

Kroniek civielrechtelijk bouwrecht 2011 (deel I)

17

In 2011 zijn door de Raad van Arbitrage voor de Bouw maar liefst circa 700 uitspraken geweest die betrekking hebben op aanneming van bouwwerken. Daarnaast zijn in dat jaar ruim 200 uitspraken gedaan door de civiele rechter op het gebied van aanneming van werk. Omdat het gaat om een grote hoeveelheid uitspraken, is het altijd nuttig om de highlights in een kroniek terug te lezen.

In deze kroniek zullen wij een deel van deze uitspraken bespreken. Wij beperken ons daarbij tot de uitspraken die niet alleen feitelijk van aard zijn maar ook juridisch inhoudelijk interessant.

Deze kroniek is gesplitst in twee delen. In deel I komen de uitspraken van arbiters van de Raad van Arbitrage voor de Bouw aan de orde van 1 januari 2011 tot en met 30 juni 2011 en in deel II komen de uitspraken van 1 juli 2011 tot en met 31 december 2011 aan bod, alsmede de meest relevante uitspraken van de civiele rechter op het gebied van aanneming van werk. Aan het einde van deel II zullen wij tevens een samenvattend nawoord opnemen.

In dit eerste deel hebben wij de uitspraken onderverdeeld in de volgende hoofdonderwerpen, met de daarbij behorende subonderwerpen:

- Toepasselijkheid algemene voorwaarden en bevoegdheid
- Ontvankelijkheid
- Verval van recht en verjaring
- Meerwerk
- Bestekwijziging
- Vertraging
- Toerekenbare tekortkoming
- Waarschuwingsplicht
- Beëindiging in onvoltooide staat
- Oplevering
- Faillissement, retentierecht en opschorting
- Varia

1. Toepasselijkheid algemene voorwaarden en bevoegdheid

Bij aannemingsovereenkomsten is regelmatig de vraag aan de orde welke algemene voorwaarden van toepassing zijn. In een uitspraak van 11 februari 2011² verwees aannemer naar twee verschillende sets algemene voorwaarden, de UAV 1989 en haar eigen algemene voorwaarden. De sets algemene voorwaarden zijn verschillend van inhoud en in de opdrachtbevestigingen van aannemer is niet aangege-

ven of nader geregeld welke set algemene voorwaarden op welke gevallen van toepassing is. Bij de totstandkoming van de overeenkomst was voor opdrachtgever niet duidelijk voor welke algemene voorwaarden aannemer koos, zodat van een aanvaarding van algemene voorwaarden door opdrachtgever geen sprake kon zijn. Arbiters oordelen dat geen van beide sets algemene voorwaarden van toepassing is op de overeenkomst.

Bekendheid met algemene voorwaarden

In een uitspraak van arbiters van de Raad van Arbitrage van 24 mei 2011 (nr. 32.812), betwistte aannemer niet dat hij heeft verzuimd om de UAV 1989 aan opdrachtgever te overhandigen. Aannemer stelt echter dat opdrachtgever – als makelaar – beroepsmatig geacht moet worden bekend te zijn met de inhoud van de UAV 1989. Arbiters oordeelde dat in zijn algemeenheid niet gesteld kan worden dat makelaars de UAV 1989 kennen en dat makelaars bekend zijn met het arbitragebeding in die algemene voorwaarden. Opdrachtgever kon zich derhalve beroepen op de vernietigbaarheid van bepalingen in de UAV 1989.

Bevoegdheid

De bevoegdheid van de Raad van Arbitrage hangt vaak samen met de toepasselijkheid van algemene voorwaarden. In een uitspraak van 23 februari 2011 oordeelden arbiters dat niet vereist is dat in de overeenkomst zelf een arbitraal beding is opgenomen. Art. 1020 lid 5 Rv eist dat niet. Genoeg is dat de arbitrageovereenkomst is opgenomen in algemene voorwaarden waar de overeenkomst naar verwijst.³

Indien tussen partijen geen overeenkomst tot stand is gekomen, kan ook geen sprake zijn van een arbitrageovereenkomst verwijzend naar de Raad en zijn statuten. Dat een partij gebreken heeft verholpen, kan niet leiden tot een hoofdelijke verbondenheid ten aanzien van een arbitraal beding. In een uitspraak van 1 februari 2011⁴ viste een VvE om die reden achter het net.

Voor het antwoord op de vraag welke algemene voorwaarden van toepassing zijn op de overeenkomst, is van belang welke stukken de inhoud van de overeenkomst bepalen, in welk stuk de eerste verwijzing plaatsvindt naar algemene voorwaarden en of sprake is van een tweede verwijzing onder gelijktijdige afwijzing van toepasselijkheid van de eerste algemene voorwaarden.

Arbiters verklaarden zich bevoegd in een uitspraak van 26 januari 2011⁵ op basis van toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van koper. Partijen sluiten een raamovereenkomst waarin wordt verwezen naar de algemene voorwaarden van koper. Leverancier heeft vervolgens een debiteurennummer aangemaakt voor koper en heeft daarbij zijn algemene voorwaarden toegezonden. Koper

1 Leonie Mundt en Jacob Henriquez zijn beiden werkzaam als advocaat bij de sectie Bouw en Vastgoed van AKD N.V. Met dank aan hun kantoorgenoten: Floris van Westrhenen, Jeanette Luijten, Tjinta Terlien en Jaap Loman.

2 RvA 11 februari 2011, nr. 31.365, r.o. 12 en 13.

3 RvA 23 februari 2011, nr. 32.563, r.o. 8.

4 RvA 1 februari 2011, nr. 32.387, r.o. 8.

5 RvA 26 januari 2011, nr. 32.531.

heeft nadien bestellingen gedaan en leverancier heeft opdrachtbevestigingen gezonden waarbij niet werd verwezen naar algemene voorwaarden en de voorwaarden van koper ook niet van de hand werden gewezen.

Arbiters oordelen dat het aanmaken van een debiteurennummer en het toezenden van algemene voorwaarden, niet kan worden gekwalificeerd als een overeenkomst tussen partijen. De algemene voorwaarden van koper zijn van toepassing aangezien daar in de raamovereenkomst naar wordt verwezen. Arbiters verklaren zich bevoegd kennis te nemen van het geschil.

In het incidenteel vonnis van de Raad van Arbitrage van 14 april 2011 (nr. 33.041), werd de bevoegdheid van arbiters tot beslechting van het geschil door opdrachtgeefster betwist. In het bestek was bepaald dat, indien één der partijen dat verlangt, alle geschillen door de Rechtbank Amsterdam worden beslecht met uitsluiting van de Raad van Arbitrage. De curator deed een beroep op par. 43a UAV 1989. In die paragraaf is geregeld dat de opdrachtgever gerechtigd is de bankgarantie in te roepen, tenzij de Raad van Arbitrage in een spoedgeschil anders beslist. Volgens de curator bevat deze paragraaf een afzonderlijke arbitrageovereenkomst, waar in het bestek niet van is afgeweken. Opdrachtgeefster zou voortzetting geen belang hebben bij beslechting door de rechtbank in plaats van door de Raad van Arbitrage.

Arbiters zagen geen enkele aanleiding de procedure bedoeld in par. 43a lid 4 UAV 1989 te separeren van het arbitraal beding in par. 49 lid 2 UAV 1989. De formulering van par. 43a lid 4 duidt niet op een daar bedoeld afzonderlijk arbitraal beding. Par. 49 bepaalt in het algemeen dat de Raad de geschillenbeslechter is tussen partijen. Daarbij geldt dat ook de andere bepalingen in die paragraaf en andere paragrafen van de UAV 1989 betrekking hebben op de geschillenbeslechting door de Raad. Uit het systeem van de UAV 1989 volgt dat alle verwijzingen naar de Raad gebeuren op grond van par. 49 UAV 1989 en op al die verwijzingen zijn derhalve de bepalingen van par. 49 UAV 1989 van toepassing. Par. 49 is de paraplu waaronder alle andere verwijzingen naar de Raad in de UAV 1989 fungeren.

De bevoegdheid van de Raad van Arbitrage stond eveneens ter discussie in een zaak die heeft geleid tot een incidenteel vonnis van 28 april 2011 (nr. 32.665). De bevoegdheid van arbiters werd door opdrachtgeefster betwist, omdat het geschil met betrekking tot de eindafrekening reeds was beslecht door middel van bindend advies.

Arbiters waren van oordeel dat voor zover het document van 13 januari 2009 als bindend advies is te kwalificeren, dit bindend advies als zodanig geen nieuwe overeenkomst tussen partijen doet ontstaan. Wel is mogelijk dat aan het uitbrengen van een bindend advies een vaststellingsovereenkomst voorafgaat, waarbij partijen bepalen een einde aan hun geschil te maken door het laten uitbrengen van een bindend advies. Die vaststellingsovereenkomst is dan moeilijk anders te beschouwen dan als een overeenkomst, die een uitvloeisel is van de oorspronkelijke overeenkomst. Volgens de bewoordingen van par. 49 lid 2 UAV 1989 is het arbitraal beding ook op een dergelijke nadere overeenkomst van toepassing. Arbiters zijn derhalve in beginsel bevoegd kennis te

nemen van een geschil met betrekking tot de vaststellingsovereenkomst en het op grond daarvan uitgebrachte al dan niet bindende advies, inclusief de vordering tot vernietiging van dat (bindend) advies.

In een vonnis van 11 mei 2011 (nr. 31.240) hebben arbiters van de Raad van Arbitrage geoordeeld dat een mediation-clausule niet aan arbitrage in de weg staat, nu mediation een wederzijdse bereidheid veronderstelt, die hier klaarblijkelijk tussen partijen heeft ontbroken.

In een vonnis van 12 mei 2011 (nr. 32.312) hebben arbiters van de Raad van Arbitrage nogmaals bevestigd dat zij geen oordeel meer kunnen geven over klachten die reeds behandeld zijn in een GIW-vonnissen.

2. Ontvankelijkheid

De ontvankelijkheid van de eisende partij was aan de orde in een arbitraal vonnis van 21 februari 2011.⁶ Eisers waren een VOF en haar vennoten. De VOF had oorspronkelijk drie vennoten maar die zijn alle drie uitgetreden en daarvoor zijn twee nieuwe vennoten in de plaats gekomen. Verweerder stelt dat nu sprake is van een VOF met geheel nieuwe vennoten, sprake is van een andere VOF dan die waarmee zij een overeenkomst heeft gesloten. De huidige eisers kunnen volgens verweerder niet de rechten van de oorspronkelijke contractpartij inroepen zonder dat een akte van contractoverneming is gemaakt. Nu die akte ontbreekt, stelt verweerder dat eisers niet-ontvankelijk zijn.

Arbiters oordeelden dat verweerder miskent dat wisseling in het personenbestand van een VOF mogelijk is zonder dat een nieuwe vennootschap ontstaat. De VOF staat vanaf 1971 onafgebroken in het handelsregister ingeschreven en het inschrijvingsnummer is ongewijzigd gebleven. De VOF is blijven voortbestaan en eisers zijn ontvankelijk.

In het vonnis van arbiters van de Raad van Arbitrage van 28 april 2011 (nr. 32.975) zijn door opdrachtgevers lekkages aan de orde gesteld. Er is schadevergoeding toegewezen waarmee het herstel door derden kon plaatsvinden. Het herstel door derden heeft inmiddels plaatsgevonden. De lekkages zouden echter niet zijn verholpen en opnieuw zijn toegenomen. Opdrachtgevers maken alsnog aanspraak op de garantiebepalingen uit het bestek.

Aanneemster stelt – allereerst – dat de vordering van opdrachtgevers leidt tot het opnieuw behandelen van een kwestie waarover reeds vonnis is gewezen, hetgeen moet leiden tot niet-ontvankelijkheid. Arbiters overweegt dat aanneemster hier kennelijk doelt op het ‘ne bis in idem’-beginsel. Dit beginsel levert in het burgerlijk procesrecht evenwel geen formele grond op tot niet-ontvankelijkheid. Het bij herhaling instellen van eenzelfde vordering, dat wil zeggen met gelijke inhoud en strekking, tegenover dezelfde wederpartij kan echter wel leiden tot de conclusie dat sprake is van misbruik van procesrecht of strijd met de goede procesorde. Arbiters overwoog voorts dat aanneemster in voornoemd vonnis, waartegen geen beroep is ingesteld zodat dit onherroepelijk is geworden, reeds is veroordeeld tot het betalen

⁶ RvA 21 februari 2011, nr. 32.675.

aan opdrachtgevers van een schadevergoeding ter zake. De bedoelde garantiebepaling was mede aanleiding voor de veroordeling. Met de onderhavige kwestie wordt aanneemster aldus voor een tweede keer in een procedure betrokken ter zake van een vordering met gelijke strekking. Arbitrator is van oordeel dat een redelijke procesvoering daaraan in de weg staat.

3. Verval van recht en verjaring

Vervaltermijn

De aansprakelijkheid voor verborgen gebreken vervalt vijf jaar na oplevering of, indien een onderhoudstermijn is overeengekomen, vijf jaar na afloop van die onderhoudstermijn.⁷ Partijen kunnen daar in een overeenkomst van afwijken. Dat was het geval in een kwestie waarin de Raad een vonnis heeft gewezen op 25 maart 2011.⁸ In de overeenkomst was een bepaling opgenomen waarin stond dat aannemer aansprakelijk was voor verborgen gebreken gedurende vijf jaar na de dag waarop het werk was opgeleverd. Opdrachtgever stelde dat deze termijn moest worden verlengd met de overeengekomen onderhoudstermijn. Arbiters delen die mening niet aangezien in afwijking van par. 12 UAV 1989 geen verlenging van de vervaltermijn met de onderhoudstermijn is overeengekomen. De vervaltermijn is daarom verstreken en opdrachtgever wordt niet-ontvankelijk verklaard.

Een vervaltermijn kan niet worden gestuit. Een vordering dient binnen de vervaltermijn te worden ingesteld.

In een zaak waarin vonnis is gewezen op 16 maart 2011 had eiser binnen de vervaltermijn een vordering aanhangig gemaakt bij de rechtbank. De rechtbank verklaarde zich echter onbevoegd en nam de zaak inhoudelijk niet in behandeling. Eiser maakte na het verstrijken van de vervaltermijn een vordering aanhangig bij de Raad. Arbiters oordeelden dat de procedure niet was begonnen bij de rechtbank en voortgezet bij de Raad maar was begonnen bij de Raad, na het verstrijken van de vervaltermijn. Eiser wordt niet-ontvankelijk verklaard.

Dat een beroep op een vervaltermijn niet in strijd is met de redelijkheid en billijkheid werd geoordeeld in een vonnis van 31 januari 2011.⁹ Hoewel partijen met elkaar in onderhandeling waren gegaan over herstel van de gebreken bleek uit een brief dat aannemer als standpunt had ingenomen dat hij aan zijn verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst had voldaan en niet zonder meer gebreken zou herstellen. In de brief was ook aangegeven dat voorstellen slechts coulanche halve werden gedaan. Kopers hebben bovendien zelf ingezien dat een risico op termijnoverschrijding bestond aangezien zij om formele redenen wel een pro-formageschil aanhangig hebben gemaakt. Deze pro-formaprocedure is echter pas aanhangig gemaakt na afloop van de vervaltermijn. Kopers worden niet-ontvankelijk verklaard in hun vorderingen.

In een zaak die heeft geleid tot een uitspraak van arbiter van de Raad van Arbitrage van 28 juni 2011 (nr. 31.611) heeft aanneemster een beroep gedaan op de vervaltermijn zoals opgenomen in art. 16 lid 6 AV E.1992. Kopers stellen zich op het standpunt dat aanneemster zich niet kan beroepen op het verstrijken van de vervaltermijn, omdat dit in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. De problemen die kopers ondervinden deden zich reeds voor binnen de termijn van 5,5 jaar na de oplevering. Deze problemen deden zich ook voor bij veel andere woningen die onderdeel uitmaken van hetzelfde project. Aanneemster had moeten begrijpen dat het hier om een structureel probleem ging.

De uiterste datum voor het instellen van een vordering uit hoofde van een verborgen gebrek was 20 april 2005. Kopers hebben de onderhavige vordering op 22 juli 2009 ingesteld. Dit is ruim vier jaren na het verstrijken van de vervaltermijn. Uitgaande van klachten bij 13 van de 126 woningen was arbiter van oordeel dat hier geen sprake is van een structureel probleem. Kopers waren daarom niet-ontvankelijk in hun vorderingen.

Vervaltermijn par. 49 lid 3 UAV 1989

In par. 49 lid 3 UAV is opgenomen dat een geschil over de eindafrekening aanhangig gemaakt moet worden binnen 6 maanden nadat de opdrachtgever zijn definitieve beslissing daarover kenbaar heeft gemaakt. Voorwaarde daarbij is wel dat de opdrachtgever per aangetekende brief wijst op deze termijn.

In een uitspraak van 15 maart 2011¹⁰ deed een hoofdaanneemster een beroep op deze vervaltermijn tegenover een onderaanneemster. Aanneemster betoogde dat zij de onderaanneemster niet op de termijn van zes maanden hoefde te wijzen nu deze als professionele aanneemster daarmee bekend mag worden verondersteld. Arbiters gaan hier niet in mee. Het beroep van aanneemster op de vervaltermijn faalt nu niet expliciet is gewezen op de zes maanden termijn.

De vervaltermijn van par. 49 lid 3 UAV 1989 heeft ook geleid tot uitspraak nr. 31.621 (6 april 2011). Aanneemster vorderde een bedrag van € 484.921,57 ter zake verdragingskosten en meerwerk. Opdrachtgeefster heeft de vordering betwist stellende – kort samengevat – dat aanneemster op grond van par. 49 lid 3 UAV 1989 niet-ontvankelijk is in haar vordering en dat aanneemster haar rechten heeft verwerkt om aanspraak te maken op haar vordering.

Opdrachtgeefster heeft op 2 februari 2006 een (eerste) eindafrekening opgesteld (zonder rekening te houden met het meerwerk en de verdragingssschade). Opdrachtgeefster heeft op geen enkele wijze de aandacht van aanneemster gevestigd op de vervaltermijn van zes maanden die in par. 49 lid 3 UAV 1989 is opgenomen. Arbiters zijn van oordeel dat de ondubbelzinnige kennisgevingen, de lange periode gelegen tussen de eindafrekening en de memorie van eis, alsmede de zeer deskundige bedrijfsjuristen van aanneemster, niet tot gevolg hebben dat een beroep op de vervaltermijn mogelijk is, ondanks dat niet aan het vereiste in par. 49 lid 3 UAV 1989 inzake een schriftelijke kennisgeving is voldaan.

⁷ Par. 12 lid 4 en 5 UAV 1989.

⁸ RvA 25 maart 2011, nr. 30.960.

⁹ RvA 31 januari 2011, nr. 27.766, r.o. 16.

¹⁰ RvA 15 maart 2011, nr. 30.252, r.o. 16.

Arbiters overwegen daartoe dat opdrachtgeefster – die zelf de toepasselijkheid van de UAV 1989 heeft laten voorschrijven – via par. 49 lid 3 UAV 1989 een vrij korte vervaltermijn kan laten ontstaan en dat het verstrijken van een vervaltermijn vergaande gevolgen met zich brengt. Arbiters kwamen tot de conclusie dat opdrachtgeefster geen beroep kan doen op de vervaltermijn in par. 49 lid 3 UAV 1989.

Vervaltermijn AVA 1992

In een uitspraak van arbiters van de Raad van Arbitrage van 29 april 2011 (nr. 31.602) ging het geschil over de vraag of sprake was van een ernstig gebrek. De verjaringstermijn voor verborgen gebreken opgenomen in art. 10 AVA 1992 bedraagt 5 jaar. Voor ernstige gebreken is de termijn 10 jaar. De aangetroffen scheurvorming in en bij de aanbouw moet naar het oordeel van arbiters worden aangemerkt als geringe zettingsscheuren die passen bij het bouwen op staal. De hechtheid van de constructie is door de geconstateerde scheurvorming niet in gevaar. Dat betekent dat geen sprake is van een ernstig gebrek in de zin van bedoeld artikel van de AVA 1992, zodat opdrachtgevers voor wat betreft dit onderdeel niet in hun vordering kunnen worden ontvangen. Voor zover opdrachtgevers hebben betoogd dat de ernst van de gebreken meebrengt dat het in strijd met de redelijkheid en billijkheid moet worden geacht dat aanneemster een beroep op de verjaringstermijn toekomt, wordt dat verworpen. Uit het voorgaande volgt immers dat geen sprake is van ernstige gebreken.

Nu geen sprake is van ernstige gebreken in de zin van de AVA 1992 kunnen opdrachtgevers niet worden ontvangen in de daarop gebaseerde vorderingen.

Verjaring

Op 4 april 2011 (nr. 71.548) hebben arbiters van de Raad van Arbitrage in hoger beroep uitspraak gedaan over de verjaring van een vordering van opdrachtgever. Art. 7:761 BW (titel 12 Boek 7 BW) bepaalt dat een rechtsvordering wegens een gebrek in het opgeleverde werk verjaart twee jaar nadat opdrachtgever ter zake heeft geprotesteerd.

De tekortkoming met betrekking tot (de ondersteuning van) de badkamervloer was naar het oordeel van appellarbiters een verborgen gebrek. Immers, de lichte doorbuiging van die vloer, die zich kennelijk in 2003 openbaarde, had bij oplevering van het werk redelijkerwijs niet onderkend kunnen worden. Tussen partijen is niet in geschil dat de oplevering van het werk plaatsvond in 2002, derhalve vóórdat op 1 september 2003 de nieuwe titel van aanneming van werk werd ingevoerd.

Appellarbiters overwogen dat de op 1 september 2003 ingevoerde titel aanneming van werk in het onderhavige geval – waarbij de tekortkoming is ontstaan vóór de invoering van die titel – toepassing mist. Onder het oude recht gold ook voor de aanneming van werk art. 3:310 BW. Een rechtsvordering tot vergoeding van schade verjaarde door verloop van vijf jaar na aanvang van de dag volgend op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend was geworden. Opdrachtgever had in de loop van 2003 melding gemaakt. Bij het aan-

hangig maken van het geschil op 18 oktober 2007 was de vordering tot vergoeding van de schades als gevolg van het gebrek dan ook nog niet verjaard.

Onderneemster heeft in RvA 6 april 2011 (nr. 32.045) betoogd dat de vorderingen van de VvE op grond van art. 7:761 BW zijn verjaard, nu de VvE al in mei 2004 bij onderneemster klaagde over de ondeugdelijkheid van het verrichte herstel en zij daar onderneemster vervolgens pas weer op 9 november 2006 op aansprak.

Arbiters hebben tijdens de bezichtiging ter plaatse geconstateerd dat de gebreken aan het hekwerk dezelfde gebreken zijn als door partijen op 8 januari 2001 genoteerd ten tijde van de oplevering. Gebreken die vervolgens tot de oplevering van de herstelwerkzaamheden in mei 2004, tussen partijen onderwerp van gesprek waren geweest. Arbiters hebben voorts geconstateerd dat het herstel van de gebreken door onderneemster niet deugdelijk is uitgevoerd. Er is sprake van een nog immer bestaand gebrek.

Art. 7:761 BW bepaalt dat een rechtsvordering wegens een gebrek in het opgeleverde werk verjaart twee jaar nadat de opdrachtgever ter zake heeft geprotesteerd. Arbiters zijn van oordeel dat de op 1 september 2003 ingevoerde titel aanneming van werk in het onderhavige geval, waarbij de tekortkoming een voortzetting is van een eerdere tekortkoming die dateert van voor de invoering van die titel, niet van toepassing is.

Nu al onder het oude recht sprake was van een tekortkoming blijft het oude recht derhalve van toepassing. Onder het oude recht gold ook voor aanneming van werk art. 3:310 BW. Een rechtsvordering tot vergoeding van schade verjaart door verloop van vijf jaar na de aanvang van de dag volgend op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend was geworden. De vordering van de vereniging is dan ook niet verjaard.

Stuiting verjaring

Verjaring van een vordering kan op grond van art. 3:317 BW worden gestuit. Arbiters overwegen in een vonnis van 24 maart 2011¹¹ dat het volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad moet gaan om een voldoende duidelijke waarschuwing aan de wederpartij dat hij er ook na het verstrijken van de verjaringstermijn rekening mee moet houden dat hij de beschikking houdt over zijn gegevens en bewijsmateriaal, opdat hij zich tegen een dan mogelijkerwijs alsnog ingestelde rechtsvordering behoorlijk kan verweren. Voorwaarde is steeds dat de wederpartij had behoren te begrijpen dat de eisende partij zich ondubbelzinnig haar recht voorbehoudt. Opdrachtgeefster stelt dat in de aanmaningsbrieven de vorderingen te summier zijn onderbouwd maar arbiters stellen dat aan de voorwaarden voor stuiting is voldaan.

Rechtsverwerking

Dat, indien aanneemster stilzwijgend de eindafrekening heeft aanvaard, geen sprake is van rechtsverwerking werd vastgesteld in een vonnis van 24 maart 2011.¹² Voor het

¹¹ RvA 24 maart 2011, nr. 32.238, r.o. 14 en 15.

¹² RvA 24 maart 2011, nr. 32.238, r.o. 25.

aannemen van rechtsverwerking is enkel tijdsverloop of enkel stilzitten onvoldoende. Vereist is de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden als gevolg waarvan hetzij bij de wederpartij het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de gerechtigde zijn aanspraak niet (meer) geldend zal maken, hetzij de wederpartij in zijn positie onredelijk zou worden benadeeld ingeval de gerechtigde zijn aanspraak alsnog geldend zou maken.

Een VvE vorderde in een zaak die heeft geleid tot een uitspraak van arbiters van de Raad van Arbitrage van 6 april 2011 (nr. 29.236) herstel van gebreken door aannemster. Na de mondelinge behandeling heeft aannemster zich in haar nadere akte op het standpunt gesteld dat de VvE in haar vordering niet-ontvankelijk dient te worden verklaard nu de garantietermijn van drie jaar na oplevering reeds was verstreken. Arbiters oordeelde dat aannemster pas in haar nadere akte, nadat zij eerst bij antwoord en ter zitting heeft toegezegd het onderhavige herstel uit te zullen voeren, een beroep heeft gedaan op het verstreken zijn van de garantietermijn. Onder die omstandigheden was arbiters van oordeel dat dit verweer, dat ook nog na het sluiten van de onderhavige discussie voor het eerst te berde is gebracht, moet worden gepasseerd.

Klachtplicht (art. 6:89 BW)

Art. 6:89 BW bepaalt dat een schuldeiser op een gebrek in de prestatie geen beroep meer kan doen indien hij niet binnen bekwame tijd, nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijs had moeten ontdekken bij de schuldenaar ter zake heeft geprotesteerd.

Oprachtgeefster werd niet-ontvankelijk verklaard in een vonnis van 16 februari 2011¹³ aangezien zij te laat had geklaagd over beschadigde tegels. De beschadigingen hadden in april 2007 bij opdrachtgeefster bekend moeten zijn en zij klaagde voor het eerst in de memorie van eis van december 2008.

Alvorens te protesteren mag over het algemeen de uitkomst van een noodzakelijk onderzoek worden afgewacht. In de hiervoor genoemde uitspraak werd ter zake een ander gebrek echter geoordeeld dat als met dat onderzoek naar de oorzaken langere tijd zal zijn gemoeid, uit de strekking van art. 6:89 BW volgt dat de wederpartij alsnog zonder uitstel op de hoogte moet worden gesteld.

Tijdige kennisgeving aanspraken (par. 6 lid 15 UAV 1989)

Par. 6 lid 15 bepaalt dat wanneer een aannemer meent dat hij nog aanspraken jegens de opdrachtgever heeft, hij daarvan zo spoedig mogelijk kennis geeft, zodat de directie de ter zake nodige gegevens kan verzamelen.

In een uitspraak van 1 februari 2011¹⁴ oordelen arbiters dat niet aannemelijk is geworden dat aannemster spoedig nadat haar bekend was dat zij extra kosten zou gaan maken, daarvan melding heeft gemaakt. Oprachtgeefster is daarvoor eerst achteraf met een claim geconfronteerd, waar-

door haar bijvoorbeeld de mogelijkheid is ontnomen te onderzoeken of het vervoer op andere wijze mogelijk was. De vordering van aannemster wordt afgewezen.

4. Meerwerk

Schriftelijke opdracht

Meerwerk kan niet alleen schriftelijk worden opgedragen maar ook mondeling. In een uitspraak van 14 februari 2011¹⁵ werd dit (opnieuw) bevestigd. Arbiters oordelen dat ingevolge de algemene voorwaarden (UAV 1989) als ook vaste jurisprudentie van arbiters van de Raad het gemis van een schriftelijke opdracht de aanspraak op aannemster op meerwerk onverlet laat, zij het dat het bewijs, ook van de omvang van dit meerwerk, dan op aannemster rust.

In veel aannemingsovereenkomsten is expliciet opgenomen dat meerwerk schriftelijk dient te worden opgedragen. Een opdrachtgever kan zich daarop echter alleen beroepen als daaraan strikt de hand wordt gehouden.

In een uitspraak van 1 maart 2011 (nr. 31.721) was het werk van circa driemaal de oorspronkelijke omvang, opgeleverd binnen circa tweemaal de oorspronkelijke bouwtermijn van 100 werkbare werkdagen. Arbiters hebben geoordeeld dat onder die omstandigheden niet kan worden gesproken van een overschrijding van de bouwtermijn. Dat aannemster niet bij elke meerwerkopdracht vroeg om bouwtijdverlenging is, in het licht van de zeer regelmatige bouwvergaderingen waarin voortgang en (aangepaste) planning voortdurend aan de orde kwamen, begrijpelijk en betekent niet dat opdrachtgeefster – achteraf – aanspraak kan maken op korting.

In een uitspraak van 15 maart 2011¹⁶ oordeelden arbiters dat gevorderd meerwerk moest worden betaald, ondanks het ontbreken van een schriftelijke opdracht zoals in de overeenkomst was vereist. Aannemster had meerdere malen door onderaannemster uitgevoerd meerwerk geaccordeerd waaraan geen schriftelijke opdracht ten grondslag lag.

In een geschil in hoger beroep over meerwerk ging het ook om het ontbreken van een schriftelijke opdracht aangaande het meerwerk (RvA 15 april 2011, nr. 71.494). Met grief 1 kwam opdrachtgeefster op tegen het oordeel van arbiters in eerste aanleg dat het ontbreken van een schriftelijke opdracht of schriftelijke fiattering in een bouwvergadering, de aanspraak van aannemster tot verrekening van meerwerk onverlet laat. Partijen waren bij aannemingsovereenkomst niet expliciet afgeweken van het bepaalde in par. 36 lid 5 UAV 1989 dat een gemis aan een schriftelijke meerwerkopdracht de aanspraak van aannemster op meerwerkvergoeding onverlet laat, waardoor de grief van opdrachtgeefster faalde.

13 RvA 16 februari 2011, nr. 30.930, r.o. 76.

14 RvA 1 februari 2011, nr. 31.426, r.o. 52.

15 RvA 14 februari 2011, nr. 31.478, r.o.32.

16 RvA 15 maart 2011, nr. 30.252, r.o. 45.

Geen contractuele grondslag meerwerk

In een andere zaak¹⁷ had een aannemer een leerling-timmerman ingezet terwijl in de overeenkomst geen tarief voor een leerling was opgenomen. Opdrachtgever stelt dat hij niet wist dat de uren van de leerling aan hem zouden worden doorberekend. Aanneemster heeft wel tijdens het werk gemeld dat het de bedoeling was dat de leerling zou worden betaald.

Arbiters oordeelden dat, nu voor de inzet van een leerling geen tarief was overeengekomen, het op de weg van aannemster had gelegen om met opdrachtgever te komen tot een expliciete aanvullende afspraak. Door dat na te laten en eenzijdig een leerling in te zetten, mist de contractuele grondslag voor het in rekening gebrachte bedrag. De vordering wordt afgewezen. Daarbij speelt een rol dat de opdrachtgever heeft geklaagd over de kwaliteit van de leerling en dat niet is komen vast te staan dat de opdrachtgever profijt heeft gehad van de inzet van de leerling.

Tijdige melding meerwerk

In een uitspraak van 15 februari 2011¹⁸ oordeelden arbiters dat het door aannemster gevorderde meerwerk dient te worden afgewezen. Aanneemster wist dat opdrachtgever een bepaald budget ter beschikking had. Arbiters waren van oordeel dat van aannemster verwacht had mogen worden dat zij opdrachtgever tijdig had gewaarschuwd dat het veranderde bouwplan niet kon worden gerealiseerd met het ter beschikking staande budget.

In RvA 16 juni 2011 (nr. 31.023) speelde ook de discussie of het meerwerk tijdig was gemeld. Arbiters oordeelden dat uit geen enkel stuk dat in de arbitrageprocedure is overgelegd, bleek welk meerwerk aan opdrachtgeefster in de loop van het werk was gemeld. De bouwverslagen vermeldden slechts één keer dat aannemster een overzicht van het meerwerk aan de directie moest sturen. Verder werd over meerwerk in de bouwverslagen niets gemeld. Of aannemster het verzochte overzicht heeft gestuurd en wat daarin heeft gestaan is onbekend. Het laatste financiële overzicht met betrekking tot dat meerwerk is kennelijk op 12 juni 2008 opgesteld, bijna een half jaar na oplevering. Aanneemster erkent dat een en ander te laat is gemeld, maar verontschuldigt zich met de afwezigheid van de betreffende werknemer door privéomstandigheden. Arbiters waren van oordeel dat die vertraging voor risico van aannemster blijft. Onder de geschetste omstandigheden kan niet gezegd worden dat opdrachtgeefster tijdig is geïnformeerd over aard en omvang van meerwerk, zodat de vordering tardief is en wordt afgewezen.

5. Bestekwijziging

In de algemene voorwaarden van standaard GIW-contracten is opgenomen dat aannemer alleen wijzigingen mag aanbrengen als de noodzaak daarvan tijdens de uitvoering

blijkt en mits de wijziging geen afbreuk doet aan de waarde, kwaliteit, uiterlijk, aanzien en bruikbaarheid van de woning. In een aantal uitspraken van arbiters van de Raad in hoger beroep van 10 februari 2011¹⁹ oordeelden arbiters dat niet van een noodzaak tot wijziging was gebleken. Aanneemster stelde dat zij had gewijzigd naar aanleiding van vragen van kopers en om het gebruiksgemak te vergroten. Aanneemster is volgens arbiters toerekenbaar tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst door zonder instemming van kopers te wijzigen.

In een andere kwestie wijzigt onderaannemster de constructie van de kap van een woning. Voor hoofdaannemster heeft dit aanzienlijke financiële consequenties. Zij moet als gevolg daarvan een ander type vloer en een stalen spant aanbrengen. Hoofdaannemster stelt dat sprake is van een toerekenbare tekortkoming en vordert vergoeding van haar schade.

Hoofdaannemster had de gewijzigde tekeningen en constructie goedgekeurd. Onderaannemster concludeerde op basis daarvan dat hoofdaannemster met de wijziging akkoord ging.

Arbiters oordeelden²⁰ dat hoofdaannemster een aantal wezenlijke momenten ongebruikt heeft laten passeren om aan onderaannemster duidelijk te maken dat de wijziging voor haar financiële consequenties had die zij bij onderaannemster in rekening zou brengen. Onderaannemster mocht erop vertrouwen dat hoofdaannemster de wijziging had aanvaard. Hoofdaannemster kan onderaannemster niet achteraf een toerekenbare tekortkoming verwijten.

In RvA 20 april 2011 (nr. 30.911) twistten partijen over de wijze waarop een minaret is uitgevoerd. Opdrachtgeefster stelt dat deze niet is gemaakt conform tekening. Aanneemster stelt dat zij moest afwijken, omdat de voorgeschreven profielen niet meer leverbaar waren.

Arbiters oordeelden dat uit de tekeningen blijkt dat de verstijvingkokers aan de binnenzijde van de minaret geplaatst zouden worden. Het gevolg hiervan zou geweest zijn dat aan de buitenzijde een slank en strak uiterlijk bereikt zou worden. Dit is niet bereikt. Arbiters zijn van oordeel dat dit een duidelijk esthetische afwijking is. Zeker bij een gezichtsbepalend element als een minaret is dat storend. Arbiters zijn dan ook van oordeel dat aannemster deze wijziging niet zonder toestemming had mogen doorvoeren.

6. Vertraging**Bouwtijdverlenging**

Als een aannemer recht heeft op bouwtijdverlenging dan dient hij op basis van de UAV 1989 een verzoek tot bouwtijdverlenging in te dienen bij opdrachtgever, ten minste 14 dagen voor het verstrijken van de oorspronkelijke termijn (par. 8 lid 5 UAV 1989). Arbiters passeren in een uitspraak van 1 februari 2011²¹ echter het verweer van opdrachtgeefster dat het verzoek om bouwtijdverlenging te laat zou zijn

17 RvA 28 maart 2011, nr. 31.439.

18 RvA 15 februari 2011, nr. 32.125, r.o. 12 en 13.

19 nr. 71.472, 71.473, 71.474, 71.476, 71.477, 71.478.

20 RvA 20 januari 2011, nr. 31.507, r.o. 16.

21 RvA 1 februari 2011, nr. 31.426, r.o. 40.

ingediend. Het was opdrachtgeefster al in een vroeg stadium duidelijk dat aannemster een verzoek tot uitstel van oplevering wenste in te dienen. Bovendien kan opdrachtgever ook uit eigen beweging overgaan tot verlenging van de termijn. Dat had opdrachtgeefster naar het oordeel van arbiters behoren te doen.

In dezelfde uitspraak oordeelden arbiters dat de bewijslast dat het werk is vertraagd vanwege omstandigheden die voor rekening komt van opdrachtgeefster ligt bij aannemster.

In een uitspraak van 18 januari 2011²² had de aannemer niet met zo veel woorden om bouwtijdverlenging verzocht maar bleek wel uit de stukken dat de gewenste wijzigingen gevolgen voor de bouwtijd zouden hebben. Opdrachtgeefster mocht er in alle redelijkheid niet op rekenen dat de aannemster erin zou slagen op de overeengekomen datum op te leveren.

Op 21 april 2011 (nr. 31.216) hebben arbiters zich uitgelaten over het antwoord op de vraag wie verantwoordelijk was voor de ontstane vertraging. Tijdens de uitvoering van het werk was tussen partijen discussie ontstaan over de vraag of bepaalde bevestigingsmiddelen van RVS of van verzinkt staal dienden te worden gebruikt. Pas tijdens de arbitrale procedure stelde de combinatie zich op het standpunt dat de toepassing van RVS berustte op de overeenkomst. Arbiters zijn echter van oordeel dat deze vertraging ook – zij het voor een kleiner deel – aan de combinatie dient te worden toegerekend. De combinatie heeft immers tussen week 28 en week 32 (toen alsnog werd besloten RVS bevestigingsmiddelen te gaan bestellen en toepassen) nimmer het standpunt ingenomen dat de verplichting tot toepassing van RVS bevestigingsmiddelen berustte op de overeenkomst.

Werkbare dagen

Het komt regelmatig voor dat partijen discussiëren over het aantal werkbare en onwerkbare dagen. Om het juiste aantal te kunnen vaststellen, kijken arbiters de ene keer naar de gegevens van een nabij gelegen meetstation en de andere keer naar de week- of uitvoeringsrapporten van de aannemer.

In een uitspraak van 21 februari 2011²³ sluiten arbiters bij verschillen in de overgelegde gegevens aan bij de gegevens van een meetstation in de nabijheid van de woning.

In twee uitspraken van 24 februari 2011²⁴ gaven arbiters de voorkeur aan de weekrapporten aangezien deze informatie bevatten over de weersomstandigheden op de bouwplaats zelf. Dat deze weekrapporten eenzijdig zijn opgesteld doet niet af aan de bruikbaarheid, zij het dat voldoende moet blijken dat en om welke reden sprake was van onwerkbaar weer. In beide uitspraken wordt ook vastgesteld dat collectieve vrije dagen binnen een bedrijf als niet werkbaar moeten worden beschouwd.

In een uitspraak van 15 maart 2011 (32.219) oordeelden arbiters dat gegevens van een weerstation gelegen binnen een

straal van 30 km van de bouwplaats voldoende representatief zijn. Echter, nu ondernemster zelf een gedetailleerde lijst beschikbaar heeft gesteld met weergegevens van de bouwplaats zelf, prevaleert deze lijst.

Als na de geplande opleveringsdatum sprake is van onwerkbare dagen, in een periode waarover aannemster recht heeft op termijnsverlenging, moet wel rekening gehouden worden met onwerkbare dagen in de periode waarover aannemster termijnsverlenging toekomt. De termijn moet met deze dagen worden verlengd.²⁵

Overmacht

In een vonnis van 21 februari 2011²⁶ verwerpen arbiters een beroep op overmacht. Een woning werd te laat opgeleverd door scheurvorming die was opgetreden door werkzaamheden die door derden werden verricht op een belendend perceel. Arbiters oordelen dat de woning tot aan de oplevering voor risico van ondernemster blijft. Het was bekend dat op het naastgelegen perceel werkzaamheden werden verricht die tot scheurvorming zouden kunnen leiden. Dat de maatregelen die ondernemster had genomen om dit te voorkomen – achteraf – niet voldoende zijn gebleken, blijft voor rekening van ondernemster en is geen overmacht.

Diefstal van materialen kan in sommige gevallen wel als overmacht worden aangemerkt. Het bouwterrein moet dan wel deugdelijk zijn afgesloten en er moeten voldoende preventieve maatregelen zijn genomen.²⁷

In een vonnis van 15 maart 2011 (32.219) oordelen arbiters dat ondernemster het risico draagt van nutsbedrijven die hun afspraken jegens ondernemster niet nakomen en zij kan zich ten aanzien van de schade die opdrachtgevers daardoor lijden dus niet op overmacht beroepen.

Omvang schade

In een uitspraak van 24 maart 2011²⁸ discussiëren partijen over de omvang van geleden schade als gevolg van vertraging. Arbiters oordelen dat zij bevoegd zijn de schade te begroten op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is, dan wel te schatten (art. 6:97 BW). Arbiters gaan daartoe over.

In een uitspraak van 1 februari 2011²⁹ overwegen arbiters dat de meerkosten voor de uitloop als gevolg van meerwerk worden geacht in het meerwerk verdisconteerd te zijn. Gelijkluidend werd geoordeeld in een uitspraak van 23 februari 2011³⁰ waar arbiters daaraan toevoegen dat dit anders kan zijn als aannemster aantoont dat partijen anders zijn overeengekomen.

In een uitspraak van 1 maart 2011 (nr. 31.944) had aannemster naast de boete zoals opgenomen in art. 23 Stiwoga Algemene voorwaarden 2009, tevens schadevergoeding gevorderd. De appartementsrechten waren niet-tijdig afgenomen. Aannemster was van mening dat de boete op

22 RvA 18 januari 2011, nr. 31.050, r.o. 24.

23 RvA 21 februari 2011, nr. 32.319, r.o. 17.

24 RvA 24 februari 2011, nr. 32.107, r.o. 18, nr. 32.141, r.o. 18.

25 RvA 28 februari 2011, nr. 31.116, r.o. 67.

26 RvA 21 februari 2011, nr. 32.319.

27 RvA 24 februari 2011, nr. 32.107, r.o. 71; RvA 24 februari 2011, nr. 32.141, r.o. 67.

28 RvA 24 maart 2011, nr. 31.378, r.o. 18.1.

29 RvA 1 februari 2011, nr. 31.426, r.o. 42.

30 RvA 23 februari 2011, nr. 31.582, r.o. 38.

grond van art. 23 AV een zuivere prikkel tot nakoming is, zodat daarnaast volledige schadevergoeding op zijn plaats is. De bepaling is echter voor verschillende uitleg vatbaar en maakt niet duidelijk dat de boete een zuivere aansporing is om tot nakoming over te gaan. Daarmee is de bepaling niet duidelijk genoeg om te worden aangemerkt als een overeengekomen afwijking van het in art. 6:92 lid 2 BW neergelegde wettelijke uitgangspunt dat een contractuele boete moet worden beschouwd als een schadevergoedingsbeding. Arbiters oordeelden dat aannemster daarom naast de boete slechts aanspraak op schadevergoeding had voor zover het schadebedrag de boete overstijgt.

De zaak die op 18 april 2011 heeft geleid tot uitspraak nr. 30.700 betrof een geschil tussen hoofdaannemster en onderaannemster, waarin hoofdaannemster onder meer een totaal bedrag van ruim € 600.000 aan stagnatieschade vorderde.

Arbiters stellen voorop dat zij van oordeel zijn dat de kortingsregeling van par. 42 UAV 1989 van toepassing is. Arbiters gaan niet mee met hoofdaannemster in haar stelling dat deze kortingsregeling ongewild en onbedoeld in beeld is gekomen doordat partijen in overleg hebben besloten hun eigen algemene voorwaarden niet van toepassing te verklaren. Derhalve is sprake van een overeengekomen gefixeerde schadevergoeding wegens bouwtijdoverschrijding. Het totaal onder 'stagnatie/inefficiëntie' opgenomen bedrag ter hoogte van ruim € 600.000 valt onder de gefixeerde schadevergoeding, zodat arbiters deze vordering tot dit gefixeerde bedrag (€ 850,75) zullen toewijzen en voor het overige zullen afwijzen.

In een andere zaak – ditmaal in hoger beroep (RvA 21 juni 2011, nr. 71.510) – had ondernemster aangevoerd dat opdrachtgevers niet hebben gesteld, laat staan aangetoond, dat zij enige schade hebben geleden over de periode vóór 30 augustus 2006. In dit betoog volgden appellarbiters ondernemster niet. De in art. 14 lid 5 AV opgenomen bepaling heeft de strekking van een boetebeding als bedoeld in art. 6:91 BW. Het boetebeding fixeert vooraf de schade die partijen verwachten te lijden indien tekort wordt geschoten in de nakoming van de overeenkomst. Zodoende behoeft de crediteur het bewijs van bestaan en omvang van schade niet te leveren en is elk onderzoek daarnaar uitgesloten. Anders dan ondernemster stelt behoeven opdrachtgevers dan ook niet te stellen en aan te tonen dat de schade is geleden. Vanaf 17 mei 2006 is ondernemster de gefixeerde schadevergoeding per kalenderdag verschuldigd. Deze is ook verschuldigd over dagen die vakantiedagen zijn. Terecht heeft arbiter in eerste aanleg dan ook geen rekening gehouden met de bouwvakantie.

In een vonnis van arbiters van de Raad van Arbitrage van 24 juni 2011 (nr. 32.330) was tussen partijen niet in geschil dat de boete € 276,81 per kalenderdag was. De boete bedroeg daarmee over de periode 22 februari 2008 tot 11 april 2008 € 13.563,69. Aannemster stelde dat opdrachtgevers geen schade hebben geleden. Arbiters overwogen dat partijen een gefixeerde schadevergoeding zijn overeengekomen, die toewijsbaar is indien enige schade is geleden, waarbij de hoogte van de schade niet relevant is. Opdrachtgevers beto-

gen in dit verband dat zij financiële lasten dragen voor overeengekomen woongenot dat zij gedurende de bouwtijdoverschrijding niet hebben genoten. Daarmee is de schade volgens arbiters eveneens gegeven.

In RvA 28 juni 2011 (nr. 32.026) stond vast dat de extra huurkosten waren veroorzaakt door de vertraging in de oplevering. De tussen partijen overeengekomen gefixeerde schadevergoeding van € 100 per dag dient te worden aangemerkt voor alle schade die opdrachtgevers door de te late oplevering hebben geleden. Dit brengt mee dat er geen gronden zijn om opdrachtgevers – naast het toegewezen bedrag – een aanvullende schadevergoeding toe te wijzen voor schade die zij uit dezelfde oorzaak hebben geleden. Nu de door opdrachtgevers gevorderde aanvullende schadevergoeding geheel bestaat uit schade die door de te late oplevering is veroorzaakt, heeft arbiter deze vordering afgewezen.

Leegloop

In een zaak waarin vonnis is gewezen op 21 februari 2011³¹ vorderde een staalleverancier kosten van leegloop als gevolg van het voortdurend opschuiven van de planning. Partijen zijn echter geen afname van productiecapaciteit overeengekomen. Arbiters oordelen dat tussen partijen niet is vastgelegd dat er rechten kunnen worden ontleend aan een verschuiving binnen het tijdschema, zodat dit tijdschema heeft te gelden als leidraad. De vordering wordt afgewezen.

Boete

Opdrachtgever maakt in een zaak waarin een vonnis is gewezen op 28 februari 2011³² pas een half jaar na oplevering aanspraak op een boete. Aannemster stelt dat het beroep van opdrachtgeefster op de boete te laat is. Arbiters oordelen van niet. Ook na de oplevering op 2 juni zijn nog diverse werkzaamheden verricht en de aannemster heeft zelf pas op 8 oktober de eindafrekening opgesteld.

In een vonnis van 27 januari 2011³³ stelt aannemer dat opdrachtgever geen aanspraak kan maken op de boete aangezien tijdens de bouw nooit is gewaarschuwd voor het intropen daarvan. De overschrijding werd in de bouwvergaderingen niet meer bijgehouden en daaruit volgt volgens aannemer afstand van recht. Dit verweer slaagt niet. De kortingsregeling is tussen partijen overeengekomen en voor de verschuldigdheid van de korting is geen ingebrekestelling vereist (par. 42 lid 5 UAV 1989). Aannemer doet tevens een beroep op matiging van de boete en stelt dat van schade geen sprake is. Arbiters oordelen dat alleen een discussie over de omvang van de overeengekomen gefixeerde schadevergoeding kan bestaan als het is uitgesloten dat opdrachtgeefster schade kan hebben geleden. Daarvan is geen sprake.

In het geschil met nummer 32.719³⁴ maakte opdrachtgever pas 3,5 jaar na oplevering aanspraak op de korting in verband met te late oplevering. Arbiters oordeelden dat opdrachtgeefster de plicht had om binnen een redelijke

31 RvA 21 februari 2011, nr. 31.443, r.o. 17, 18, 19.

32 RvA 28 februari 2011, nr. 31.116, r.o. 78.

33 RvA 27 januari 2011, nr. 30.709.

34 RvA 14 januari 2011, nr. 32.719, r.o. 23.

termijn na oplevering aanspraak te maken op die schadevergoeding. Aannemer heeft het recht om binnen afzienbare tijd na oplevering te weten waar hij aan toe is. Alleen bij een tijdig kenbaar gemaakte aanspraak kan de aannemer nog aannemelijk maken dat een overschrijding niet aan hem is toe te rekenen. Nu opdrachtgeefster dit heeft verzuimd, zijn arbiters van oordeel dat de bewijslast op opdrachtgeefster is komen te rusten en dat zij moet aantonen dat de overschrijding aan aannemer is toe te rekenen.

Arbiters van de Raad van Arbitrage hebben op 14 april 2011 (nr. 31.871) geoordeeld of een korting mocht worden verrekend. Opdrachtgever maakte aanspraak op verrekening van de jegens hem verbeurde boete van € 250 per dag dat aannemster het werk te laat zou hebben opgeleverd (totaalbedrag € 17.250).

Voor het verbeuren van de boete beroept opdrachtgever zich op de door aannemster afgegeven tijdsplanning. Aannemster beroept zich op rechtsverwerking. Opdrachtgever zou eerder geen aanspraak hebben gemaakt op korting. Voorts zou de door aannemster afgegeven planning niet zijn gehaald vanwege de voortdurende wijzigingen die door opdrachtgever zijn doorgevoerd. Arbiters overwogen dat onbetwist is gebleven dat op verzoek van opdrachtgever vele wijzigingen in het werk hebben plaatsgevonden.

Verder is niet gebleken dat aannemster is aangeschreven inzake een haar verwijtbare overschrijding van haar (streef) planning en is gesommeerd tot een spoedige oplevering, bij gebreke waarvan de boete zou ingaan. Al met al zijn arbiters dan ook geen aanleiding voor het verrekenen van een korting.

Vertraging door uitblijven ontheffing

In een zaak waarin vonnis is gewezen op 21 januari 2011³⁵ was sprake van een vertraging van 17 maanden doordat een benodigde ontheffing pas heel laat werd verleend. Opdrachtgever stelt dat het afkomen van de ontheffing/vergunning als voorwaarde in het bestek is opgenomen en voor risico komt van de aannemer. Naar het oordeel van arbiters kan dat echter niet zover voeren dat aannemster het risico moet dragen voor een vertraging als deze. Met name niet nu in het bestek een expliciete datum is opgenomen waarop de ontheffing werd verwacht. De vertraging ligt in de risicosfeer van opdrachtgever.

7. Toerekenbare tekortkoming

Wij zullen een aantal uitspraken bespreken waarin opdrachtgevers stellen dat de aannemster toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van zijn verplichtingen. In een uitspraak van 18 maart 2011³⁶ waren partijen overeengekomen dat een ondoorzichtig glasscherm zou worden geplaatst in de muur van een achter de woning gelegen appartementencomplex van 4 meter hoog. Doel daarvan was dat inkijk in de woning werd voorkomen. De glaswand is uiteindelijk maar 2 meter hoog omdat aannemer dat met

haar opdrachtgever voor het appartementencomplex is overeengekomen.

Opdrachtgevers vorderen primair nakoming en subsidiair schadevergoeding. Arbiters oordeelt dat aannemster toerekenbaar tekort is gekomen. Arbiters wijst de vordering tot nakoming af aangezien aannemster de glaswand niet kan vervangen nu zij geen zeggenschap meer heeft over het appartementencomplex. Een schadevergoeding wegens waardevermindering van de woning wordt toegewezen.

In een kortgedinguitspraak in hoger beroep van 2 maart 2011³⁷ bestaat tussen partijen een geschil over gebreken betreffende de wind- en waterdichtheid van de glazen gevel. De gevel is aangebracht door een onderaannemer. Aannemer wijt gebrek aan het van de staat afkomstige ontwerp, de staat verwijt aannemer tekortkomingen in de uitvoering. Volgens arbiters in eerste aanleg kan zonder nader onderzoek niet worden vastgesteld wie het gelijk aan zijn zijde heeft. Aannemer is hiertegen in beroep gegaan. Naar het voorlopig oordeel van appelarbiters bestaat een gerede kans dat in de bodemprocedure geoordeeld zal worden dat aannemer via haar onderaannemer (een deel van de) ontwerpverantwoordelijkheid naar zich toe gehaald heeft en dus mogelijk al dan niet gedeeltelijk medeverantwoordelijk is voor de gebreken in het ontwerp. De grief van de aannemer faalt. Niet met voldoende zekerheid is aan te nemen dat de gevellekkages uitsluitend te wijten zijn aan ontwerpfouten van de staat.

Goed en deugdelijk werk

In RvA 12 mei 2011 (nr. 32.312) ging het om de maatstaven van goed en deugdelijk werk, die worden ingevuld naar wat in algemene zin van het werk mag worden verwacht. Arbiters oordeelden ter zake de houten delen die in de grond staan, dat dit naar maatstaven van goed en deugdelijk werk is uitgevoerd, rekening houdend met wat in algemene zin van een prieel mag worden verwacht. De levensduur van een prieel is niet gelijk aan de verwachte levensduur van bijvoorbeeld een woning, zodat aan de plaatsing van houten delen in de grond ook andere eisen kunnen worden gesteld dan bij een woning.

Deugdelijk herstel

Op 19 mei 2011 heeft arbiters geoordeeld over de deugdelijkheid van de herstelverplichtingen van aannemster (nr. 31.419). Wat was er aan de hand? Opdrachtgever en aannemster hadden een aannemingsovereenkomst gesloten ten behoeve van het realiseren van een aanbouw aan de woning. Er was een lekkage aan het dak geconstateerd. Aannemster heeft een nieuw dak aangelegd, maar wederom hadden opdrachtgevers lekkageklachten. Arbiters oordeelde dat aannemelijk is geworden dat aannemster het dak niet deugdelijk heeft hersteld en is het met opdrachtgever eens dat partijen een lang en moeizaam traject hebben doorlopen. Onder de gegeven omstandigheden acht arbiters het billijk dat opdrachtgever in de gelegenheid wordt gesteld om een derde de noodzakelijke werkzaamheden te laten

35 RvA 21 januari 2011, nr. 32.748.

36 RvA 18 maart 2011, nr. 32.553.

37 RvA 2 maart 2011, nr. 71.632.

uitvoeren, waarbij de kosten voor rekening van aannemster komen.

Verkoopbrochures

In verkoopbrochures worden nog wel eens voorzieningen voorgespiegeld die achteraf niet worden gerealiseerd.

Uit de verkoopbrochure in de zaak met geschilnummer 32.512³⁸ blijkt duidelijk dat het appartementencomplex bedoeld is voor senioren en dat er diverse voorzieningen aanwezig zullen zijn. De verkoopbrochure is aangehecht aan de overeenkomst en beide partijen hebben daarvoor getekend. De voorzieningen zijn niet gerealiseerd. Kopers waren gerechtigd de overeenkomst te ontbinden.

In de zaak met geschilnummer 30.770³⁹ was in de verkoopbrochure opgenomen dat in één van de appartementen een zorgcentrum gerealiseerd zou worden. De verkoopbrochure maakt onderdeel uit van de overeenkomst. Volgens arbiters blijkt echter uit de tekst dat het gaat om een inspanningsverplichting en dat er een bepaalde mate van onzekerheid bestond. Arbiters oordelen dat van een tekortkoming geen sprake is.

In een vonnis in hoger beroep van 10 maart 2011⁴⁰ hadden kopers een appartement gekocht met een 'prachtig uitzicht over het park'. Vast is komen te staan dat kopers pas na het sluiten van de overeenkomst een tweetal brochures hebben ontvangen. Arbiters hebben zodoende in eerste aanleg terecht geconcludeerd dat kopers ten tijde van het sluiten van de overeenkomst niet kunnen zijn misleid of kunnen hebben gedwaald over de nieuwe – tweede – brochure.

Indien de ligging, het uitzicht en de daglichttoetreding van het appartement voor kopers van doorslaggevend belang waren – had het juist op de weg van kopers gelegen zich hierover nader te laten informeren. De omstandigheid dat kopers hebben nagelaten de contracttekeningen te bestuderen en als gevolg daarvan mogelijk een te positief beeld van het appartement hebben gekregen op grond van mededelingen van verkoper, ligt naar het oordeel van appellarbiters in de risicosfeer van kopers. Van koper mag verlangd worden dat hij kennisneemt van de inhoud van de overeenkomst en dat hij de stukken aandachtig en met de nodige oplettendheid bestudeerd (r.o. 23).

Ondermaat

In een zaak met geschilnummer 31.167⁴¹ stellen opdrachtgevers dat sprake is van een toerekenbare tekortkoming aangezien zij te weinig perceel geleverd hebben gekregen. In de overeenkomst is een niet-verrekenbeding opgenomen waarin staat dat verschillen in de opgegeven maten van de grond geen aanleiding kunnen geven tot vergoeding. Arbiters oordeelt dat een afwijking van circa 4% niet automatisch met zich meebrengt dat de redelijkheid en billijkheid een beroep op dit beding in de weg staat.

Zichtbare gebreken

Zichtbare gebreken dienen bij oplevering te worden gemeld. Een vordering betreffende een zichtbaar gebrek dat niet bij oplevering was gemeld werd afgewezen in een uitspraak van 10 februari 2011.⁴²

Herstel

Bij het herstel van gebreken is een aannemer in beginsel vrij de herstelmethode te bepalen, zolang deze maar in overeenstemming is met hetgeen de opdrachtgever mocht verwachten op grond van de overeenkomst en de eisen van goed en deugdelijk werk.⁴³

Ontbinding

Stagnaties die zich voordoen kunnen ook een reden zijn om de overeenkomst te ontbinden. In een zaak met geschilnummer 31.729⁴⁴ ontbond een onderaannemer de overeenkomst met hoofdaannemer op grond van een toerekenbare tekortkoming. Er is sprake van diverse vertragingen die te wijten zijn aan opdrachtgever. Onderaannemster vordert vergoeding van haar gederfde winst en deze vordering wordt toegewezen.

Gederfd gebruiksgenot

In een uitspraak van 4 maart 2011 (32.316) oordelen arbiters dat de waarde van gederfd gebruiksgenot in redelijkheid kan worden gesteld op de huurprijs van het appartement gedurende de periode dat dit door de tekortkoming van aannemster niet verhuurd kon worden, terwijl opdrachtgevers daar wel op mochten rekenen. Of en op welke wijze opdrachtgevers daadwerkelijk gebruik zouden hebben gemaakt van het appartement is hierbij niet van belang.

8. Waarschuwingsplicht

Op grond van par. 6 lid 14 UAV 1989 dient de aannemer te waarschuwen voor klaarblijkelijke fouten en gebreken in zaken afkomstig van de opdrachtgever.

In een vonnis van 4 februari 2011⁴⁵ oordelen arbiters dat het niet aan aannemster is om bij een voorgeschreven bouwstof voorafgaande aan de verwerking onderzoek te plegen en vervolgens iedere mogelijke consequentie voor te leggen aan opdrachtgever. Aannemster mag erop vertrouwen dat de architect dat heeft gedaan. Enkel indien aannemster zonder nader onderzoek weet, of had moeten weten, dat de betreffende voorgeschreven zaak ongeschikt is, had aannemster een waarschuwingsplicht gehad.

9. Beëindiging in onvoltooide staat

In het geschil in hoger beroep met nummer 71.461⁴⁶ stelt onderaannemster dat met hoofdaannemster een overeenkomst tot stand is gekomen. Hoofdaannemster heeft deze

38 RvA 21 maart 2011, nr. 32.512.

39 RvA 2 februari 2011, nr. 30.770.

40 RvA 10 maart 2011, nr. 71.533.

41 RvA 9 maart 2011, nr. 31.167.

42 RvA 10 februari 2011, nr. 32.070, r.o. 17.

43 RvA 22 maart 2011, nr. 32.655, r.o. 20.

44 RvA 13 januari 2011, nr. 31.729.

45 RvA 4 februari 2011, nr. 32.181, r.o. 23.

46 RvA 13 januari 2011, nr. 71.461.

overeenkomst in onvoltooide staat beëindigd en onderaannemster vordert afrekening overeenkomstig par. 14 lid 10 UAV 1989. Volgens hoofdaannemster was slechts sprake van een overeenkomst onder de opschortende voorwaarde dat opdrachtgeefster zou instemmen. Nu die instemming is uitgebleven, is de overeenkomst niet tot stand gekomen.

Arbiters zijn van oordeel dat hoofdaannemster het gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt dat zij zich niet langer op de opschortende voorwaarde zou beroepen. Een startbespreking heeft plaatsgevonden en onderaannemster is ook daadwerkelijk aan de slag gegaan. De vordering van onderaannemster wordt toegewezen.

In een uitspraak van 22 maart 2011 (nr. 32.063) hebben arbiters geoordeeld dat nu er sprake is van beëindiging van het werk in onvoltooide staat, op de voet van par. 14 lid 10 UAV 1989 afgerekend dient te worden. Opdrachtgevers zijn van mening dat het in strijd met de redelijkheid en billijkheid is wanneer de afrekenmethodiek van par. 14 lid 10 UAV 1989 wordt gevolgd. Opdrachtgevers stellen daartoe dat er nog geen aanvang was gemaakt met de werkzaamheden en dat het zelfs nog niet duidelijk was of het project doorgang kon vinden, nu opdrachtgevers nog steeds in afwachting waren van de onherroepelijke bouwvergunning.

Arbiters zijn van oordeel dat het volgen van deze methodiek niet in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Opdrachtgevers hebben er zelf voor gekozen de overeenkomst te sluiten zonder bouwvergunning. Door aannemster zijn voorts al diverse werkzaamheden (projectvoorbereiding) verricht, zodat met de uitvoering van de overeenkomst een aanvang is gemaakt. Par. 14 lid 10 UAV 1989 is niet pas van toepassing nadat de feitelijke bouw is aangevangen.

Op 30 mei 2011 (nr. 71.514) hebben arbiters in hoger beroep geoordeeld dat de vergoeding die voortvloeit uit par. 14 lid 10 UAV 1989 niet gebaseerd mag zijn op nacalculatie, omdat uitgerekend wordt wat is uitgevoerd in plaats van wat niet is uitgevoerd.

10. Oplevering

In par. 9 lid 3 UAV is bepaald dat aan de aannemer binnen 8 dagen nadat het werk is opgenomen wordt medegedeeld of het al dan niet is goedgekeurd. Blijft een dergelijke mededeling achterwege, dan wordt het werk op grond van lid 5 van deze paragraaf, geacht te zijn goedgekeurd en opgeleverd op de achtste dag na opneming.

In een uitspraak van 28 februari 2011⁴⁷ beslissen arbiters op die grond dat het werk is opgeleverd nu het door opdrachtgever niet binnen 8 dagen na opname is afgekeurd. Dat er tijdens de opname van het werk nog sprake was van een groot aantal te verrichten werkzaamheden/te herstellen gebreken, doet daar naar het oordeel van arbiters in dit geval niet aan af.

In een uitspraak van arbiters van 20 april 2011 (nr. 30.911) waren werkzaamheden aan de orde die betrekking hadden op het bouwen van een moskee.

Arbiters overwogen dat op grond van par. 9 lid 1 UAV 1989 het aan de aannemer is om de directie uit te nodigen voor een opneming van het werk ten behoeve van de oplevering. Het staat opdrachtgeefster vrij om, conform par. 9 lid 3, het werk af te keuren indien het werk afdoende redenen kent om de goedkeuring te onthouden. Uit de stukken blijkt dat opdrachtgeefster het werk niet expliciet goed- of afgekeurd heeft. In de stukken is geen proces-verbaal van opname aanwezig of enig ander document waaruit blijkt wat is waargenomen bij de opname. Ook ontbreekt een schrijven zijdens opdrachtgeefster waarin aan aannemster wordt medegedeeld dat zij de oplevering afkeurt onder vermelding van de redenen daartoe. Wel is een verslag van een overleg van na de opname beschikbaar, wat arbiters als uitgangspunt nemen.

Arbiters zijn van oordeel, enerzijds gelet op het feit dat opdrachtgeefster veel werkzaamheden zelf uit zou voeren en heeft uitgevoerd, anderzijds gelet op voornoemd verslag met de verder niet weersproken opmerkingen zijdens aannemster, dat het werk als opleveringsgereed beschouwd moet worden. Daarbij is door aannemster het werk gereed gemeld conform par. 9 UAV 1989 en gaan arbiters uit van de achtste dag na deze datum als de datum van de oplevering conform par. 9 lid 5 UAV 1989.

In RvA 26 april 2011 (nr. 30.690) was onder meer aan de orde of het werk al dan niet was opgeleverd. Arbiters stellen voorop dat sprake is van een casco plus bouw. Op 21 februari 2008 heeft een opname van het werk plaatsgehad. Arbiters zijn gelet op de in het geding gebrachte foto's van oordeel dat het werk van aannemster per 21 februari 2008 opleveringsgereed was. Aannemster heeft per die datum de bouwplaats ontruimd en de bouwstroomaansluiting vervangen door een gewone nutsaansluiting. Opdrachtgeefster heeft het pand in gebruik genomen voor in eigen beheer uit te voeren afbouwwerkzaamheden. Opdrachtgeefster spreekt in haar correspondentie na 21 februari 2008 over 'opleverpunten'. Het gebrek aan een schriftelijke uitnodiging om tot oplevering over te gaan maakt al het voorgaande niet anders. Arbiters zijn dan ook van oordeel dat het werk van aannemster op 21 februari 2008 als opgeleverd moet worden beschouwd.

Het is mogelijk dat een partij het werk in gebruik neemt, zonder dat partijen daarmee beogen dat het werk is opgeleverd. Dit was aan de orde in RvA 26 mei 2011 (nr. 32.789). Arbiters zijn gebleken dat aannemster ten tijde van de ingebruikname van de woning door opdrachtgeefster uitging van een vervroegde ingebruikname omdat opdrachtgeefster geen andere geschikte verblijfplaats had. Partijen hebben de ingebruikname beiden niet gezien als oplevering maar als een oplossing voor de ontstane noodsituatie. Aannemster kan zich er in redelijkheid niet op beroepen dat met de ingebruikname tevens de oplevering van de woning heeft plaatsgevonden.

Door de voorlopige ingebruikneming als bedoeld in par. 10 lid 3 UAV 1989 gaat het risico van het werk nog niet over. Dit gebeurt pas bij oplevering (RvA 31 mei 2011, nr. 28.635).

⁴⁷ RvA 28 februari 2011, nr. 31.116, r.o. 21.

11. Faillissement, retentierecht en opschorting

Indien een aannemer in gebreke blijft of niet in staat is het werk uit te voeren, bijvoorbeeld als gevolg van een faillissement, heeft de opdrachtgever op grond van par. 40 lid 13 UAV 1989 het recht om voor rekening van de aannemer rechtstreeks aan onderaannemers en leveranciers een vergoeding uit te keren voor de werkzaamheden en leveringen die zijn verricht en nog niet zijn betaald.

In de zaak met geschilnummer 32.689⁴⁸ stelt de curator dat dat alleen zou gelden voor onderaannemers die hun werk nog niet hebben voltooid omdat de bepaling de voortgang van de bouw beoogt te waarborgen en de uitoefening van retentierecht beoogt te voorkomen. Arbiters oordelen echter dat niet van belang is of onderaannemers hun werkzaamheden wel of niet hebben afgerond.

In de zaak met geschilnummer 30.942⁴⁹ heeft een onderaannemer een reconventionele vordering ingediend in een procedure die aanhangig is gemaakt door de curator van hoofdaannemer. Arbiters beschouwen de reconventionele vordering als een verrekeningsverweer en merken op dat gedurende het faillissement, vorderingen alleen kunnen worden ingesteld door aanmelding ter verificatie (art. 26 Fw).

In een uitspraak van 18 januari 2011⁵⁰ oordeelden arbiters vast dat de opdrachtgever aanspraak kan maken op schade die is ontstaan door het vervallen van de garanties als gevolg van het faillissement. De schade wordt begroot op 1,5% van de aanneemsom.

Retentierecht

Op 20 mei 2011 moesten arbiters zich buigen over de vraag of opdrachtgever verrekening van korting toekomt, nadat opdrachtgever het retentierecht van aannemer heeft doorbroken. Aannemer heeft het werk gereed gemeld, maar opdrachtgever levert in reactie op de gereedmelding commentaar op de kwaliteit van het werk. Aannemer stuurt eindafrekening en vermeldde daarop: *'factuur voorafgaand aan oplevering betalen'*. Aannemer oefende – al stellende dat opdrachtgever niet-tijdig aan diens financiële verplichtingen uit hoofde van de aannemingsovereenkomst voldeed – haar retentierecht uit op het werk. Opdrachtgever heeft zich kort daarop eigenmachtig toegang tot de woning verschaft en de sloten vervangen. Arbiters oordeelden dat nu opdrachtgever door middel van eigenrichting het door aannemer ingeroepen retentierecht heeft doorbroken, opdrachtgever naar het oordeel van arbiters daarmee in redelijkheid vanaf dat moment ook diens aanspraken op verrekening van korting definitief heeft prijsgegeven.

Opschorting

In een vonnis van 17 maart 2011⁵¹ oordelen arbiters dat aannemer toerekenbaar tekort is geschoten en schadeplichtig is geworden. Aannemer heeft gehandeld in strijd

met par. 43a lid 8 UAV 1989, waarin is vermeld dat aannemer de uitvoering van het werk pas kan schorsen na een voorafgaande sommatie en ingebrekestelling en nadat opdrachtgever niet binnen redelijke tijd heeft voldaan aan een verzoek tot het stellen van genoegzame zekerheid. Aannemer heeft onredelijke en onjuiste voorwaarden gesteld aan voortzetting van het werk.

Opdrachtgever heeft in een zaak die heeft geleid tot vonnis nr. 31.476 (13 april 2011) een beroep gedaan op haar recht tot opschorting en/of verrekening wegens geleden schade als gevolg van de overtreding door haar leverancier van een kartelverbod.

Partijen twistten over de vraag of het kartelverbod mede is bedoeld ter bescherming van afnemers. Opdrachtgever onderbouwde haar schade onder meer door te stellen dat overtreding van een kartelverbod en handelen in strijd met het mededingingsrecht een prijsopdrijvend effect heeft van 5% à 10%. Opdrachtgever ging bij haar berekening uit van 5%. Volgens opdrachtgever is dit percentage van prijsopdrijving een feit van algemene bekendheid. Arbiters zijn het met leverancier eens dat opdrachtgever niet heeft aangetoond dat een dergelijk percentage van prijsopdrijvend effect algemeen geldend is en in het bijzonder heeft opdrachtgever niet aangetoond dat in het onderhavige geval een dergelijk prijsopdrijvend effect heeft bestaan. Aangezien opdrachtgever de door haar gestelde hoogte van de schade niet aannemelijk heeft gemaakt, wijzen arbiters de vordering van opdrachtgever tot vergoeding van schade door leverancier af en kan ter zake derhalve ook geen sprake zijn van opschorting en/of verrekening.

Arbiters van de Raad van Arbitrage moesten op 12 mei 2011 oordelen of opdrachtgevers hun betalingsverplichtingen terecht hebben opgeschort (nr. 32.119). Aannemer stelde dat opdrachtgevers toerekenbaar tekort zijn geschoten in de nakoming van hun (betalings)verplichtingen. De door opdrachtgevers onbetaald gelaten facturen waren opeisbaar. Opdrachtgevers betwisten de hoogte van de eindafrekeningen en doen een beroep op opschorting in verband met tekortkomingen in het werk. Arbiters oordeelden dat opdrachtgevers ten aanzien van tekortkomingen die zij pas na ommekomst van de betalingstermijn hebben ontdekt, hun betalingsverplichting niet met succes kunnen opschorten. Nu opdrachtgevers hun betalingsverplichting onterecht opschorten zijn zij in verzuim.

In een vergelijkbare zaak dienden arbiters te oordelen of opdrachtgevers terecht de betaling van facturen hebben opgeschort (RvA 26 mei 2011, nr. 32.789). Aannemer stelt dat het werk is opgeleverd, dat eventuele opleverpunten door haar zijn hersteld en dat opdrachtgever ten onrechte betaling van facturen opschort. Opdrachtgever beroept zich op opschorting van eventueel nog bestaande betalingsverplichtingen en tevens op gedeeltelijke ontbinding van de aannemingsovereenkomst in de mate waarin aannemer in haar verplichtingen is tekortgeschoten. Zij maakt aanspraak op verrekening met de door haar geleden schade. Arbiters oordeelden dat opdrachtgever terecht de betaling van facturen op heeft geschort omdat aannemer haar herstelverplichtingen niet nakwam. Gelet op art. 6:270

48 RvA 28 februari 2011, nr. 32.689, r.o. 60.

49 RvA 22 maart 2011, nr. 30.942, r.o. 10.

50 RvA 19 januari 2011, nr. 31.050, r.o. 51.

51 RvA 17 maart 2011, nr. 31.337, r.o. 23-32.

en 6:277 BW heeft opdrachtgeefster recht op vermindering van de aanneemsom met het niet uitgevoerde deel en op verrekening van schade die zij lijdt omdat de overeenkomst gedeeltelijk is ontbonden.

12. Varia

Aansprakelijkheid voor hulppersonen

Een aannemer is uit hoofde van art. 6:171 BW aansprakelijk voor fouten van een niet-ondergeschikte die in zijn opdracht ter uitoefening van zijn bedrijf worden verricht. Daarvan is geen sprake als het gaat om fouten die een derde maakt bij de aflevering van materialen ten behoeve van aannemer.⁵²

Garantie

In een vonnis in hoger beroep van 18 februari 2011⁵³ is sprake van een voorgeschreven bouwstof in de vorm van hardglazen platen die scheuren en uit de gevel vallen. In eerste aanleg hebben arbiters geoordeeld dat geen sprake was van functionele ongeschiktheid en dat de glasbreuk moet worden toegeschreven aan minder goede hoedanigheid of gebrekkige uitvoering. Aannemer stelt dat niet is aangetoond dat de glasplaten ongeschikt zouden zijn of dat sprake is geweest van onjuiste montage. In hoger beroep krijgt de aannemer gelijk. De exacte oorzaak van de scheurvorming is niet bekend. Bij de mogelijke oorzaken zijn oorzaken die voor rekening komen van aannemer maar ook oorzaken die voor rekening komen van opdrachtgever. Door de aannemer is garantie op de glasplaten verleend maar op grond van par. 22 lid 2 UAV 1989 dient de opdrachtgever aannemelijk te maken dat de glasplaat van minder goede hoedanigheid is of gebrekkig is gemonteerd. Opdrachtgever is daarin niet geslaagd.

Schade aan goede naam

In een procedure bij de Raad⁵⁴ vordert aannemer schadevergoeding in verband met aantasting van zijn goede naam. De door aannemster overgelegde bewijsstukken hebben arbiters ervan overtuigd dat opdrachtgeefster zich in het openbaar onnodig grievend over aannemster heeft uitgelaten. Arbiters achten het aannemelijk dat daardoor schade is ontstaan. Deze schade is onmogelijk te berekenen. Arbiters bepalen de veroorzaakte schade derhalve in billijkheid op € 25.000.

Vergunningen

Tijdens de uitvoering van een overeenkomst voor onderhoud aan waterwerken bleken vergunningen noodzakelijk waar aannemer geen rekening mee had gehouden. Op basis van de overeenkomst was aannemer verantwoordelijk voor het verkrijgen van alle benodigde vergunningen. Aannemer stelt dat opdrachtgever haar had moeten melden dat de betreffende vergunningen noodzakelijk waren. Arbiters oordelen⁵⁵ dat aannemer op grond van de omstandigheden zelf

had moeten onderzoeken of de betreffende vergunningen nodig waren. Ook van dwaling was volgens arbiters geen sprake.

Vertegenwoordiging

In een zaak waarin vonnis is gewezen op 14 januari 2011⁵⁶ stelde opdrachtgever dat de bouwadviseur op geen enkel moment als zijn vertegenwoordiger is opgetreden. Opdrachtgever heeft bij aannemer de verwachting gewekt dat de bouwadviseur bevoegd was nu deze daadwerkelijk de bouwbegeleiding verzorgde. Dit zou anders kunnen zijn indien opdrachtgeefster tijdig aan aannemer kenbaar zou hebben gemaakt dat de bouwadviseur desondanks niet bevoegd was.

Arbiters hebben zich op 20 april 2011 (nr. 30.911) uitgelaten over de vertegenwoordigingsbevoegdheid van iemand die namens opdrachtgeefster de werkbepreking heeft bijgewoond. Onderdeel van het geschil tussen partijen is onder meer de vraag of ter zake van de uitvoering nadere afspraken zijn gemaakt. Aannemster beroept zich daarbij onder meer op een opmerking tijdens de werkbepreking. Opdrachtgeefster stelt in dat verband onder andere dat de bij deze werkbepreking aanwezige opzichter niet bevoegd was en zij zodoende niet aan de instemming van de opzichter gebonden was.

Arbiters achten dit onjuist. Ten eerste zijn dit soort vergaderingen om het werk te bespreken, waaronder keuzes die gemaakt moeten worden. Zeker zonder zeer nadrukkelijk tegenbericht mogen de aanwezige deelnemers er dan ook van uitgaan dat iemand die namens de opdrachtgever aanwezig is, afdoende bevoegd is.

Grief niet beoordeeld

In een aanvullend vonnis van 18 maart 2011⁵⁷ stellen appellarbiters vast dat zij hebben nagelaten een rapport in hun beoordeling van een grief te betrekken. Aldus hebben zij die grief in feite niet beoordeeld en hebben zij nagelaten om te beslissen over een zaak welke aan hun oordeel was onderworpen. Vonnis dient volgens arbiters niet vernietigd te worden, maar appellarbiters gaan over tot het aanvullend beoordelen van de grief.

Uitvoerbaarheid bij voorraad

In een zaak die heeft geleid tot uitspraak nr. 31.724 (16 maart 2011) had ondernemster bezwaar gemaakt tegen de gevorderde uitvoerbaar bij voorraadverklaring, waarbij zij heeft gewezen op haar belang verschoond te blijven van kosten en incassorisico's ingeval de tenuitvoerlegging van een veroordelend vonnis in eerste aanleg, naderhand naar aanleiding van een andersluidende uitspraak in hoger beroep ongedaan zou moeten worden gemaakt. Arbiters waren, dit belang afwegende tegenover het belang van de eigenaren bij directe betaling, van oordeel dat de gevorderde uitvoerbaar bij voorraadverklaring dient te worden afgewezen. Temeer

52 RvA 11 februari 2011, nr. 31.365, r.o. 87.

53 RvA 18 februari 2011, nr. 71.498.

54 RvA 1 februari 2011, nr. 31.389.

55 RvA 10 januari 2011, nr. 31.829.

56 RvA 14 januari 2011, nr. 32.719, r.o. 17.

57 RvA 18 maart 2011, nr. 71.608.

daar de eigenaren de suggestie van arbiters om een bankgarantie te aanvaarden niet hebben willen overwegen. In de zaak RvA 1 juni 2011 (nr. 31.989) was het volgende aan de hand. Aan het eind van de mondelinge behandeling had de gemachtigde van ondernemster bezwaar gemaakt tegen de gevraagde uitvoerbaar bij voorraadverklaring van het vonnis door de curator, in verband met het restitutierisico indien aan de failliete boedel wordt betaald. De curator stelde hier tegenover dat er in dat geval een betalingsverplichting ligt en het bezwaar te laat is ingebracht. Aan de omstandigheid dat ondernemster dit punt in een laat stadium naar voren heeft gebracht gaan arbiters voorbij nu het geen voorwerp betreft waarover – in het kader van het beginsel van hoor en wederhoor – na de mondelinge behandeling nog een schriftelijke reactie van de curator nodig is. Er is onmiskenbaar een restitutierisico en dit is van de zijde van de curator ook niet weersproken. Arbiters hebben in verband daarmee de gevraagde uitvoerbaar bij voorraadverklaring afgewezen.

Buitengerechtelijke kosten

Arbiter stelt vast dat aanneemster niet betwist dat er buitengerechtelijke activiteiten zijn ontplooid. Aanneemster betwist enkel dat niet vaststaat dat opdrachtgevers die activiteiten hebben betaald. Gelet op de nasleep van het eerdere vonnis acht arbiter het ook afdoende aannemelijk dat buitengerechtelijke kosten zijn uitgevoerd. Indien het zo is dat opdrachtgevers een vergoeding van een verzekeraar ontvangen voor dergelijke activiteiten, of dat de verzekeraar een directie dekking verleent, is dat niet relevant. Het gaat niet aan dat aanneemster de vruchten plukt van een door opdrachtgevers vrijwillig afgesloten verzekering. Arbiter komt dan ook tot de conclusie dat opdrachtgevers recht hebben op vergoeding van de buitengerechtelijke kosten (RvA 30 juni 2011, nr. 33.075).

Dwangsommen

In een uitspraak in kort geding hebben arbiters (RvA 8 april 2011, nr. 33.053) geoordeeld dat het feit dat ondernemster, zoals zij aangeeft, geen liquide middelen heeft om de bungalow te kunnen (af)bouwen, in haar risicosfeer ligt en dus geen beroep rechtvaardigt op overmacht of opschorting van haar verplichting tot (af)bouw en oplevering van de bungalow. Naar het oordeel van arbiter kan aan de verplichting tot (af)bouw en oplevering van de betreffende bungalow ook een dwangsom worden gekoppeld. Het gestelde gebrek aan liquide middelen staat hieraan (ook) niet in de weg. Ook de boete gesteld op te late oplevering van het werk als opgenomen in de ruil-/aannemingsovereenkomst staat aan het opleggen van een dwangsom niet in de weg. Een dwangsom kan immers opgelegd worden voor het geval niet aan de hoofdveroordeling wordt voldaan, onverminderd het recht op schadevergoeding (de boete betreft een gefixeerde schadevergoeding) indien daartoe gronden bestaan.

'Schoon grond'

In een uitspraak van arbiters van de Raad van Arbitrage van 31 mei 2011 (nr. 31.192) moesten arbiters uitleg geven aan

de term 'schoon grond' zoals gebruikt in de koop-/aannemingsovereenkomst. Kopers stellen dat ondernemster te kort is geschoten in de nakoming van de overeenkomst, omdat volgens kopers de geleverde grond niet geschikt is voor wonen met tuin. Om vast te kunnen stellen of er sprake is van aansprakelijkheid van ondernemster dient de toestand van de bodem van het perceel van kopers te worden beoordeeld in relatie tot hetgeen in de overeenkomst is bepaald en kopers op grond daarvan mochten verwachten. Arbiters oordelen dat 'schone grond' in het kader van een koop-/aannemingsovereenkomst niet betekent dat er geen enkele verontreiniging in de bodem mag zitten, doch geeft slechts aan voor welk gebruik de grond geschikt is.

Uitleg opschortende voorwaarde

Arbiters van de Raad van Arbitrage hebben op 7 juni 2011 (nr. 71.565) uitleg gegeven aan een opschortende voorwaarde. Arbiters oordeelden als volgt. De stelling van aanneemster dat na zes maanden na het sluiten van de overeenkomst de opschorting is uitgewerkt en daarmee de verbintenissen uit de overeenkomst hun werking hebben gekregen, strookt niet met het wettelijk begrip 'opschortende voorwaarde' noch met de wijze waarop de opschortende voorwaarden in het onderhavige geval moeten worden uitgelegd. Er is geen sprake van een soort moratorium. Indien de voorwaarden zich niet binnen de overeengekomen termijn hebben gerealiseerd, krijgen de verbintenissen uit de overeenkomst geen werking en komen daarmee te vervallen.