

de jurisprudentie voor de toepassing van artikel 6:22 Awb, is hij daar niet aan gebonden zoals de bestuursrechter dat is, en kan de Kroon ook afwijken van de in de bestuursrecht-spraak geaccepteerde voorwaarden voor het passeren van vormgebreken. In de situatie onder de Omgevingswet kan dit er toe leiden dat de bestuursrechter anders zal oorde-len over de nu bestaande mogelijkheden om gebreken in

de onteigeningsstukken na het onteigeningsbesluit nog te herstellen en aan te vullen. Het is immers maar de vraag of de bestuursrechter het verhoudingen en belangen van de partijen in een onteigeningsprocedure op dezelfde wijze be-oordeelt als de Kroon.

I. Smeenk

Jurisprudentie – III. Aanneming van werk

TBR 2019/69

Raad van Arbitrage voor de Bouw, 13 november 2018, No. 72.155, (Vaste aanneemsom gewijzigd in regie)

(Mr. E.J. van Sandick, ing. J.G. van Leeuwen en ing. T.C.M. Wever)

BW: art. 6:44, art. 6:119, art. 6:119a, art. 6:225, art. 7:752, art. 7:764

Aannemingsovereenkomst. Afrekening. Aanneemsom. Regie. Maximumprijs. Richtprijs

Met gastnoot H.W. Gierman, Red.¹

De gronden van de beslissing De bevoegdheid en de ontvankelijkheid

5. De bevoegdheid van appellarbiters tot beslechting van het geschil bij scheidsrechterlijk vonnis staat onbetwist tussen partijen vast voor wat betreft de tussen partijen gesloten overeenkomsten voor de projecten X, Y en Z. In paragraaf 49 van de toepasselijke Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken en van technische installatiewerken (UAV 2012) is een arbitraal beding opgenomen dat verwijst naar de Raad en zijn arbitragereglement.

6. In het scheidsrechterlijk incidenteel vonnis van 1 februari 2018 is het scheidsgerecht van de Raad van Arbitrage voor de Bouw bevoegd verklaard kennis te nemen van het geschil tussen partijen ten aanzien van het project XX en dat geschil bij scheidsrechterlijk vonnis te beslechten. In het vonnis is geoordeeld dat de UAV 2012 ook op deze overeenkomst van toepassing zijn. Tegen het incidenteel vonnis van 1 februari 2018 zijn geen grieven gericht.

7. Van toepassing is het arbitragereglement van 15 februari 2016.

8. De memorie van grieven in principaal appel is binnen drie maanden na de datum van het beroepen vonnis binnengekomen bij het secretariaat van de Raad. Het incidenteel appel is ingesteld bij memorie van antwoord. Partijen zijn derhalve in zoverre ontvankelijk in hun appel.

Het geschil in eerste aanleg

9. Tussen partijen is een geschil ontstaan naar aanleiding van aan onderaannemster opgedragen (gevel)metselwerk ten behoeve van projecten van hoofdaannemster in X, Y en Z. Onderaannemster maakt daarnaast aanspraak op een vergoeding ex paragraaf 14 lid 10 UAV 2012 voor een project in XX.

10. In eerste aanleg vorderde onderaannemster, na wijziging van eis, (kort samengevat) betaling van: - € 33.087,71 + P.M. met rente ter zake van het project X; - € 10.400,80 + P.M. met rente ter zake van het project Y; - € 21.700,00 + P.M. met rente ter zake van het project XX; met veroordeling van hoofdaannemster in de nakosten, proceskosten en de kosten van rechtsbijstand aan de zijde van onderaannemster.

11. De voorzitter van de Raad heeft verlof verleend tot behandeling als spoedge-schil.

12. Hoofdaannemster heeft gemotiveerd verweer gevoerd tegen de vorderingen van onderaannemster. Hoofdaannemster vorderde in reconventie (kort samengevat) onderaannemster te veroordelen tot betaling van primair een bedrag van € 38.180,00 met rente, onder verrekening van de vordering van onderaannemster uit hoofde van het project Y, subsidiair een bedrag van € 46.840,00 met rente voor het geval verrekening met het project Y niet werd toegestaan.

13. Het dictum van het vonnis in eerste aanleg van 4 mei 2018 luidt als volgt:

¹ Erik Gierman is als advocaat aan Severijn Hulshof verbonden.

'DE BESLISSING

Arbiter, rechtdoende naar de regelen des rechts: in conventie en reconventie

VERSTAAT dat de eisvermeerdering van hoofdaannamester ter zake van het project Z geen verdere bespreking en beslissing behoeft, evenmin als de voorwaardelijke eisvermeerdering van onderaannamester ter zake van het project XX;

VEROORDEELT hoofdaannamester uit hoofde van het project X aan onderaannamester te betalen € 30.080,00 (dertigduizend tachtig euro) te vermeerderen met de rente tegen het wettelijke percentage ex artikel 6:119a met ingang van de vervaldata van de facturen, het rentepercentage verhoogd met twee na verloop van veertien dagen na de door onderaannamester verzonden schriftelijke aanmaning als bedoeld in paragraaf 45 lid 2 van de UAV 2012, tot aan de dag der algehele voldoening;

VEROORDEELT hoofdaannamester uit hoofde van het project X aan onderaannamester te betalen € 1.075,80 (duizend vijfenzeventig euro en tachtig cent) aan buitengerechtelijke incassokosten, vermeerderd met de wettelijke rente, vanaf 12 december 2017 tot de dag der algehele voldoening;

VEROORDEELT hoofdaannamester uit hoofde van het project Y aan onderaannamester te betalen € 72.603,02 (tweeënzeventigduizend zeshonderd drie euro en twee cent) te vermeerderen met de rente tegen het wettelijke percentage ex artikel 6:119a BW over € 71.759,00 (eenenzeventig duizend zevenhonderd negenenvijftig euro) vanaf de respectieve vervaldata van de facturen, het rentepercentage verhoogd met twee na verloop van veertien dagen na de door onderaannamester verzonden schriftelijke aanmaning als bedoeld in paragraaf 45 lid 2 van de UAV 2012, tot aan de dag der algehele voldoening, een en ander onder verrekening overeenkomstig het bepaalde in artikel 6:44 BW van het door hoofdaannamester op 15 december 2017 betaalde bedrag van € 45.985,00 (vijfenvertigduizend negenhonderdvijfentachtig euro), het door hoofdaannamester op 28 december 2017 betaalde bedrag van € 11.999,00 (elfduizend negenhonderdnevennegentig euro) en het door hoofdaannamester op 12 januari 2018 betaalde bedrag van € 5.115,00 (vijfduizend honderdvijftien euro), een en ander met inachtneming van wat hiervoor is overwogen ter zake de verschuldigdheid van de contractuele rente;

VEROORDEELT hoofdaannamester uit hoofde van het project XX aan onderaannamester te betalen € 21.700,00 (eenentwintigduizend zevenhonderd euro) te vermeerderen met de rente tegen het wettelijke percentage ex artikel 6:119 BW vanaf 26 december 2017, het rentepercentage verhoogd met twee vanaf 22 februari 2018 tot aan de dag der algehele voldoening;

VEROORDEELT hoofdaannamester ter verrekening van de proceskosten aan onderaannamester te betalen € 16.654,11 (zestienduizend zeshonderdvierenvijftig euro en elf cent), te vermeerderen met

de wettelijke rente vanaf veertien dagen na dagtekening van dit vonnis tot aan de dag van algehele voldoening indien hoofdaannamester niet binnen die termijn aan deze veroordeling heeft voldaan; VEROORDEELT hoofdaannamester tot betaling aan onderaannamester van de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 131,00 (honderdeenendertig euro) zonder betekening van dit vonnis, te vermeerderen met € 68,00 (achtenzestig euro) in geval hoofdaannamester niet binnen veertien dagen na inschrijving aan dit vonnis heeft voldaan en er vervolgens betekening van het vonnis heeft plaatsgevonden;

VERKLAART dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

WIJST het meer of anders gevorderde AF'

Het geschil in hoger beroep

14. Hoofdaannamester formuleert zes grieven en concludeert:

- het vonnis in eerste aanleg te vernietigen;
- opnieuw recht te doen en te oordelen dat onderaannamester aan hoofdaannamester dient terug te betalen een bedrag van € 80.751,89, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente over € 38.038,89 en de wettelijke rente over € 42.713,00 vanaf 1 juni 2018 tot de dag der algehele voldoening;
- onderaannamester te veroordelen tot betaling aan hoofdaannamester van € 38.626,80, zijnde het teveel voldaan in het project X, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente vanaf 14 februari 2018 tot en met 18 juni 2018, alsmede - primair - de wettelijke handelsrente + 2% op grond van paragraaf 45 lid 2 UAV 2012 vanaf 18 juni 2018 tot de dag der algehele voldoening, subsidiair de wettelijke handelsrente vanaf 14 februari 2018 tot de dag der algehele voldoening;
- onderaannamester te veroordelen in de kosten van de procedure.

15. Onderaannamester concludeert in principaal appel tot afwijzing, kosten rechts. In voorwaardelijk incidenteel appel biedt onderaannamester, onder aanvoering van grief a, voor zoveel arbiter in eerste aanleg de door hoofdaannamester gestelde aftrek m² metselwerk relevant voor de beoordeling van het geschil heeft geacht, bewijs aan van haar stelling dat zij (circa) 234.000 gevelstenen heeft verwerkt (minus 2.310 gevelstenen wildverband) en wel door het uitbrengen van een door het appelscheidsgerecht te gelasten deskundigenbericht. In incidenteel appel formuleert onderaannamester grief A en concludeert zij het vonnis van 4 mei 2018 te vernietigen voor wat betreft het project XX, in het bijzonder aangaande de rente tegen het wettelijk percentage ex artikel 6:119 BW en, opnieuw rechtdoende, de desbetreffende vordering(en) alsnog toe te wijzen, derhalve de rente tegen het wettelijk percentage ex artikel 6:119a BW, de desbetreffende vordering(en) overigens onveranderd toe te wijzen, kosten rechts.

De beoordeling van het geschil in hoger beroep

16. Partijen hebben geen grieven of anderszins bezwaren gericht tegen de in eerste aanleg vastgestelde feiten, zodat die feiten ook appellaribits tot uitgangspunt dienen. Het gaat om de navolgende feiten:

a. Op 3 januari 2017 heeft hoofdaannamester schriftelijk bevestigd opdracht aan onderaannemster te hebben gegeven voor gevelmetselwerk op het project van 26 woningen in X voor een aanneemsom van € 120.000,00, btw verlegd. Daarin is onder meer opgenomen dat circa 200.000 waalformaat gevelstenen verwerkt worden in wildverband en dat onder meer metselwerk onder peil deel uitmaakt van de werkzaamheden.

b. Op 29 mei 2017 heeft hoofdaannamester schriftelijk bevestigd opdracht aan onderaannemster te hebben verleend voor het gevelmetselwerk op het project voor 19 woningen te Z.

c. Op 11 april 2017 en 15 juni 2017 heeft hoofdaannamester schriftelijk bevestigd opdracht aan onderaannemster te hebben verleend voor maatvoering en metselwerk op het project voor de nieuwbouw van 12 appartementen te Y voor een aanneemsom van € 28.021,73 respectievelijk € 63.950,00, btw verlegd.

d. Per e-mail van 13 maart 2017 heeft onderaannemster aan hoofdaannamester geschreven: 'Na aanleiding van ons onderhoud vorige week woensdag bij [hoofdaannamester] op kantoor in YY, omtrent de verschoven startdatums betreffende de projecten Z en X waar [onderaannemster] het gevelmetselwerk zou gaan uitvoeren het volgende: na eens goed naar de planning van de nieuwe start datums voor beide projecten respectievelijk week 18 start metselwerk en de lopende projecten te hebben gekeken kom ik tot de conclusie dat als wij op de lopende werken wat concessies gaan doen en links en rechts de komende weken wat extra medewerkende van buiten af gaan inzetten wij toch op een bevredigende manier het gevelmetselwerk op de projecten Z en X voor hoofdaannemster [hoofdaannamester] kunnen gaan uitvoeren. Dit zal wel in gaan houden dat [onderaannemster] extra kosten zal moeten gaan maken waardoor de totale aanneemsom voor beide projecten 10% hoger zal gaan uitkomen dan eerder overeengekomen. Graag hoor ik dan ook van u voor het eind van deze week of u hier akkoord mee gaat zodat wij de projecten dan ook definitief kunnen gaan inplannen, (...)'

e. In reactie daarop heeft hoofdaannamester per e-mail van 17 maart 2017 bericht: '(...) We hebben samen de plannings bepaald voor de projecten X en Z. Ik heb ook vernomen dat je met 12 appartementen te Y bezig bent. Wanneer start dit metselwerk. Verder zijn we samen uit tot een samenwerkingsverband. Dit werkt echter niet mee. Bij wie moet ik de centjes gaan halen. Graag zie ik van je een onderbouwing van de ploeginzet en extra kosten.'

f. In juli 2017 zijn partijen via e-mail nader overeengekomen dat onderaannemster het gevelmetselwerk voor het project X ging uitvoeren op basis van regie tegen een uurtarief van € 40,00 voor elke medewerkende.

g. Per e-mail van 10 juli 2017, 21:27 uur, heeft hoofdaannamester aan onderaannemster geschreven: 'Onderstaand werk akkoord. Graag wel zoals besproken de toppers inzetten die gemiddelde van ca. 700 gevelstenen per dag verwerken, mede dat eerst aangenomen was en nu op uren. (moet voordeliger zijn in jouw optiek)'

h. In reactie daarop heeft onderaannemster per e-mail van 11 juli 2017, 06:31 uur, bericht: 'Exacte aantallen kan ik niet garanderen heeft met verschillende facetten te maken, wil je nou dat we starten of niet?'

i. Daarop heeft hoofdaannamester onderaannemster bericht dat zij moest starten.

j. Onderaannemster heeft voor het project X een bedrag van in totaal € 201.920,00, btw verlegd, gefactureerd. Daarvan heeft hoofdaannamester € 30.080,00 onbetaald gelaten.

k. Per e-mail van 22 oktober 2017 en per brief van 30 oktober 2017 heeft onderaannemster hoofdaannamester gesommeerd tot betaling van de opstaande facturen voor het project X.

l. Per e-mail van 3 november 2017 heeft hoofdaannamester aan onderaannemster bericht, kort gezegd, dat zij van mening was dat onderaannemster te veel in rekening heeft gebracht en dat er voorlopig geen betalingen zouden plaatsvinden 'totdat de onderste steen boven is'.

m. Ter zake het project Y heeft onderaannemster vanaf 14 september 2017 tot en met 4 december 2017 € 71.759,00, btw verlegd, gefactureerd, waarop hoofdaannamester in meerdere betalingen op 15 december 2017, 28 december 2017 en 12 januari 2018 in totaal € 63.099,00 heeft betaald.

n. Op 30 oktober 2017 heeft hoofdaannamester schriftelijk aan onderaannemster bevestigd opdracht te hebben gegeven voor stel- en metselwerk op het project XX, onder meer op basis van de door onderaannemster uitgebrachte offertes. De totale aanneemsom bedraagt volgens de opdrachtbevestigingen € 217.000,00, btw verlegd. De opdrachtbevestigingen zijn niet door onderaannemster ondertekend.

o. Bij brief van haar gemachtigde van 15 november 2017 heeft onderaannemster hoofdaannamester onder meer gesommeerd tot betaling van de op dat moment opeisbare facturen ter zake van de projecten X en Y.

p. Per e-mail van haar gemachtigde van 20 november 2017 heeft onderaannemster onder meer gesteld bereid te zijn het project XX uit te voeren onder de voorwaarde dat hoofdaannamester verklaart dat de te betalen facturen niet gecompenseerd zullen worden met het project X. De aanvankelijke voorwaarde dat zij niet onder de heer C. van hoofd-

aanneemster wilde werken heeft onderaanneemster ingetrokken.

q. Na enige verdere correspondentie over en weer, waarbij hoofdaanneemster onder meer stelde dat geen aanvullende voorwaarden gesteld konden worden ingeval er al een opdracht is, heeft hoofdaanneemster per e-mail van 4 december 2017 geschreven dat zij gezien de in die e-mail gemelde omstandigheden genoodzaakt was een andere partij te contracteren voor het project XX.

r. Bij brief van haar gemachtigde van 12 december 2017 heeft onderaanneemster hoofdaanneemster nogmaals gesommeerd tot betaling van de openstaande facturen ter zake de projecten X en Y, heeft zij vermeld dat de aanmaning ook al heeft te gelden voor de eindfactuur van het project Y, van 4 december 2017 indien deze factuur niet uiterlijk binnen de geldende betalingstermijn zou zijn voldaan en heeft zij aanspraak gemaakt op een opzegvergoeding ter zake van het project XX.

17. Met grief 6 in principaal appel geeft hoofdaanneemster aan het geschil in volle omvang aan appellarbiters voor te leggen. Deze grief heeft geen zelfstandige betekenis.

18. Grief 1 in principaal appel richt zich tegen de toewijzing van de vordering van onderaanneemster ter zake van het project X en de afwijzing van de vordering van hoofdaanneemster ter zake van dat project.

19. Deze grief leent zich voor gezamenlijke behandeling met incidentele grief a die door onderaanneemster is opgeworpen voor het geval arbiter in eerste aanleg de door hoofdaanneemster gestelde aftrek m² metselwerk relevant heeft geacht voor de beoordeling van het geschil.

20. Hoofdaanneemster meent dat zij te veel heeft betaald voor het project X. Zij baseert dit op de stelling dat beide partijen zijn uitgegaan van een maximum of richtprijs. Hoofdaanneemster is ervan overtuigd dat, indien de door de Hoge Raad gehanteerde maatstaf in het Haviltex-arrest (HR 13 maart 1981, NJ 1981/635) als uitgangspunt wordt genomen (die, aldus hoofdaanneemster, aansluit bij de door arbiters gehanteerde beslissingsmaatstaf 'als goede mannen naar billijkheid', waarbij eveneens de redelijkheid en wat partijen van elkaar mochten verwachten als maatstaf heeft te gelden) de vordering van onderaanneemster tot betaling van het restant van de aanneemsom moet worden afgewezen en haar vordering tot terugbetaling van hetgeen zij teveel heeft voldaan, moet worden toegewezen.

21. Appellarbiters stellen voorop dat in dit geschil (door arbiter in eerste aanleg en door appellarbiters) wordt beslist naar de regelen

des rechts. Voor de beoordeling van dit geschil is dit echter niet relevant.

22. Hoofdaanneemster heeft verwezen naar de tussen partijen gevoerde emailcorrespondentie. Appellarbiters volgen het oordeel van arbiter in eerste aanleg dat daaruit redelijkerwijs geen maximum- of richtprijs valt af te leiden. Wat hoofdaanneemster in hoger beroep heeft aangevoerd, is onvoldoende om tot een ander oordeel te komen. Hoofdaanneemster heeft een schriftelijke verklaring in het geding gebracht van D., directeur van hoofdaanneemster en C., projectleider X, waarin deze verklaren dat E., directeur van onderaanneemster, heeft gezegd dat werk in regie goedkoper zou zijn dan aangenomen werk en dat hij bij lange na niet aan die 120 zou komen, omdat bij aangenomen werk altijd rekening wordt gehouden met onvoorziene en verlet etc. Omdat het werk daarna meteen zou worden gestart, kon hij inschatten dat er geen risico was op verlet. Onderaanneemster betwist de juistheid van de verklaring van D. en C. Appellarbiters overwegen dat een en ander onverlet laat dat partijen zijn overgestapt van een vaste aanneemsom van € 120.000,00 naar regie met een prijs van € 40,00 per manuur. Vast staat dat er meer stenen zijn verwerkt dan de circa 200.000 stuks die volgens de aanvankelijke opdracht zouden worden verwerkt. In haar memorie van antwoord in incidenteel appel becijfert hoofdaanneemster dat er 215.992 gevelstenen zijn verwerkt. Daarbij heeft onderaanneemster ook andere voorkomende werkzaamheden uitgevoerd, waaronder opruimwerkzaamheden. Hoofdaanneemster was ook aanwezig op het werk en heeft alle mandagenstaten voor akkoord ondertekend (zie productie 14 MvE). Appellarbiters volgen het oordeel van arbiter in eerste aanleg dat hieruit blijkt dat de door onderaanneemster gefactureerde uren zijn gemaakt. Dat C. in de e-mail van 10 juli 2017 (productie 5 MvE) heeft opgemerkt dat besproken was dat de toppers ingezet zouden worden die gemiddeld circa 700 gevelstenen per dag verwerken, moge zo zijn, maar dat betekent nog niet dat onderaanneemster ter zake in gebreke is gebleven. Dit klemt te meer nu E. op de e-mail van 10 juli 2017 heeft geantwoord dat hij exacte aantallen niet kon garanderen, aangezien dat met verschillende facetten te maken heeft (productie 6 MvE). Uit de verklaring van D. en C. blijkt dat zij gewicht toekenden aan het feit dat E. daar op dat moment niet bij vermeld heeft dat regie niet goedkoper zou zijn: 'Toen E. had gezegd dat hij de aantallen per dag niet kon garanderen, maar niet had aangegeven dat regie niet goedkoper zou worden dan de aanneemsom, hebben wij erop vertrouwd dat het werk maximaal 120000 zou kosten maar waarschijnlijk minder. Toen kon [onderaanneemster] van ons van start'. Dit is echter te weinig om daaruit een afspraak af te leiden dat € 120.000,00 de maximum prijs of een richtprijs zou zijn. Ook al zou E. eerder hebben aangegeven dat het werk in regie naar zijn

inschatting goedkoper zou uitpakken dan met een vaste aanneemsom, dan heeft hij dit nog vóór de definitieve opdracht in regie genuanceerd met de mededeling dat hij geen aantallen kon garanderen. Appellarbiters achten de uiteindelijk door hoofdaanneemster betaalde prijs van € 201.920,00 ÷ 215.992 = € 0,94 per steen, inclusief stelwerk, redelijk. Grief 1 in principaal appel faalt. Incidentele grief a behoeft verder geen behandeling meer.

23. Grief 2 in principaal appel richt zich tegen de toewijzing van de rentevordering van onderaanneemster ten aanzien van het project Y en de afwijzing van het beroep van hoofdaanneemster op verrekening van het door haar (teveel) betaalde bedrag voor het project X met het door haar verschuldigde bedrag voor het project Y (r.o. 43 tot en met 53 van het vonnis in eerste aanleg).

24. Nu ook in hoger beroep is vastgesteld dat hoofdaanneemster geen vordering heeft op onderaanneemster ter zake van het project X, faalt andermaal het beroep van hoofdaanneemster op verrekening. Hoofdaanneemster meent daarnaast dat zij geen rente verschuldigd is ter zake van het project Y. Ter zake heeft arbiter in eerste aanleg onder rechtsoverweging 47 het volgende overwogen: 'Verder heeft hoofdaanneemster tegenover de gemotiveerde betwisting door onderaanneemster onvoldoende gesteld en aannemelijk gemaakt dat onderaanneemster niet heeft voldaan aan haar verplichtingen uit de WKA en dat sprake was van dusdanige gebreken in het werk van onderaanneemster dat opschorting gerechtvaardigd was. Volgens onderaanneemster was slechts sprake van enkele gekantelde metselstenen en de enkele verwijzing van hoofdaanneemster naar e-mails, acht arbiter daartegenover onvoldoende. Daarmee heeft zij niet voldaan aan haar stelplicht en faalt haar beroep op opschorting, zodat hoofdaanneemster wel degelijk rente verschuldigd is over niet tijdig betaalde facturen.'

25. Hoofdaanneemster stelt in haar toelichting op grief 2 dat arbiter in eerste aanleg ten onrechte meer gewicht heeft toegekend aan de niet onderbouwde stelling van onderaanneemster dat het slechts om drie gevelstenen ging dan aan de door hoofdaanneemster in het geding gebrachte e-mails. Uit de feiten en omstandigheden blijkt, aldus hoofdaanneemster, dat onderaanneemster het werk in oktober nog niet gereed had en in december wel, zodat duidelijk is dat het niet om drie gevelstenen ging. Arbiter in eerste aanleg had volgens hoofdaanneemster moeten oordelen dat zij heeft aangetoond dat het door onderaanneemster verrichte werk nog niet volledig gereed was en dat zij bevoegd was om haar betalingsplicht op te schorten totdat onderaanneemster de werkzaamheden had verricht.

26. Hoofdaanneemster stelt verder in haar toelichting op grief 2 dat arbiter in eerste aanleg ten onrechte heeft overwogen dat hoofdaanneemster het standpunt van onderaanneemster, dat zij wel heeft voldaan aan de WKA, onvoldoende heeft betwist.

27. Onderaanneemster heeft hierop bij memorie van antwoord in principaal appel de volgende stellingen naar voren gebracht:

- Onderaanneemster is met hoofdaanneemster een betaling overeengekomen pro rato voortgang werk, met een betalingstermijn van 30 dagen.

- Onderaanneemster heeft bij e-mail van 6 oktober 2017 (productie 34 MvA/MvE) aan de uitvoerder van hoofdaanneemster haar ongenoegen geuit over de planningstechnische gebrekkige gang van zaken op het project Y, waarbij zij zeven punten heeft opgesomd waarin hoofdaanneemster tekort is geschoten en heeft aangegeven dat als zij daadwerkelijk niet meer verder kan werken omdat de benodigde materialen niet aanwezig zijn, zij pas terugkomt om het gevelmetselwerk af te maken als zij daar zelf voor in de gelegenheid is.

- Hoofdaanneemster heeft daarop gereageerd per e-mail van 23 oktober 2017 met de mededeling dat 'we inmiddels 2 weken verder zijn, dat het metselwerk nog steeds niet hoog is, en dat, los van het feit dat de spekbanden er niet zijn, er dus de afgelopen twee weken niets is gebeurd'. Verder heeft hoofdaanneemster in deze e-mail aanmerkingen gemaakt op de werkzaamheden van onderaanneemster.

- Onderaanneemster heeft per e-mail van diezelfde dag inhoudelijk gereageerd op de kritiek op haar werk en daarbij aangegeven dat als hoofdaanneemster de mandagenstem erop naslaat, zij kan zien dat onderaanneemster alleen de week ervoor vier dagen niet is geweest omdat zij ook echt niet verder kon.

- Bij e-mail van 25 oktober 2017 (productie 9 in appel) heeft hoofdaanneemster aan onderaanneemster een kort verslag toegezonden van Woningborg, naar aanleiding van het bouwplaatsbezoek van Woningborg van 23 oktober 2017. Uit dat verslag blijkt dat de kwaliteit van de uitvoering goed is en dat sprake is van enkele metseltechnische onvolkomenheden/aandachtspunten.

- Vervolgens heeft op 31 oktober 2017 een bespreking tussen partijen plaatsgevonden. Bij die gelegenheid hebben partijen afspraken gemaakt over de door onderaanneemster nog uit te voeren, qua aard en omvang, weinig omvangrijke herstelwerkzaamheden en de termijn waarop het gehele metselwerk gereed diende te zijn (te weten twee weken nadien).

- Hoofdaanneemster heeft de gemaakte afspraken bevestigd bij e-mail van 31 oktober 2017. Daarop heeft onderaanneemster bij e-mail van diezelfde dag gereageerd met de mededeling dat het werk eind week 46 (13 t/m 17 november) 2017 gereed zou zijn, mits werkbaar weer en mits alle door onderaanneemster benodigde (door hoofdaanneem-

ster aan te leveren) materialen (zijnde betonnen raamdorpels en muurafdekkers, stalen frame, puntkozijn P3) op tijd aanwezig zouden zijn, en hoofdaannemster de dpc folie en isolatie plaatst als onderaannemster de kozijnen op de balkons plaatst. Verder heeft onderaannemster aangegeven dat het haar nuttig voorkomt om op 14 november 2018 (lees: 2017) nog eens samen te komen om te kijken of het uiteindelijke resultaat de goedkeuring van hoofdaannemster geniet.

- Bij e-mail van 16 november 2017 heeft onderaannemster aan hoofdaannemster aangegeven dat zij de volgende middag gereed zou zijn met het gevelmetselwerk, behoudens ten aanzien van de raamdorpels, twee delen spekbend en de muurafdekker, omdat die materialen nog niet aangeleverd waren. Omdat hoofdaannemster had aangegeven dat de betreffende materialen 'ergens volgende week' af fabriek werden aangeleverd, stelde onderaannemster voor om deze materialen begin week 48 (27 november t/m 1 december 2017) aan te brengen en dan eind week 48 een afspraak in te plannen om te kijken of onderaannemster haar werkzaamheden naar behoren had afgerond zodat het project financieel kon worden afgerond.

- Op 2 december 2017 heeft een rondgang plaatsgevonden, ondanks het feit dat de (betonnen) raamdorpels en muurafdekkers niet door hoofdaannemster waren aangeleverd (en dus ook niet door onderaannemster konden worden verwerkt).

- Ter gelegenheid van die rondgang heeft hoofdaannemster geconstateerd dat het metselwerk er naar behoren bijstond, behoudens metselwerk aan de achterzijde nabij de achterdeur van het centrale gedeelte nabij de eerste kozijnrand, waar een afwijking in het metselwerk werd geconstateerd, zijnde enkele enigszins gekantelde stenen, oorspronkelijk gezeten achter een metselprofiel. Onderaannemster heeft toegezegd dit op korte termijn te zullen herstellen. Verder heeft hoofdaannemster aangegeven dat het metselwerk aan de voorzijde van de entree niet verder gemetseld hoefde te worden in welk verband zij vroeg om verrekening. Ten slotte heeft hoofdaannemster aangegeven dat de betonnen raamdorpels en muurafdekkers later nog door onderaannemster afgewerkt moesten worden.

- Bij e-mail van 4 december 2017 (productie 38 MvA/MvE) heeft hoofdaannemster een en ander schriftelijk bevestigd. - Onderaannemster heeft op 4 december 2017 het herstel uitgevoerd van de enkele gekantelde stenen en bij e-mail van 5 december 2017 (zie productie 38 MvA/MvE) gevraagd om een bevestiging van hoofdaannemster dat het herstel naar behoren was uitgevoerd.

- Bij e-mail van 7 december 2017 heeft hoofdaannemster bevestigd dat (ook) deze werkzaamheden naar behoren zijn uitgevoerd (zie productie 38 MvA/MvE).

- Op 14 november 2017 stond opeisbaar open € 9.197,00.

- Op 18 november 2017 stond opeisbaar open € 27.591,00. - Op 2 december 2017 stond opeisbaar open € 41.686,00. - Op 14 december 2017 stond opeisbaar open € 65.684,00.

- Per 15 december 2017 heeft hoofdaannemster € 45.985,00 betaald en stond opeisbaar open € 36.813,00. - Hoofdaannemster tracht deze omvangrijke opschorting ter zake van het project Y achteraf te rechtvaardigen door te wijzen op de door onderaannemster op 31 oktober 2017 (nog) uit te voeren herstelwerkzaamheden. Gelet op de weinig omvangrijke aard en omvang van deze werkzaamheden althans de daarmee corresponderende tekortkomingen, was deze opschorting niet gerechtvaardigd. Met het uitvoeren van de betreffende werkzaamheden zijn in redelijkheid zeven manuren gemoeid geweest. Het gaat (mitsdien en kort gezegd) nergens over.

- Onderaannemster is jegens hoofdaannemster niet tekort geschoten wat betreft de WKA informatie. Alle relevante WKA informatie was bij hoofdaannemster voorhanden. Ingeval onderaannemster tekort zou zijn geschoten, had hoofdaannemster met naam en toenaam moeten aangeven welke rechten noodzakelijke gegevens feitelijk ontbraken.

- Hoofdaannemster heeft de betaling van de opeisbare facturen ter zake van het project Y niet opgeschort om reden van tekortkomingen in de stelselwerkzaamheden en/of de metselwerkzaamheden in het project Y of ter zake van (de beweerdelijk) ontbrekende WKA informatie, maar om reden van de door haar geëiste creditering van € 80.000,00 ter zake van het project X.

- Hoofdaannemster heeft de facturen van onderaannemster structureel te laat betaald, zij is meerdere malen gesommeerd tot betaling van opeisbare facturen, maar heeft betaling geweigerd op rechtens niet relevante gronden. Onderaannemster heeft dan ook rechtens aanspraak op rente, de contractuele verhoging en buitengerechtigde kosten.

28. In haar pleitnota heeft hoofdaannemster verzocht om op basis van het voorhanden dossier uitspraak te doen. Zij benadrukte dat daarbij van belang is dat zij het werk als onvoldoende heeft beoordeeld en partijen afspraken hebben gemaakt over de afronding van de werkzaamheden en dat zij factuurbedragen is gaan betalen zodra zij met onderaannemster had vastgesteld dat de werkzaamheden naar behoren waren uitgevoerd.

29. Appellarbiters overwegen dat onderaannemster in haar verweer in hoger beroep de gang van zaken in perspectief heeft gezet en daarmee voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de door hoofdaannemster gestelde gebrekkige kwaliteit slechts betrekking heeft op enkele gekantelde metselstenen, zoals onderaannemster ook heeft gesteld in eerste aanleg onder randnummer 11 van de memorie van antwoord in reconventie tevens akte vermeerdering van eis in conventie.

Uit de overzichten in de memorie van antwoord in principaal appel blijkt dat onderaannemster met 'opeisbaar' de vervaldata van de facturen bedoelt aan te duiden. Op 17 november 2017 was onderaannemster klaar met haar werk. Hoofdaannemster was op dat moment een paar dagen te laat met de betaling van een bedrag van € 9.197,00 (vervaldatum 14 november 2017). Op 2 december 2017 heeft een rondgang plaatsgevonden, waarbij hoofdaannemster de gekantelde metselstenen heeft geconstateerd. Deze zijn, naar onweersproken is gebleven, twee dagen later hersteld. Dit gebrek was niet van dien aard dat opschorting gerechtvaardigd was.

30. Voor zover hoofdaannemster zich in hoger beroep op het standpunt stelt dat zij eerst tot betaling gehouden was nadat onderaannemster haar werkzaamheden (volledig) had afgerond, miskent hoofdaannemster de tussen partijen overeengekomen betalingsregeling. Onderaannemster heeft - onweersproken - gesteld dat partijen een betalingsregeling zijn overeengekomen pro rato voortgang werk, met een betalingstermijn van 30 dagen.

31. Ten aanzien van de gestelde onvolledige WKA informatie heeft hoofdaannemster in eerste aanleg verwezen naar e-mails van 27 november 2017 en 21 december 2017 (producties 39 en 40 MvA/MvE). Daargelaten dat hoofdaannemster toen zelf al in verzuim was door € 27.591,00 onbetaald te laten (zie hierboven onder r.o. 27) blijkt uit productie 39 dat onderaannemster hoofdaannemster op 25 november 2017 heeft bericht dat zij de WKA gegevens al had toegezonden, maar de documenten voor de zekerheid nogmaals bijsloot. Op 27 november 2017 reageerde hoofdaannemster daarop met de mededeling (zakelijk weergegeven) dat haar onduidelijk is waar de medewerkers van onderaannemster in dienst zijn en dat de gegevens van de 'inleners' ontbreken. In punt 10 van de memorie van antwoord in reconventie heeft onderaannemster betwist dat haar WKA administratie niet deugt en gesteld dat uit haar mandagenstaten de namen en woonplaats van de werknemers blijkt, of zij ZZP'er zijn of in loondienst en hoeveel uren zij per dag in het betreffende tijdvak van één week op het project hebben gewerkt. Ook blijkt volgens onderaannemster uit deze mandagenstaten dat onderaannemster voor deze werknemers de voorgeschreven administratie voert, dat de werkelijk betaalde lonen in overeenstemming zijn met vermelde bruto daglonen, dat de verschuldigde premies en belastingen worden afgedragen en dat door geen andere werknemers van onderaannemster of door onderaannemster ingeleend personeel in deze periode op het project is gewerkt. Onderaannemster voegde hier nog aan toe dat hoofdaannemster de verplichting heeft om op de bouwplaats de identiteit van de door onder-

aannemster ingezette ZZP'ers te controleren en dat het onderaannemster op grond van de Wet Bescherming persoonsgegevens en de per 1 januari 2017 gewijzigde Uitvoeringsregeling verplicht gebruik BSN niet is toegestaan om meer gegevens te verstrekken aan hoofdaannemster.

32. Hoofdaannemster is hier niet meer op ingegaan, noch in eerste aanleg, noch in hoger beroep. Het moet er dan ook voor worden gehouden dat hoofdaannemster over de benodigde WKA gegevens beschikte, zodat ook die grond aan de opschorting komt te ontvallen.

33. Appellarbiters volgen het oordeel van arbiter in eerste aanleg dat hoofdaannemster tegenover de gemotiveerde betwisting door onderaannemster onvoldoende heeft gesteld en aannemelijk gemaakt dat onderaannemster niet heeft voldaan aan haar verplichtingen uit de WKA en dat sprake was van dusdanige gebreken in het werk van onderaannemster dat opschorting gerechtvaardigd was. Grief 2 faalt.

34. Grief 3 in principaal appel richt zich tegen het oordeel van arbiter in eerste aanleg dat partijen ten behoeve van het werk XX een overeenkomst hadden gesloten en de toewijzing van de vordering inzake XX (r.o. 54 tot en met 64).

35. Deze grief leent zich voor gezamenlijke behandeling met grief A in incidenteel appel, die zich richt tegen de toewijzing van de rente tegen het percentage ex artikel 6:119 BW in plaats van het percentage ex artikel 6:119a BW.

36. Arbiter in eerste aanleg heeft hoofdaannemster niet gevolgd in haar stelling dat zij met haar opdrachtbevestigingen van 30 oktober 2017 (één voor het stelwerk voor profielen en kozijnen en één voor het metselwerk) een aanbod heeft gedaan dat door onderaannemster niet is aanvaard, aangezien onderaannemster immers twee voorwaarden heeft gesteld. Arbiter in eerste aanleg overwoog onder meer dat de opdrachtbevestigingen geen aanbod zijn, maar een (deels afwijkende en aanvullende) aanvaarding van de offerte van onderaannemster. In die bevestigingen is vermeld dat als binnen zeven dagen na de datum van de opdrachtbevestigingen de door onderaannemster ondertekende kopie niet is ontvangen, onderaannemster zich stilzwijgend akkoord verklaard met die bevestiging. Dat de opdrachtbevestigingen niet door onderaannemster zijn ondertekend, doet er volgens arbiter in eerste aanleg dan ook niet aan af dat deze wel door haar (stilzwijgend) zijn aanvaard en er dus wilsovereenstemming was.

37. Appellarbiters stellen voorop dat op grond van artikel 6:225 lid 2 BW een tot aanvaarding strekkend antwoord op een aanbod

alleen dan geldt als een aanvaarding, wanneer dit antwoord slechts op ondergeschikte punten afwijkt van het aanbod. Gaat het niet om ondergeschikte punten dan geldt artikel 6:225 lid 1 BW dat bepaalt dat een aanvaarding die van het aanbod afwijkt, geldt als een nieuw aanbod en als een verwerping van het oorspronkelijke.

38. In punt 31 van haar pleitnota in hoger beroep heeft hoofdaannamester gesteld dat zij een van de offerte van onderaannemster afwijkende opdrachtbevestiging heeft gestuurd, onder andere met een lagere aanneemsom. Dit is, aldus hoofdaannamester, geen aanvaarding van de offerte van onderaannemster nu zij hiermee zelfs de prijs heeft gewijzigd. Appellarbiters stellen vast dat onderaannemster niet heeft weersproken dat hoofdaannamester een lagere prijs heeft opgenomen in haar opdrachtbevestiging, zodat daarvan moet worden uitgegaan. Appellarbiters achten dit geen ondergeschikte afwijking, maar een wezenlijke afwijking van het aanbod van onderaannemster, waarmee het aanbod van onderaannemster derhalve werd verworpen en een nieuw aanbod is gedaan conform artikel 6:225 lid 1 BW. Tussen partijen is niet in geschil dat onderaannemster vervolgens voorwaarden heeft gesteld en op enig moment heeft aangegeven dat wanneer hoofdaannamester niet akkoord ging met deze voorwaarden zij maar een andere metselaar moest zoeken. Nu onderaannemster nadere voorwaarden heeft gesteld, is er geen sprake van een (stilzwijgende) aanvaarding van het nieuwe aanbod van hoofdaannamester. Er is dan ook geen overeenkomst tot stand gekomen met betrekking tot het project XX. De vordering van onderaannemster op dit punt wordt in hoger beroep alsnog afgewezen. Grief 3 in principaal appel slaagt. Incidentele grief A behoeft verder geen behandeling meer.

39. Grief 4 in principaal appel richt zich tegen het dictum inzake het project Y.

40. Hoofdaannamester stelt in haar toelichting op deze grief dat arbiter in eerste aanleg aanzienlijk meer heeft toegewezen dan gevorderd door de oorspronkelijke vordering tot uitgangspunt te nemen en daarover rente toe te wijzen, terwijl onderaannemster was uitgegaan van het restant van de vordering en op basis daarvan rente had gevorderd.

41. Onderaannemster betwist dat zij is uitgegaan van het restant van de vordering. Zij verwijst in dit verband naar de akte houdende overlegging producties tevens akte vermeandering van eis in conventie tevens akte in reconventie van 6 maart 2018. Toerekening van bedragen heeft plaatsgevonden op basis van artikel 6:44 BW, aldus nog steeds onderaannemster.

42. Appellarbiters stellen vast dat het uiteindelijk door onderaannemster gevorderde bedrag van € 10.400,80 + PM geen restant is van de openstaande facturen, maar het restant van de vordering inclusief rente (zie r.o. 43 van het vonnis in eerste aanleg). Aangezien arbiter in eerste aanleg de renteberekening van onderaannemster niet heeft gevolgd, lag een toewijzing voor de hand als in het dictum vermeld. Daarbij is uitgegaan van de oorspronkelijke vordering, de juiste rentepercentages/ingangsdata en de betalingen van hoofdaannamester. Dat deze herformulering heeft geleid tot een per saldo hoger eindbedrag dan gevorderd is door hoofdaannamester op geen enkele manier aannemelijk gemaakt. De conclusie moet dan ook zijn dat grief 4 in principaal appel faalt.

43. Grief 5 in principaal appel richt zich tegen de kostenveroordeling in eerste aanleg.

44. Arbiter in eerste aanleg heeft hoofdaannamester met de proceskosten belast.

45. Appellarbiters zien in de uitkomst van dit hoger beroep en met name in het slagen van grief 3 aanleiding om hoofdaannamester met 2/3e en onderaannemster met 1/3e van de kosten van de eerste aanleg te belasten.

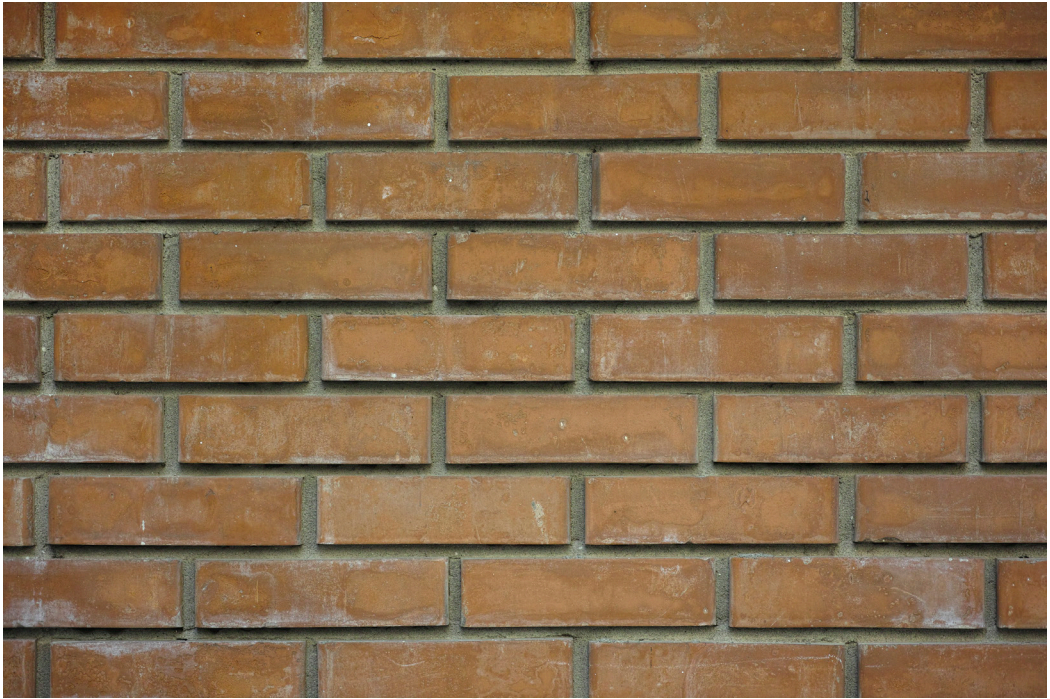
46. De arbitragekosten in eerste aanleg bedroegen € 16.390,94 en zijn tot een beloop van € 10.654,11 met de door onderaannemster gedane stortingen verrekend en tot een beloop van € 5.736,83 met de door hoofdaannamester gedane stortingen. Dit betekent dat hoofdaannamester een bedrag van $2/3e \times € 16.390,94 = € 10.927,29 - € 5.736,83 = € 5.190,46$ aan onderaannemster moet voldoen.

47. Aangezien hoofdaannamester voor 2/3e in het ongelijk is gesteld en onderaannemster voor 1/3e, is de meerdere mate van ongelijk van hoofdaannamester 1/3e ($2/3e - 1/3e$). Appellarbiters bepalen de door hoofdaannamester te betalen tegemoetkoming in de kosten van rechtsbijstand van onderaannemster naar deze meerdere mate van ongelijk van hoofdaannamester op $€ 6.000,00 \times 1/3e$ (factor meerdere mate van ongelijk) = € 2.000,00.

48. Ter verrekening van de proceskosten in eerste aanleg moet hoofdaannamester dus na vernietiging van het vonnis in eerste aanleg op dit punt aan onderaannemster betalen $€ 5.190,46 + € 2.000,00 = € 7.190,46$.

Tot slot in appel

49. Hoofdaannamester stelt onder randnummer 80 van de memorie van grieven in principaal appel dat zij ter uitvoering van het vonnis



in eerste aanleg voor het project XX per 1 juni 2018 aan onderaannemster een bedrag van € 21.770,15 heeft betaald en ter verrekening van de proceskosten in eerste aanleg een bedrag van € 16.654,11. Zij vordert terugbetaling, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 1 juni 2018 tot de dag der afgehele voldoening.

50. Onderaannemster betwist deze bedragen op zichzelf niet. Zij stelt, onder overlegging van een rekeningafschrift van de Rabobank (productie 11 in appel), dat zij de betaling van hoofdaannemster op 6 juni 2018 heeft ontvangen. Dit is door hoofdaannemster verder niet weersproken. Appellarbiters wijzen ter zake van het project XX een bedrag van € 21.770,15 toe aan hoofdaannemster en ter zake van de proceskosten in eerste aanleg een bedrag van € 16.654,11 - € 7.190,46 = € 9.463,65. In totaal derhalve € 21.770,15 + € 9.463,65 = € 31.233,80, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf 6 juni 2018. (*Enz., enz., Red.*)

NOOT

Inleiding

1. De kwestie waarover appel-arbiters zich in dit scheids-rechterlijk vonnis hebben uitgelaten, heeft betrekking op de wijze van afrekenen van een aannemingsovereenkomst tussen een hoofdaannemer en diens onderaannemer. Partijen hadden meerdere aannemingsovereenkomsten gesloten voor de uitvoering van gevelmetselwerk op

vier woningbouwprojecten. Eén van die overeenkomsten was oorspronkelijk op basis van een vaste prijs aangegenomen, maar is later is gewijzigd in een prijs op basis van regie. Centraal in de beoordeling staat de vraag of de hoofdaannemer met recht een beroep kan doen op een richtprijs of maximumprijs ter zake deze gewijzigde overeenkomst.

2. Op de bewuste aannemingsovereenkomst zijn de UAV 2012 van toepassing. De UAV 2012 gaan uit van een vaste prijs: een aannemingssom die (in beginsel) in termijnen wordt betaald. De UAV 2012 bevatten dus geen (specifieke) bepalingen over de wijze waarop een werk in regie moet worden afgerekend.² Omdat in par. 2 lid 3 UAV 2012 is bepaald dat op de overeenkomst Nederlands recht van toepassing is, kan ook in het BW gezocht worden naar regelingen ter zake de afrekening van regiewerk. Ook in het BW vindt men - op één specifieke regeling na - geen bepalingen omtrent de wijze waarop een werk in regie afgerekend moet worden.³

² Zie par. 1 lid 1 UAV 2012: '(...) de aannemingssom: het bedrag, waarvoor de aannemer zich heeft verbonden het werk tot stand te brengen, de omzetbelasting daarin niet begrepen' in samenhang met par. 40 UAV 2012. In het bijzonder zij gewezen op lid 2 van par. 40 UAV 2012, waarin is bepaald dat de aannemer enkel recht heeft op betaling van de aannemingssom in termijnen wanneer dat in de overeenkomst is bepaald.

³ Zie art. 7:764 lid 2 BW tweede volzin voor een specifieke regeling voor het afrekenen van een werk dat in regie is aangenomen in geval de opdrachtgever de overeenkomst heeft opgezegd: 'Indien de prijs afhankelijk was gesteld van de werkelijk door de aannemer te maken kosten (...)'

3. Voor het afrekenen van aannemingsovereenkomsten op basis van regie is men dus aangewezen op rechtspraak en hetgeen daarover in de literatuur is geschreven.⁴ In het kader van deze annotatie gaat het te ver om hier al te uitvoerig bij stil te staan, dus ik volsta met de opmerking dat algemeen wordt aangenomen dat partijen een prijs op basis van regie met en zonder een richtprijs of een maximumprijs kunnen overeenkomen.

De feiten

4. Partijen zijn in januari 2017 een aannemingsovereenkomst voor gevelmetselwerk van 26 woningen in Project X aangegaan voor een vaste prijs ter grootte van € 120.000,00. In de overeenkomst is onder meer opgenomen dat de onderaannemer in totaal circa 200.000 gevelstenen, die door de hoofdaannemer zullen worden geleverd, zal verwerken in de gevels. Echter voor aanvang van de werkzaamheden hebben partijen de overeenkomst gewijzigd en zijn zij overeengekomen dat het gevelmetselwerk voor Project X niet voor de vaste prijs, maar op basis van regie zou worden uitgevoerd tegen een uurtarief van € 40,00 voor elke ingezette arbeidskracht.

5. De onderaannemer heeft voor Project X in totaal € 201.920,00 bij de hoofdaannemer in rekening gebracht en de hoofdaannemer heeft daarvan € 171.1840,00 betaald en een bedrag ter grootte van € 30.080,00 onbetaald gelaten. De hoofdaannemer stelde zich op het standpunt dat partijen weliswaar afrekening op basis van regie waren overeengekomen, maar dat tevens een maximumprijs of een richtprijs van € 120.000,00 - die niet zonder waarschuwing met meer dan 10% overschreden mocht worden - was overeengekomen. Volgens de hoofdaannemer had de onderaannemer in beginsel slechts recht op € 125.000,00, hetgeen volgens hem ook een redelijke prijs voor het werk zou zijn. Het in de ogen van de hoofdaannemer te veel betaalde vorderde hij van de onderaannemer terug. Een en ander met verrekening van het restant ter grootte van € 10.400,80 van een aantal door hem niet betwiste facturen ter zake werkzaamheden die de onderaannemer op een ander project (Project Y) had verricht. De onderaannemer was het niet eens met de inhoudingen van de hoofdaannemer en vorderde in een spoedbodemgeschil bij de Raad betaling van alle openstaande facturen ter zake Project X en Y, vermeerderd met rente en kosten.

6. In het geschil speelde ook nog een andere vordering, namelijk een vordering ter zake Project XX. Die vordering zag op een aanspraak van de onderaannemer op grond van par. 14 lid 7 juncto lid 10 UAV 2012 (beëindiging in onvoltooid staat). De werkzaamheden voor Project XX zijn niet uitgevoerd en de onderaannemer stelde recht te hebben op volledige vergoeding voor de opslagen algemene kosten en winst en begrootte die tezamen op 10% van de aanneemsom.⁵

Oordeel in eerste aanleg

7. Arbitrator in eerste aanleg heeft alle vorderingen van de onderaannemer toegewezen. Het beroep van de hoofdaannemer, dat de eerder overeengekomen vaste prijs van € 120.000,00 zou hebben te gelden als een maximumprijs of richtprijs voor Project X, werd daarbij verworpen. Volgens de arbitrator in eerste aanleg was de enkele mededeling van de hoofdaannemer aan de onderaannemer - dat het overschakelen van een vaste prijs naar een prijs in regie wel voordeliger moest zijn - onvoldoende om aan te nemen dat partijen een maximumprijs of richtprijs ter grootte van de eerder overeengekomen aanneemsom zijn overeengekomen. Dat gold te meer nu de onderaannemer deze mededeling niet had bevestigd. Bovendien hadden zich in de periode tussen januari 2017 (bepalen van de vaste prijs) en juli 2017 (wijzigen naar prijs in regie) diverse omstandigheden voorgedaan die meebrachten, dat de hoofdaannemer er ook niet op mocht vertrouwen dat de aanvankelijk overeengekomen vaste prijs zou gelden als maximumprijs of richtprijs. Zo was de oorspronkelijk beoogde start van het werk verschoven, waardoor er tijdens de zomervakantie gewerkt moest worden en er zouden zich diverse andere kostenverhogende omstandigheden hebben voorgedaan. Verder constateert de arbitrator dat er uiteindelijk ook meer gevelstenen zijn verwerkt dan oorspronkelijk - bij het bepalen van de vaste prijs - was voorzien.

8. Mede in het licht van de namens de hoofdaannemer - op basis waarvan de onderaannemer de regie uren had gefactureerd - stelt de arbitrator in eerste aanleg vast dat de uiteindelijk in rekening gebrachte prijs voor het werk ook een redelijke prijs was. De onderaannemer had recht op betaling van het restant van Project X en de hoofdaannemer was niet gerechtigd tot enige inhouding of verrekening op dat restbedrag. De vordering van de onderaannemer tot betaling van het restant van de facturen van Project Y - welk bedrag de hoofdaannemer wenste te verrekenen met het openstaande bedrag van Project X - werd eveneens toegewezen. De hoofdaannemer had de verschuldigdheid van de facturen van Project Y immers niet bestreden.

9. De vordering uit hoofde van beëindiging in onvoltooid staat van Project XX werd ook toegewezen. Het betoog van de hoofdaannemer, dat er geen overeenkomst tot stand zou zijn gekomen omdat hij een afwijkend aanbod had gedaan en de onderaannemer dit afwijkende aanbod niet had aanvaard, werd eveneens verworpen. De arbitrator oordeelde dat er geen sprake was van een afwijkend aanbod van de hoofdaannemer, maar van een deels afwijkende en deels aanvullende aanvaarding van het aanbod (de offerte) van de onderaannemer waarmee de onderaannemer stilzwijgend akkoord zou zijn gegaan.

Oordeel in appel

10. In appel grieft de hoofdaannemer zonder succes tegen het oordeel in eerste aanleg dat partijen geen maximumprijs of richtprijs zijn overeengekomen. Appel-ar-

4 Zie uitvoerig: Asser/*Van den Berg* 7-VI, Deventer: Wolters Kluwer 2017/141 en Van Wijngaarden/*Chao Duvis Serie Bouw- en aanbestedingsrecht Deel 5*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2013, nr. 274 p. 156 e.v.

5 Deze vordering zal ik in mijn noot niet uitvoerig behandelen.

biters komen immers tot hetzelfde oordeel als arbiter in eerste aanleg. In de feiten en omstandigheden na het overeenkomen van de vaste prijs voor Project X en die vooraf zijn gegaan aan (en hebben geleid tot) het wijzigen van de vaste prijs naar een prijs in regie, kan volgens appel-arbiters immers geen steun gevonden worden voor het standpunt van de hoofdaannemer. Daaraan voegen appel-arbiters toe, dat zelfs wanneer de onderaannemer zou hebben aangegeven dan het werken in regie goedkoper zou uitpakken dan met de vaste aanneemsom, deze mededeling in elk geval ook genuanceerd is door de onderaannemer omdat hij voor de definitieve opdracht ook heeft laten weten dat hij geen aantallen kon garanderen. De uiteindelijk in regie in rekening gebracht prijs van € 0,94 per verwerkte gevelsteen achten appel-arbiters ook een redelijke prijs, zodat de hoofdaannemer ook op dat punt geen correctie van de prijs toekomt.⁶

11. Verrekening van de openstaande facturen van Project Y met die van Project X werd gelet op het voorgaande eveneens in appel afgewezen omdat de hoofdaannemer niet te veel, maar juist te weinig, heeft betaald voor de werkzaamheden op Project X. Appel-arbiters gaan ook uitvoerig in op het opschortingsverweer van de hoofdaannemer wegens het beweerdelijk niet nakomen van de WKA-verplichtingen door de onderaannemer. Kort gezegd, komt het erop neer dat appel-arbiters hebben vastgesteld dat de hoofdaannemer over de benodigde WKA-gegevens beschikte.⁷

12. Ten aanzien van de vordering van de onderaannemer uit hoofde van de beëindiging in onvoltooid staat van de werkzaamheden ter zake Project XX, heeft de grief van de hoofdaannemer wel doel getroffen. Appel-arbiters komen tot het oordeel dat de hoofdaannemer met de gewijzigde (lagere) prijs in de opdrachtbevestiging een, van het aanbod van de onderaannemer (diens offerte), afwijkend aanbod heeft gedaan. Een dergelijke afwijking op prijs is geen ondergeschikt punt in de zin van art. 6:225 lid 2 BW en moet dus worden gezien als een nieuw uitgebracht aanbod dat door de onderaannemer dient te worden geaccepteerd. Appel-arbiters stellen vast dat de onderaannemer dit nieuwe aanbod niet heeft geaccepteerd, ook niet stilzwijgend. Er is volgens appel-arbiters aldus geen overeenkomst ter zake Project XX tot stand gekomen, waardoor tevens vaststaat dat par. 14 UAV 2012 toepassing mist.⁸

Prijsverwachtingen

13. Zoals in zoveel bouwgeschillen waarbij de prijs in regie wordt afgerekend het geval is, ontstaat ook in deze kwestie na uitvoering en oplevering een discussie tussen de aannemer en de opdrachtgever over de in reke-

ning gebrachte aanneemsom.⁹ De aanleiding voor dergelijke discussies is nagenoeg altijd gelegen in over en weer uitgesproken of juist niet uitgesproken prijsverwachtingen en allerhande informatieverstrekking ten aanzien van de prijs voor het werk.

14. De opdrachtgever in deze zaak (de hoofdaannemer) ontleende zijn prijsverwachtingen aan het feit dat partijen eerst een vaste prijs voor het werk waren overeengekomen en zijn veronderstelling dat daarvan zou zijn afgeweken door deze te wijzigen in een prijs in regie om het werk voordeliger te kunnen uitvoeren.¹⁰ Deze veronderstelling bleek met name uit een door de hoofdaannemer zelf aan de onderaannemer gezonden e-mail: '(...) akkoord. Graag wel zoals besproken de toppers inzetten die gemiddelde van ca. 700 gevelstenen per dag verwerken, mede dat eerst aangenomen was en nu op uren (moet voordeliger zijn in jouw optiek)'.¹¹ De onderaannemer heeft destijds als volgt op deze e-mail van de opdrachtgever gereageerd: 'Exacte aantallen kan ik niet garanderen heeft met verschillende facetten te maken, wil je nou dat we starten of niet?'. Daarna is het werk op basis van regie in uitvoering genomen.

Artikel 7:752 BW

15. Discussies rondom informatieverstrekking over de prijs van het werk en al dan niet gewekte prijsverwachtingen vinden plaats binnen het bereik van art. 7:752 BW. Vooropgesteld dient te worden dat wanneer sprake is van een vaste prijs, toepassing van art. 7:752 BW niet aan de orde is. Het artikel speelt 0 zoals duidelijk volgt uit het eerste lid - alleen een rol als er geen vaste prijs of slechts een richtprijs is overeengekomen door partijen. De opdrachtgever is in die gevallen een redelijke prijs voor het werk verschuldigd. Wanneer partijen evenwel een richtprijs hebben bepaald, dan heeft dat consequenties voor de aannemer, zo volgt uit het tweede lid: hij mag deze richtprijs met niet meer dan 10% overschrijden tenzij hij de opdrachtgever zo tijdig mogelijk heeft gewaarschuwd voor de waarschijnlijkheid van een verdere overschrijding.

16. Wat een richtprijs in de zin van art. 7:752 BW is, is niet in de wet gedefinieerd. Uit de literatuur en rechtspraak valt te destilleren dat een richtprijs een prijsindicatie geeft van de uiteindelijk te verwachten kosten die gepaard zullen gaan met de uitvoering van het opgedragen werk.¹² De richtprijs beweegt zich in het gebied tussen ener-

⁶ Uiteindelijke prijs: € 201.920,00 gedeeld door het aantal verwerkte gevelstenen: 215.992 st.

⁷ Zie de behandeling van Grief 2 in principaal appel: nr. 23-33 van het appelvonnis.

⁸ Zie de behandeling van Grief 3 in principaal appel: nr. 34-38 van het appelvonnis.

⁹ Recent: RvA 18 januari 2019, No. 36.122 en Concl. A-G M.L.C.C. Lückers 11 januari 2019, ECLI:NL:PHR:2019:40

¹⁰ Oorspronkelijk zou de onderaannemer circa 200.000 st. gevelstenen verwerken en daarvoor zou hij een vaste prijs ter grootte van € 120.000,00 ontvangen. Omgerekend kostte het verwerken per steen ca. € 0,60 (€ 120.000 / 200.000 st.).

¹¹ Omgerekend kost het verwerken in de optiek van de hoofdaannemer dan per steen ca. € 0,45 (1 man 8 uur p/dg à € 40,00 p/u = € 320,00 p/dg gedeeld door 700 st.); dat is € 0,15 per steen goedkoper dan bij de eerder afgesproken vaste prijs.

¹² Zie o.a. Asser/*Van den Berg* 7-VI 2017/140 p. 259 e.v. en de literatuur en rechtspraak aangehaald door H.P.C.W. Strang in zijn noot bij HR 25 juni 2017 (*Zeiljacht Akka*), TBR 2017/168 p. 1146 en F.M. van Cassel-van Zeeland, Stelposten zijn meerwerk en een afgegeven richtprijs, TBR 2018/89 p.608-609.

zijds het overeenkomen van een vaste prijs en anderzijds het in het geheel niet overeenkomen van een prijs. Wanneer er evenwel een maximumprijs voor de werkzaamheden is afgegeven dan is er geen sprake van een richtprijs; een maximumprijs gaat verder dan het afgeven van een richtprijs.¹³ Een maximumprijs kan echter wel een rol spelen in het kader van de beoordeling wat de redelijke prijs van het werk is, net zoals alle andere door de aannemer ter zake van de vermoedelijke prijs gewekte verwachtingen.¹⁴

Geen maximumprijs noch een richtprijs

17. In de onderhavige zaak stond niet ter discussie dat partijen ter zake Project X een prijs in regie (dus geen vaste prijs) met elkaar waren overeengekomen. Wel stond ter discussie of daarbij tevens een maximumprijs of een richtprijs was overeengekomen. De hoofdaannemer had in de procedure het standpunt betrokken dat de oorspronkelijke aanneemsom, de vaste prijs, voor het werk Project X primair te gelden had als een maximumprijs en subsidiair als richtprijs. Arbitrator in eerste aanleg volgt de hoofdaannemer niet in deze stellingen, appel-arbiters evenmin.¹⁵

18. In eerste aanleg werd de hoofdaannemer niet gevolgd in zijn stelling dat hij met de onderaannemer een maximumprijs of richtprijs was overeengekomen omdat de mededelingen waaruit zulks zou moeten blijken van hemzelf afkomstig waren en deze niet door de onderaannemer bevestigd waren. In appel heeft de hoofdaannemer ook nadere verklaringen van bij hem werkzame personen overgelegd waaruit bleek dat zijdens de hoofdaannemer vooral sterk geleund is op het feit dat de onderaannemer weliswaar de aantallen (de productie) niet kon garanderen, maar dat niet is aangegeven dat het werken op regiebasis niet goedkoper zou uitpakken dan met de vaste aanneemsom, zoals de hoofdaannemer kennelijk wel verwachtte. Appel-arbiters volgen de hoofdaannemer niet in dit argument omdat de onderaannemer wel voor de definitieve opdracht tot werken in regie duidelijk had laten weten dat hij geen aantallen kon garanderen.

19. Van belang is ook dat in eerste aanleg al was vastgesteld, dat de latere start van het werk niet aan de onderaannemer toe te rekenen was en dat deze latere start ervoor had gezorgd dat de onderaannemer niet al zijn vaste medewerkers meer kon inzetten op het werk en daarom een beroep moest doen op andere (minder ervaren) medewerkers. Daardoor zag de onderaannemer zich geconfronteerd met extra kosten en kon hij ook de productie aantallen niet meer garanderen. Deze omstandigheden vormden (mede) de aanleiding tot het wijzigen van de vaste prijs naar een prijs op basis van regie, aldus de onderaannemer.

¹³ Een richtprijs kan namelijk overschreden worden met 10% en indien gewaarschuwd ook met meer dan 10% en een maximumprijs impliceert dat er geen overschrijdingen mogelijk zijn. Zie ook C.E.C. Jansen, *Aanneming van werk* (Mon. BW B84), Deventer: Kluwer 2013, nr. 39.

¹⁴ Zie ook P. Vermeij in zijn noot bij RvA 2 november 2017, No. 72.084, *TBR* 2018/30 p. 216-217.

¹⁵ Verwezen zij met name naar overwegingen 25-39 van het vonnis eerste aanleg en overwegingen 20-22 van het appelvonnis.

20. In het licht van deze feiten en omstandigheden, die hebben geleid tot het wijzigen van de prijs van een vaste prijs naar een prijs in regie, acht ik het verklaarbaar en ook juist dat appel-arbiters tot het oordeel zijn gekomen dat geen maximumprijs of richtprijs ter grootte van de oorspronkelijke vaste aanneemsom is overeengekomen. De enkele veronderstelling van de hoofdaannemer dat de omschakeling van een vaste prijs naar een prijs in regie niet duurder zou uitvallen (althans niet zonder voorafgaande waarschuwing van de onderaannemer) dan de oorspronkelijk overeengekomen vaste prijs is volgens mij ook onvoldoende om een richtprijs of maximumprijs afspraak te rechtvaardigen. Aanvaarding of zelfs de wil tot aanvaarden van een maximumprijs of richtprijs aan de zijde van de onderaannemer ontbrak immers geheel.

21. Zoals uit de overwegingen van appel-arbiters volgt, was juist de oorspronkelijk overeengekomen vaste prijs nauw verbonden met de aantallen te verwerken gevelstenen en nu in elk geval helder was dat juist die aantallen niet door de onderaannemer gegarandeerd konden worden - om verklaarbare en niet door de hoofdaannemer betwiste redenen - valt ook geen rechtvaardiging te vinden in het verbinden van een maximumprijs of richtprijs aan die oorspronkelijk vaste prijs.

Tot slot

22. De meerwaarde van een arbitrage bij de Raad in dit soort geschillen komt volgens mij duidelijk naar voren uit het feit, dat zowel arbiter in eerste aanleg als ook appel-arbiters de vraag of de uiteindelijk in rekening gebrachte prijs een redelijke prijs is zelfstandig beantwoorden en ook gemotiveerd uiteenzetten. Tijdverslindende en kosten rovende gerechtelijke deskundigenberichten worden daarmee vermeden. Ook is de totale doorlooptijd van het spoedbodemgeschil van eerste aanleg tot in hoger beroep - van 15 januari 2018 tot 13 november 2018 - er eentje waar geen enkele rechtbank met opvolgend gerechtshof aan kan tippen.

23. Alle bij een aanbesteding of anders soortige gunning van een werk betrokkenen doen er mijns inziens goed aan om deze voordelen ook eens mee te nemen in hun afwegingen of er wel of juist niet van par. 49 UAV 2012 afgeweken moet worden. De Raad heeft zich immers ruimschoots bewezen op het terrein van discussie over zaken die niet in ons BW geregeld zijn, maar die wel een grote rol spelen in de bouw en het bouwrecht: aanneming in regie, richtprijzen, stelposten, kostenverhogende omstandigheden, discussies over opslagen etc.

H.W. Gierman