch deze kwestie is in deze procedure niet aan de orde.

Blijkens de e-mail van 9 maart 2008 heeft [W] aan [J] het volgende bericht: 'Het lijkt mij overigens voor jou én mij wel goed dat alles formeel geregeld is vóór jouw verhuizing van 23 maart. Ik ga dan ook akkoord met je voorstel om 20 maart de overdracht van mijn huis te regelen.' De rechtbank leest daarin een ongeclausuleerde instemming met de voorgestelde nieuwe datum van transport, 20 maart 2008, die daarom als zodanig tussen hen als (nader) overeengekomen heeft te gelden. Al met al moet het ervoor worden gehouden dat het litigieuze risico eveneens eerst per die datum van 20 maart 2008 zou overgegaan, conform het nog steeds geldende artikel II lid 2. Voormelde sleuteloverdracht per 16 februari 2008, het gegeven dat [J] aansluitend is gestart met de verbouwing en per 1 maart 2008 de energiecontracten heeft overgenomen, maken dit alles tenslotte niet anders.

4.3. Op grond van het in 4.2. overwogene dient ervan te worden uitgegaan dat het risico van de opstallen eerst is overgegaan op [J] bij het ondertekenen van de leveringsakte op 3 augustus 2008. De door de brand ontstane schade moet dientengevolge door [W] worden gedragen. Vervolgens is van belang wat als 'schade' is te kwalificeren. [J] betoogt op de voet van artikel II lid 5 van de Algemene Bepalingen dat de herbouwwaarde bepalend is: [W] is tekort geschoten in zijn verplichting de tot het verkochte behorende opstallen bij een solide verzekeringsmaatschappij op de bij Nederlandse schadeverzekeringsmaatschappijen gebruikelijke voorwaarden voor herbouwwaarde te verzekeren en tot de ondertekening van de leveringsakte verzekerd te houden, een en ander te lezen in verbinding met het bepaalde in lid 4 sub b ('Indien verkoper krachtens een overeenkomst van verzekering een uitkering ontvangt, wordt tussen partijen de schade geacht gelijk te zijn aan het bedrag van de verzekeringsuitkering').

Aldus miskent [J] echter - wat er van haar redenering in dezen verder ook zij - dat in het geciteerde lid 5 met zoveel woorden tevens is bepaald dat bij gebreke van een dergelijke door verkoper gesloten verzekering 'koper bevoegd is bedoelde verzekering voor rekening van verkoper en in diens naam te sluiten, dan wel de bestaande verzekering uit te breiden en/of tot herbouwwaarde te verhogen. Koper heeft het recht van verkoper inzage in de desbetreffende polis en premiekwitanties te verlangen en aan de verzekeringsmaatschappij inlichtingen te vragen.'

[J] heeft klaarblijkelijk niet om bedoelde inzage verzocht en evenmin gebruik gemaakt van vooromschreven bevoegdheid om die verzekering tot

herbouwwaarde in naam van [W] te sluiten. Gesteld noch gebleken is dat zij onderhavige kwestie op 27 februari 2008 zelfs maar onder de aandacht van [W] heeft gebracht, hetgeen naar het oordeel van de rechtbank wel op haar weg had gelegen aangezien het [J] was die de overeengekomen opleveringsdatum van 1 maart 2008 kort daarvoor had afgeblazen. Onder deze omstandigheden is het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid hoe dan ook onaanvaardbaar dat [J] zich met succes zouden kunnen beroepen op de hiervoor geciteerde bepalingen ter adstructie van hun stelling dat [W] gehouden zouden zijn tot schadevergoeding op basis van herbouwwaarde. Niet valt in te zien dat de in de opstalakte opgenomen verplichting (ten genoegen van burgemeester en wethouder) tot herbouw van de opstallen aan vorenstaande conclusie in enigerlei opzicht zou kunnen afdoen.

4.4. Gelet op voormelde specifieke omstandigheden valt in dezen onder 'schade' niet de met herstel gemoeide kosten; anders dan [J] ingang wil doen vinden dwingen de in de jurisprudentie ontwikkelde criteria (zoals in HR 7 mei 2004, NJ 2005, 76) daartoe namelijk niet. De rechtbank is overeenkomstig het subsidiaire standpunt van [W] van oordeel dat de schade in het onderhavige geval in beginsel dient te worden begroot op basis van de waardevermindering die de opstallen vanwege de brand hebben ondergaan, waartoe de benoeming van een deskundige in de rede ligt. Van belang zijn daarbij in het bijzonder de bouwkundige staat van het verkochte ten tijde van de koop en de restwaarde van de goeddeels als verloren te beschouwen gebouwen. Volgens [J] verkeerde de als schuur dienst doende boerderij bij de koop in een redelijke conditie, doch volgens [W] was daarvan geenszins sprake. Laatstgenoemde heeft ter zake bij conclusie van antwoord in het geding gebracht de producties 6, 7 en 8, die taxatierapporten behelzen van respectievelijk 15 september 2004, 8 december 2007 en 21 mei 2008; volgens hem zou - uitgaande van de door Kennis en Zo begrote kosten voor het herstel van de woning en de tussenbouw en de opruimingskosten ad EUR 50.500,00 - de onderhavige waardevermindering van de schuur zijn te begroten op EUR 29.500,00.

De rechtbank heeft behoefte aan nader overleg met partijen over de vraagstelling aan de door haar te benoemen deskundige en wie daarvoor in aanmerking komt. Zij zal daartoe een comparitie bevelen, die tevens zal worden aangewend om meer in het algemeen inlichtingen over de zaak te vragen en in het bijzonder over de door Universit  aan [J] 'uit coulance' gedane uitkering ad EUR 35.000 en de door [J] alsnog gevorderde overige kosten (waaronder die van Essent, KPN, waterleiding en leges sloop- en bouwvergunning).

Als te doen gebruikelijk zal deze zitting tevens worden benut om te onderzoeken of partijen het op een of meer punten met elkaar eens kunnen worden.

4.5. Partijen kunnen zich op de zitting laten bijstaan door een eigen bouwkundig adviseur.



4.6. De rechtbank wijst erop dat zij uit een niet verschijnen van een partij ter comparitie de gevolgtrekkingen - ook in het nadeel van die partij - kan maken die zij geraden zal achten.

4.7. De rechtbank is voornemens de comparitie op zo kort mogelijke termijn te houden.

#### 5. De beslissing De rechtbank

5.1. beveelt een verschijning van partijen, bijgestaan door hun advocaten, voor het geven van inlichtingen en ter beproefing van een minnelijke regeling op de terechtzitting van mr. M. Alva in het gerechtsgebouw te Den Haag aan de Prins Clauslaan 1 op een door de rechtbank vast te stellen datum en tijd,

5.2. bepaalt dat de partijen dan in persoon aanwezig moeten zijn,

5.3. bepaalt dat de zaak weer op de rol zal komen van [datum] voor het opgeven van de verhinderdagen van de partijen en hun advocaten op de maandagen, dinsdagen, donderdagen en vrijdagen in de maanden december en januari 2010/11 , waarna dag en uur van de comparitie zullen worden bepaald,

5.4. bepaalt dat bij gebreke van de gevraagde opgave(n) de rechtbank het tijdstip van de comparitie zelfstandig zal bepalen,

5.5. bepaalt dat na de vaststelling van het tijdstip van de comparitie dit in beginsel niet zal worden gewijzigd,

5.6. wijst partijen er op, dat voor de zitting twee uur zal worden uitgetrokken,

5.7 overweegt dat tussentijds appel is toegestaan, met als gevolg dat de comparitie tot nader order wordt aangehouden,

5.8. houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit vonnis is gewezen door mr. M. Alva en in het openbaar uitgesproken op 3 oktober 2010.

## UITWERKING

## 1 INLEIDING

Bij appeldagvaarding van 1 november 2010 is Van der Werff in beroep gekomen tegen het vonnis van de rechtbank Den Haag van 3 oktober 2010 (1573 HAZA 0310). Van der Werff is ontzet over de uitkomst van de eerste instantie. Hoewel op de vaststelling van de feiten weinig valt af te dingen (paragraaf 2), zijn daaraan in de bestreden beslissing (paragraaf 3) onjuiste juridische gevolgen verbonden (paragraaf 4).

## 2 DE FEITEN

Kort en goed zijn de feiten van de zaak als volgt:

2.1 Van der Werff heeft op 28 december 2007 het recht van opstal ter zake van zijn woonhuis – de boerderij – verkocht aan Joppensz voor EUR 745.000. Aanvankelijk zou de levering plaatshebben op 1 maart 2008. Joppensz ging ervan uit dat zij op die datum haar vorige woonhuis zou hebben verkocht en geleverd, zodat zij de verwerving van de boerderij makkelijk kon financieren. Zij werd teleurgesteld in haar verwachting en vroeg en verkreeg medewerking om de levering van het opstalrecht uit te stellen (r.o. 4.2 van het bestreden vonnis).

2.2 Aangezien Van der Werff de boerderij inmiddels had ontruimd en Joppensz enkele verbouwingswerkzaamheden wenste uit te voeren, stelde Van der Werff haar in de gelegenheid deze werkzaamheden vooruitlopend op de levering uit te voeren. Zo gezegd, zo gedaan. Op 16 februari 2008 verkreeg Joppensz de sleutels van de boerderij.

2.3 Op 17 maart 2008 brandde de boerderij af. De kosten om de boerderij op te bouwen bedragen EUR 415.230,44.

2.4 Van der Werffs opstalverzekering liep tot de oorspronkelijk overeengekomen datum van levering, 1 maart 2008. Per die datum heeft Joppensz een opstalverzekering ter zake van de boerderij afgesloten.

2.5 De levering had uiteindelijk pas op 3 augustus 2008 plaats.

2.6 De rechtbank heeft deze feiten in r.o. 2.1-2.11 en 4.2 juist vastgesteld. Zij heeft er evenwel onjuiste conclusies aan verbonden.

### 3 DE BESTREDEN BESLISSING

3.1 De rechtbank stelt in r.o. 4.2 voorop dat partijen op 28 december 2007 blijkens artikel II lid 2 van de Algemene Bepalingen zijn overeengekomen dat het risico overgaat bij het ondertekenen van de leveringsakte, welke datum in artikel 7 is bepaald op 1 maart 2008 en later is bepaald op 20 maart 2008.

3.2 Weliswaar heeft Joppensz de sleutels van de opstallen al op 16 februari 2008 ontvangen, maar de rechtbank acht dit zonder betekenis voor de toepassing van artikel II lid 2, aangezien partijen de opstalverzekering hebben opgezegd (Van der Werff) respectievelijk gesloten (Joppensz) per 1 maart 2010 en deze datum niet is gewijzigd. Daarmee kan uit de afspraak over de feitelijke aflevering niet de impliciete bedoeling worden afgeleid dat het risico per 16 februari 2008 is overgegaan (r.o. 4.2). Ook overigens vindt de rechtbank geen aanknopingspunten in het dossier om aan te nemen dat de risicoregeling is gewijzigd ten opzichte van wat uitdrukkelijk is overeengekomen.

3.3 Op grond hiervan is de rechtbank van oordeel dat het risico van de opstallen eerst is overgegaan op Joppensz bij het ondertekenen van de leveringsakte op 3 augustus 2008. De door de brand ontstane schade moet dientengevolge door Van der Werff worden gedragen (r.o. 4.3).

### 4 GRIEF

4.1 Van der Werffs grieven tegen het bestreden arrest laten zich vangen in twee grieven:

- (1) Ten onrechte heeft de rechtbank aan haar oordeel ten grondslag gelegd dat volgens de overeenkomst tussen Van der Werff en Joppensz op de transportdatum het risico overgaat op de koper, in plaats van het moment van feitelijke aflevering of van de oorspronkelijke transportdatum (artikel I lid 6 Algemene Bepalingen die de rechtbank buiten beschouwing heeft gelaten).
- (2) Ten onrechte heeft de rechtbank nagelaten te onderzoeken of het beroep op de contractuele risicoregeling – zoals uitgelegd door de rechtbank – naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

#### *Toelichting grief 1*

4.2 De wet formuleert in art. 7:10 lid 1 BW het uitgangspunt dat het risico van achteruitgang of tenietgaan van een zaak voor rekening van de koper is 'van de aflevering af'. Van doorslaggevende betekenis moet zijn of Van der Werff en Joppensz hiervan af hebben willen wijken in de koopovereenkomst die zij

op 28 december 2007 met elkaar sloten. Hiertoe dienen de relevante bepalingen uit de koopovereenkomst uitgelegd te worden overeenkomstig de zin die partijen over en weer redelijkerwijs aan de bepaling mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten (HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 *Ermes/Haviltex*). Dit dient beoordeeld te worden aan de hand van alle omstandigheden van het concrete geval.<sup>1</sup> In deze zaak zijn voornamelijk de context van de contractuele bepaling, meer specifiek de structuur,<sup>2</sup> en de aard en overige inhoud<sup>3</sup> van het contract, alsmede de gedragingen van partijen van belang.<sup>4</sup> Hierna zal achtereenvolgens op deze drie punten worden ingegaan.

#### *Structuur van de overeenkomst*

4.2.1 Allereerst dient overwogen te worden dat het uitsluiten van de risico-overgang bij een feitelijke (af)levering een ingrijpende afwijking is van wat expliciet in de wet hieromtrent geregeld is. De verkoper neemt het risico op zich ondanks het feit dat hij geen feitelijke macht meer uitoefent over de betreffende zaak. Van der Werff heeft dit volgens de rechtbank gedaan in art. II lid 2.<sup>5</sup> Nu niet is gebleken dat partijen of de notaris op enig moment over een afwijkende risicoverdeling gesproken hebben – hetgeen wel te verwachten zou zijn gezien de gevolgen voor de positie van partijen – dient de litigieuze bepaling uitgelegd te worden door interpretatie van de contractsinhoud.<sup>6</sup> In dit verband laat de rechtbank ten onrechte buiten beschouwing het feit dat de beknopte bepaling vastgelegd is in de kleine letters van het contract onder de titel ‘Algemene Bepalingen’ en niet gepaard gaat met enige vermelding van een beoogde afwijking van de wet.

#### *Aard en overige inhoud van de overeenkomst*

4.2.2 Aan het artikel waarin o.a. de risico-overgang wordt geregeld gaat vooraf artikel I met het kopje ‘Omschrijving leveringsverplichting’. Lid 6 van dit artikel bepaalt:

‘De aflevering (feitelijke levering) van het verkochte alsmede van de eventueel meeverkochte roerende zaken vindt plaats bij het ondertekenen van de leverings-

---

1 J.W.A. Hockx, *Koop en levering van vastgoed*, Den Haag: Sdu 2006, p. 126.

2 HR 18 november 1983, NJ 1984, 272 (*Kluft/B en W supermarkten*).

3 HR 19 oktober 2007, NJ 2007, 565 (*Vodafone/ECT*), r.o. 3.4.

4 Asser/Hartkamp, *Verbintenissenrecht: Algemeen Overeenkomstenrecht deel 6-III*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 364 en 376; J.W.A. Hockx, *Koop en levering van vastgoed*, Den Haag: Sdu 2006, p. 126.

5 ‘Het risico van het verkochte en de eventueel meeverkochte roerende zaken, gaat over bij het ondertekenen van de leveringsakte’, aldus art. II lid 2 van het contract.

6 HR 18 november 1983, NJ 1984, 272 (*Kluft/B en W supermarkten*), r.o. 1.

akte, in de feitelijke staat waarin het verkochte en/of de roerende zaken zich dan bevinden, met dien verstande dat deze staat, anders dan door toedoen van de koper, niet minder mag zijn dan de staat waarin het verkochte en de eventueel meeverkochte roerende zaken zich heden bevinden, behoudens normale slijtage. Tot de aflevering dient verkoper als een zorgvuldig schuldenaar voor het verkochte en de eventueel meeverkochte roerende zaken te zorgen.<sup>7</sup>

4.2.3 Duidelijk is dat partijen oorspronkelijk een volledige afhandeling van de koop op 1 maart 2008 beoogden waarbij feitelijke levering en het ondertekenen van de leveringsakte zouden samenvallen. Logischerwijs wilden partijen bij deze gelegenheid ook het risico over doen gaan. Noch uit de overeenkomst noch uit enige communicatie van partijen of de notaris blijkt dat partijen bij het sluiten van de overeenkomst rekening hebben gehouden met de situatie dat feitelijke levering op een eerder gelegen moment zou geschieden.

4.2.4 Joppensz heeft echter reeds op 16 februari de sleutels van de woonboerderij in ontvangst genomen. Zij is vanaf deze datum gestart met de verbouwing van de boerderij (r.o. 2.5). Op 1 maart heeft de feitelijke aflevering nog meer reliëf gekregen doordat vanaf deze datum de nutscontracten en een verzekering van de betreffende opstallen op naam van Joppensz stonden, terwijl nog geen ondertekening van de leveringscontracten had plaatsgevonden. Daarmee wijkt de feitelijke situatie ver af van de gang van zaken die partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen hadden. Mede in overweging nemende dat het in deze zaak niet om een commercieel contract gaat tussen twee professionele partijen en dat het contract van partijen niet de pretentie van uitputtendheid kan hebben, dient in dit geval meer belang gehecht te worden aan de bedoeling van partijen ingevolge de Haviltex-maatstaf en minder aan een louter taalkundige uitleg van de litigieuze contractuele bepaling.<sup>7</sup> De rechtbank houdt daarom in haar overwegingen in r.o. 4.2 ten onrechte vast aan de letterlijke bewoordingen van het contract.

#### *Gedragingen van partijen*

4.2.5 De Hoge Raad heeft herhaaldelijk geoordeeld dat ook de gedragingen van partijen na het sluiten van de overeenkomst aanwijzingen vormen omtrent de wijze waarop zij hun afspraak hebben opgevat c.q. omtrent hetgeen zij met hun afspraak hebben beoogd (HR 20 mei 1994, NJ 1994, 574 (*Gasunie/Anloo*),

---

<sup>7</sup> HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (*Ermes/Haviltex*), HR 20 februari 2003, NJ 2005, 493 (*DSM/Fox*), HR 19 januari 2007, NJ 2007, 575 (*Meyer Europe/Pont Meyer*). Zie ook: Asser/Hartkamp, *Verbindenissenrecht: Algemeen Overeenkomstenrecht deel 6-III*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 371 en 372.

r.o. 3.3).<sup>8</sup> In deze zaak duiden de gedragingen van partijen erop dat zij meenden dat op 17 maart het risico bij Joppensz berustte. Dit blijkt allereerst uit het feit dat de verzekering van Van der Werff op 1 maart afliep terwijl de verzekering van Joppensz toen aanving (r.o. 4.2). Geen van beiden heeft reden gezien hierin verandering te brengen nadat Joppensz op 27 februari te kennen gaf dat de eigendomsoverdracht moest worden uitgesteld. Een en ander komt nog duidelijker naar voren op het moment dat Joppensz, na de brand van 17 maart, de schade laat vaststellen door expertisebureau Kennis en Zo B.V. en vervolgens een claim ter hoogte van het getaxeerde bedrag indient bij haar verzekeraar (r.o. 2.8). Bovenstaande redenering behoort te worden onderscheiden van de zogenaamde 'assurance oblige' gedachte. In het aansprakelijkheidsrecht wordt wel betoogd dat de verzekerbaarheid van een risico een rol speelt bij het aanvaarden van aansprakelijkheid zonder schuld.<sup>9</sup> In de onderhavige zaak is slechts relevant dat de omstandigheden erop duiden dat partijen hebben beoogd het risico te doen overgaan.<sup>10</sup>

4.2.6 Genoemde gedragingen leiden, in combinatie met de hierboven beschreven contextuele omstandigheden, tot de conclusie dat partijen met hun overeenkomst van 28 december 2007 redelijkerwijs niet voor ogen kunnen hebben gehad te allen tijde de risico-overgang te verbinden aan het ondertekenen van de leveringsakte. Aangenomen moet worden dat met de feitelijke aflevering op 16 februari of in elk geval met de oorspronkelijke leveringsdatum op 1 maart, het risico van achteruitgang of tenietgaan overging op Joppensz.

#### *Toelichting grief 2*

4.3 In het geval uw Hof tot de conclusie komt dat met het contract wél beoogd is te allen tijde de risico-overgang te verbinden aan het tekenen van het leveringscontract dan komt Joppensz op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid hierop geen beroep toe.

4.3.1 De hierboven geschetste omstandigheden zijn wederom van belang. Daarbij komt dat het uitstellen van de eigendomsoverdracht aan Joppensz te wijten is. Deze confronteerde Van der Werff op 27 februari, slechts twee dagen voor de overeengekomen transportdatum, met het feit dat de eigendomsoverdracht op 1 maart geen doorgang kon vinden. De reden hiervoor was dat Joppensz de financiering nog niet rond had. Van der Werff werd

---

8 Zie voor een opsomming van relevante uitspraken: R.P.J.L. Tjittes, *Uitleg van schriftelijke contracten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009. Zie ook: Asser/Hartkamp, *Verbintenissenrecht: Algemeen Overeenkomstenrecht deel 6-III*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 363.

9 T. Hartlief, 'Contractuele risicoverdeling, de rechter en het verzekeringsaspect', *WPNR* 2004, 6601, p. 947, J.H. Nieuwenhuis, *RM Themis* 1987, p. 210, T. Hartlief en R.P.J.L. Tjittes, *Verzekering en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 21-23.

10 T. Hartlief en R.P.J.L. Tjittes, *Verzekering en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 21.

hierdoor geconfronteerd met een situatie waarbij hij slechts kon kiezen om in een zeer laat stadium de verkoop af te blazen, dan wel Joppensz korte tijd te gunnen om alsnog de overeenkomst na te komen. Als Van der Werff in een dergelijk geval voor de laatste optie kiest dient dit in de risicosfeer van Joppensz te liggen.

4.3.2 Het Hof Leeuwarden kwam in zijn arrest van 16 februari 2010, in een sterk gelijkende zaak, tot dezelfde conclusie.<sup>11</sup> Het Hof overwoog in r.o. 10.1:

‘Voor dit oordeel is met name redengevend dat als gevolg van omstandigheden aan de zijde van [appellanten] op 1 maart 2007 een door [geïntimeerde] niet verwachte en van de partijbedoelingen afwijkende situatie is ingetreden waarin [geïntimeerde] slechts de overeenkomst met [appellanten] konden beëindigen dan wel korte tijd afwachten of [appellanten] alsnog zouden nakomen. Deze omstandigheden lagen in de risicosfeer van [appellanten] en leveren in hun verhouding tot [geïntimeerde] geen overmacht op.’

Hierbij overwoog het Hof ook dat in een geval als het onderhavige de koper niet zonder zich ervan te vergewissen of dit terecht is erop mag vertrouwen dat de verkoper de tegenwoordigheid van geest heeft om zijn verzekering te doen herleven of door te laten lopen (r.o. 10.1). Joppensz komt bijgevolg in redelijkheid geen beroep toe op het bepaalde in art. II lid 2 van de koopovereenkomst.

## 5 TEN SLOTTE

5.1 Dat het Uw Hof behage, te vernietigen het vonnis waarvan appel en opnieuw rechtdoende alsnog bij arrest, uitvoerbaar bij voorraad voor zoveel wettelijk toegestaan de vorderingen van geïntimeerde af te wijzen en haar te veroordelen in de proceskosten in beide instanties.

(Aantal woorden: 1986)

---

11 Hof Leeuwarden 16 februari 2010, L/JN BL4456.

## C O M M E N T A A R

Abdel, je hebt een mooie memorie van grieven geschreven, met heldere klachten tegen het bestreden vonnis. Een echte memorie bevat verwijzingen naar de stukken van de eerste instantie, maar wij hebben niet de beschikking over die stukken, dus dat is je niet euvel te duiden.

De casus is ontleend aan de zaak van het Hof Leeuwarden die je ook noemt aan het slot van de memorie. Het Hof heeft de zaak beslist met hantering van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Ik vind het goed dat jij in de eerste grief de rechtbank verwijt dat zij de overeenkomst niet goed heeft uitgelegd. Het zou heel goed kunnen dat artikel II lid 2 van de Algemene Bepalingen zo wordt uitgelegd, dat de bepaling alleen geldt voor de situatie waarin de aflevering en de ondertekening van de leveringsakte op dezelfde dag plaatshebben en dat in andere situaties voor de risico-overgang het moment van de feitelijke aflevering doorslaggevend is. Een rechter komt bij de uitleg van een overeenkomst immers vrijheid toe, zeker als partijen van mening verschillen over de uitleg van een beding. Mij spreekt ook aan dat je in de eerste grief twee mogelijkheden biedt die beide leiden tot het door jouw cliënt beoogde resultaat, door te stellen dat het risico overging of op 16 februari 2008 of op 1 maart 2008. De argumenten in punt 4.2.5 van je memorie pleiten echter niet voor een eerdere datum van risico-overgang dan per 1 maart 2008. Je betoog is ondertussen zo klemmend, dat de geïntimeerde partij het moeilijk zal hebben een derde datum te verdedigen.

Een rechtswetenschapper zal zich wellicht afvragen of het wel zin heeft de twee grieven afzonderlijk aan te voeren en vast te houden aan het onderscheid tussen de uitleg van de overeenkomst en de vraag of je er een beroep op kan doen. Als advocaat kun je zo'n lijn beter maar niet voeren – al was het maar omdat je rekening moet houden met uitspraken van de Hoge Raad waaruit volgt dat bijzondere, beperkende betekenis moet worden toegekend aan de voorwaarde van artikel 6:248 lid 2 BW dat een beroep op het overeengekomene naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet zijn. Zo'n beperking kennen wij in de uitlegmaatstaf niet. Jouw eerste grief zou dus nog wel eens makkelijker kunnen worden gevolgd dan de tweede. Gelet op het onaanvaardbaarheids criterium is het ook goed dat je in de tweede grief nog met iets nieuws komt, te weten de omstandigheid dat de koper om uitstel heeft verzocht.



