

## Kroniek bouwarbitrage (deel 2)



**In dit tweede deel van de kroniek bouwarbitrage zal een selectie van de gepubliceerde uitspraken van de Raad van Arbitrage voor de Bouw worden besproken over de periode vanaf 1 januari 2016 tot en met 30 juni 2017. Waar in het eerste deel (VGR 2017, afl. 2, p. 29 e.v.) het accent lag op formele verweren, zal in dit deel van de kroniek voornamelijk aandacht worden besteed aan inhoudelijke verweren.**

### 1. Inleiding

In het eerste deel van de kroniek<sup>1</sup> lag de focus op onderwerpen die betrekking hebben op formele verweren, zoals ontvankelijkheid, verjaring, rechtsverwerking en vervaltermijnen, waardoor een verdere inhoudelijke beoordeling van geschillen overbodig is. In dit deel zal de focus liggen op onderwerpen die betrekking hebben op de inhoudelijke beoordeling van de geschillen.

In dit tweede deel zullen de volgende onderwerpen aan bod komen:

- meer- en/of minderwerk;
- kostenverhogende omstandigheden;
- toerekenbare tekortkoming;
- beëindiging in onvoltooide staat;
- faillissement, retentierecht en opschorting;
- oplevering;
- bouwtijd.

### 2. Meer- en/of minderwerk

#### 2.1. *Is meerwerk onderdeel van de oorspronkelijke overeenkomst?*

Eén van de onderwerpen die geregeld door partijen aan de Raad van Arbitrage voor de Bouw (hierna: RvA) wordt voorgelegd is het al dan niet verschuldigd zijn van meerwerk.

Werkzaamheden die niet onder de oorspronkelijke opdracht vallen kunnen als meerwerk voor vergoeding in aanmerking komen. Voor de vraag of sprake is van voor vergoeding in aanmerking komend meerwerk is derhalve

onder meer van belang wat precies onder de oorspronkelijke opdracht valt.

Hoewel partijen over het algemeen proberen de oorspronkelijke opdracht zo goed mogelijk schriftelijk vast te leggen, zijn partijen het achteraf toch vaak niet eens over de omvang van de uit te voeren of uitgevoerde werkzaamheden. Op het moment dat een aannemer aanspraak maakt op vergoeding van meerwerk, ontstaat dan ook geregeld discussie over de vraag of het gestelde meerwerk onder de oorspronkelijke opdracht valt.

In een groot aantal arbitragezaken wordt de meerwerkclaim van de aannemer afgewezen, omdat arbiters van oordeel zijn dat het gestelde meerwerk (of een deel daarvan) onder de oorspronkelijke opdracht valt.<sup>2</sup> Dit is bijvoorbeeld het geval indien duidelijk uit de contracttekeningen volgt dat het gestelde meerwerk onder de oorspronkelijke opdracht valt.<sup>3</sup>

In zijn uitspraken stelt de RvA voorop dat de bewijslast dat sprake is van meerwerk op de aannemer rust.<sup>4</sup> Indien een aannemer er niet in slaagt om aannemelijk te maken dat het meerwerk niet tot het regulier aangenomen werk behoort, kan het gestelde meerwerk niet vastgesteld worden.<sup>5</sup>

Er zijn overigens ook genoeg uitspraken te vinden waarin arbiters vaststellen dat de uitgevoerde werkzaamheden niet onder de oorspronkelijke opdracht vallen en dus wel als meerwerk kunnen worden aangemerkt. Als voorbeelden noem ik de vonnissen van 27 oktober 2016 (nr. 35.713), 12 december 2016 (nr. 35.522) en 30 januari 2017 (nr. 35.534).

#### 2.2. *Is er opdracht gegeven?*

Indien door de aannemer uitgevoerde werkzaamheden niet onder de oorspronkelijke opdracht vallen, betekent dit nog niet dat sprake is van meerwerk dat door de opdrachtgever moet worden vergoed. De wijziging zal moeten zijn opgedragen door de opdrachtgever.

Indien een opdrachtgever schriftelijk toestemming heeft gegeven voor de gewijzigde opdracht, zal het voor een

\* Mr. R.W. Keus is cassatieadvocaat bij Van den Berg advocaten te Den Haag en plaatsvervangend secretaris van de Raad van Arbitrage voor Metaalnijverheid en -Handel.

1. In het eerste deel is een selectie van gepubliceerde uitspraken van de RvA besproken over de periode vanaf 1 juli 2015 tot en met 31 december 2016, zie VGR 2017, afl. 2, p. 29 e.v.  
2. RvA 22 september 2016, nr. 35.032; RvA 29 september 2016, nr. 35.575; RvA 6 januari 2017, nr. 35.692; RvA 14 februari 2017, nr. 35.759 en RvA 31 maart 2017, nr. 35.973.  
3. RvA 13 juni 2016, nr. 71.977 en RvA 11 maart 2016, nr. 35.183.  
4. RvA 19 januari 2016, nr. 35.208 en RvA 29 september 2016, nr. 35.575.  
5. RvA 1 september 2016, nr. 35.586.

aannemer niet zo moeilijk zijn om het meerwerk aan te tonen. In de praktijk blijkt het schriftelijk vastleggen van meerwerk echter niet zo vanzelfsprekend te zijn. Eén en ander heeft vaak te maken met tijdgebrek, drukte en vertrouwen dat een mondelinge opdracht voldoende is of extra verrichte werkzaamheden wel zullen worden vergoed. Dit leidt achteraf geregeld tot discussies over de vraag of opdracht is gegeven voor het meerwerk.

Om vervelende discussies te voorkomen, komen partijen daarom veelal overeen dat meerwerk vooraf schriftelijk moet worden vastgelegd met een prijsopgave. De praktijk wijst uit dat partijen zich ook dan geregeld niet strikt aan zo'n afspraak houden. Uit diverse uitspraken volgt dat een afspraak om meerwerk schriftelijk vast te leggen onverlet laat dat het meerwerk toch voor vergoeding in aanmerking komt. Daarvan kan sprake zijn als de aannemer aannemelijk maakt dat sprake is van noodzakelijk meerwerk wegens wijzigingen van de opdrachtgever<sup>6</sup>, dan wel dat de opdrachtgever mondeling opdracht heeft gegeven voor het meerwerk<sup>7</sup> of dit heeft aanvaard.<sup>8</sup>

In de vonnissen van 16 februari 2016 (nr. 35.004) en 4 april 2016 (nr. 35.097) wordt door arbiters overwogen dat een aannemer redelijkerwijs ook niet aan de eis gehouden kan worden om de opdracht schriftelijk vast te leggen, indien ook voor ander (erkend) meerwerk geen schriftelijke opdracht was gegeven. Ook andere omstandigheden, zoals een relatief kort tijdsbestek waarbinnen de werkzaamheden moeten worden uitgevoerd<sup>9</sup>, en dat het meerwerk noodzakelijk was<sup>10</sup>, kunnen een rol spelen.

Indien een aannemer aanspraak maakt op vergoeding van meerwerk, zal de aannemer uiteraard wel altijd dienen aan te tonen dat het meerwerk is uitgevoerd. Zo kwam het de aannemer in de zaak met nr. 35.246 duur te staan dat hij, tegenover de betwisting van het meerwerk door de opdrachtgever, niet gesteld had welk meerwerk hij in een factuur vorderde. Dat de betreffende meerwerkfactuur wél al door de directie was goedgekeurd deed hier (wellicht vreemd genoeg) niets aan af.

### 2.3. Klacht op opleverlijst meerwerkopdracht?

In de zaak met nr. 72.010, waarin appelrechters op 6 juli 2016 vonnis hebben gewezen, lagen meerdere meerwerkclaims ter beoordeling door arbiters voor. Een van deze claims betrof de vergoeding van de kosten voor het plaatsen van een traphekje om een trapgat van een vlizotrap. Dit traphekje was door de aannemer geplaatst, nadat de opdrachtgever in het kader van de oplevering had geklaagd dat een traphekje ontbrak. In hoger beroep was niet in discussie dat het plaatsen van het traphekje niet onder de oorspronkelijke opdracht viel, maar wel of voor het plaatsen hiervan door de opdrachtgever opdracht was gegeven. De appelarbiters oordelen hierover dat het door de opdrachtgever op de opleverlijst plaatsen van de klacht

dat een traphekje ontbrak, met zich meebrengt dat opdrachtgever verwachtte dat aannemer het traphekje zou aanbrengen en dat daarin een meerwerkopdracht is gelegen.

Bij voorgaande uitspraak kunnen naar mijn mening vraagtekens worden gezet. Dit volgt ook uit de uitspraak van de RvA van 9 december 2016, nr. 35.828. In die zaak ging het ook om de vraag of het op een opleverlijst melden van een klacht (in dat geval dat de onderzijde van deuren nog geschilderd moest worden) als een meerwerkopdracht moest worden gezien. Arbiters overweegt in die zaak dat het juist niet gebruikelijk is om via een opleverlijst meerwerk op te dragen, en dat – om het als meerwerkopdracht aan te kunnen merken – in dit geval uitdrukkelijk op de opleverlijst had moeten worden vermeld dat het een meerwerkopdracht betrof.

### 2.4. Tijdig melden prijsverhoging en noodzaak prijsverhoging

Artikel 7:755 BW schrijft dwingend voor dat de kosten voor meerwerk slechts kunnen worden gevorderd wanneer de opdrachtgever tijdig is geweest op de noodzaak van een daaruit voortvloeiende prijsverhoging, tenzij de opdrachtgever die noodzaak uit zichzelf had moeten begrijpen.

In de zaak van 8 maart 2016, nr. 35.501 werd door arbiters geoordeeld dat meerwerkkosten niet tijdig waren gemeld, omdat de opdrachtgever op het moment van melding die kosten niet meer kon vermijden, niet meer naar alternatieven kon zoeken en de kosten niet meer in rekening kon brengen bij zijn eigen opdrachtgever. In een andere zaak werd, voor de vraag of een meerwerkclaim tijdig is ingediend, juist van belang geacht dat door het tijdstip van melding het meerwerk nog op juistheid kon worden gecontroleerd.<sup>11</sup>

In die gevallen waarin de aannemer de opdrachtgever niet heeft geïnformeerd over de noodzaak van een prijsverhoging, ontstaat er veelal discussie over de vraag of de opdrachtgever die noodzaak uit zichzelf had moeten begrijpen. Indien sprake is van een fundamentele wijziging zal een opdrachtgever dit eerder hebben moeten begrijpen. Zo was in de zaak die tot het vonnis van 11 maart 2016, nr. 35.183 heeft geleid sprake van een fundamentele wijziging van het opgedragen werk, doordat de opdrachtgever ervoor koos de woning niet van een prefab dak maar van een in het werk gemaakte kap te laten voorzien. De opdrachtgever moest zich, gelet op deze fundamentele wijziging, volgens arbiters bewust zijn geweest van de daarmee gemoeide prijsverhoging.

Maar ook de aard van de oorspronkelijke opdracht kan een rol spelen bij de vraag in hoeverre een opdrachtgever geïnformeerd moet worden over een prijsverhoging. In

6. Zie ook RvA 22 maart 2016, nr. 35.232; RvA 3 maart 2016, nr. 35.350 en RvA 13 juni 2016, nr. 71.977.

7. RvA 16 maart 2016, nr. 71.955; RvA 6 april 2016, nr. 35.123 en RvA 29 april 2016, nr. 35.270.

8. RvA 27 mei 2016, nr. 34.764; RvA 6 april 2016, nr. 35.123 en RvA 18 oktober 2016, nr. 72.042.

9. RvA 4 april 2016, nr. 34.849.

10. RvA 10 maart 2016, nr. 35.334.

11. RvA 18 oktober 2016, nr. 35.316.

de zaak met nr. 35.306, waarin de RvA op 4 juli 2016 uitspraak heeft gedaan, achtten arbiters het van belang dat in de aannemingsovereenkomst een hard taakstellend budget was opgenomen. In zo'n geval geldt volgens arbiters, meer dan voor regulier meerwerk zou gelden, dat de aannemer vooraf expliciet kenbaar moet maken dat sprake is van meerwerk en dat daar financiële gevolgen – en in welke omvang – voor het budget aan verbonden zijn. Volgens arbiters had de aannemer dat in dit geval niet (tijdig) gedaan.

Uit de uitspraken van de RvA volgt dat ook de hoedanigheid van de opdrachtgever een rol speelt bij de vraag of een opdrachtgever voldoende is geïnformeerd. Van een professionele opdrachtgever<sup>12</sup> mag meer worden verwacht dan van opdrachtgevers die, zoals arbiters dat omschrijven, 'leken zijn op bouwgebied'.<sup>13</sup>

### 2.5. Minderwerk

Bij minderwerk gaat het om werkzaamheden die wel waren overeengekomen maar die op verzoek van de opdrachtgever door de aannemer niet zijn uitgevoerd. Veelal worden deze kosten verrekend met de te betalen aanneemsom of meerwerk. Net als bij het meerwerk, is bij minderwerk uiteraard van belang welke werkzaamheden in de oorspronkelijke opdracht zijn overeengekomen.<sup>14</sup>

Niet alle werkzaamheden die door een aannemer niet zijn uitgevoerd komen als minderwerk voor verrekening of vergoeding in aanmerking. In de zaak met nr. 35.516 stelt een opdrachtgever recht te hebben op verrekening van minderwerk, doordat zij haar aannemer heeft geholpen met het aansluiten van apparatuur, terwijl dit tot de opdracht van de aannemer behoorde. Dat een opdrachtgever een aannemer helpt bij de uitvoering van opgedragen werkzaamheden, betekent volgens de arbiter die over die zaak had te oordelen echter niet dat partijen hierdoor zijn overeengekomen dat opdrachtgever hiervoor financieel zou worden gecompenseerd.<sup>15</sup> De opdrachtgever maakte volgens arbiter dan ook ten onrechte aanspraak op verrekening van minderwerk.

## 3. Kostenverhogende omstandigheden

Kostenverhogende omstandigheden vertonen veel gelijkenissen met het hiervoor besproken meerwerk. Ook bij kostenverhogende omstandigheden is relevant of de gestelde meerkosten die de aannemer vergoed wil hebben al dan niet onder de oorspronkelijke opdracht vallen.<sup>16</sup> Het grote verschil met meerwerk is echter dat bij meerwerk de meerkosten worden veroorzaakt door een wijziging van de opdracht, terwijl het bij kostenverhogende omstandigheden gaat om meerkosten door omstandigheden die na het sluiten van de overeenkomst ontstaan of aan het licht treden en die niet in de overeengekomen prijs zijn verwerkt. Deze omstandigheden moeten dan

niet aan de aannemer toerekenbaar zijn en de aannemer moet ook redelijkerwijs bij de prijsvorming geen rekening hebben kunnen houden met de kans op die omstandigheden. De wettelijke grondslag voor de kostenverhogende omstandigheden is te vinden in artikel 7:753 lid 1 BW.

In paragraaf 47 UAV is ook een regeling voor kostenverhogende omstandigheden opgenomen. Deze regeling is vrijwel gelijklopend als de wettelijke bepaling, met dien verstande dat als extra vereiste wordt gesteld dat de kosten van het werk door de kostenverhogende omstandigheden aanzienlijk moeten zijn verhoogd, en de kostenverhogende omstandigheden zo spoedig mogelijk schriftelijk moeten worden gemeld.

### 3.1. Voorzienbare omstandigheden?

In een aantal uitspraken komt de RvA tot de conclusie dat kostenverhogende omstandigheden voor de aannemer voorzienbaar waren en daarom niet voor vergoeding in aanmerking komen. In het vonnis van 22 maart 2016 (nr. 35.232) ging het om door een aannemer uit te voeren sloopwerkzaamheden. Omdat hij bij het sluiten van de overeenkomst zelf een aanneming heeft gemaakt omtrent de constructie van de woningen en de meest geschikte sloopwijze, zonder navraag te doen of een onderzoek in te stellen, was de duurdere sloopwijze volgens arbiters voorzienbaar en aan de aannemer aan te rekenen. In het vonnis van 17 januari 2017 (nr. 35.664) komen arbiters ook tot een soortgelijk oordeel over een aannemer die afgraafwerkzaamheden zou verrichten, zonder zich te vergewissen van de grondsamenstelling die achteraf nadelig bleek te zijn. Ook dit was volgens arbiters voorzienbaar.

Hoewel onwerkbaar dagen normaal gesproken voor risico van een aannemer zijn, oordeelden arbiters op 8 maart 2016 in hoger beroep in de zaak met nr. 72.009 dat door de late gunning door opdrachtgever, waarmee de aannemer geen rekening kon houden, de aannemer nog maar de helft van de werkbare dagen had. Door onwerkbaar weer was er flinke vertraging ontstaan, en dat was gelet op het voorgaande volgens arbiters voor de aannemer niet voorzienbaar en daardoor een kostenverhogende omstandigheid.

### 3.2. Staalprijsstijging kostenverhogende omstandigheid?

In het vonnis van 4 juli 2016, met nr. 35.131, passen arbiters de toets van paragraaf 47 UAV toe. In die zaak was de vraag aan de orde of een sterke stijging van de staal prijzen kostenverhogende omstandigheden betreffen die voor vergoeding in aanmerking zouden moeten komen. Bij de vraag of een prijsstijging voorzienbaar was en aan de aanneemster kon worden toegerekend, achtten arbiters onder meer relevant dat aanneemster een grote professionele staalleverancier en -verwerker is met marktkennis en dat sinds de eerdere staalprijsencrisis van 2004 prijs-

12. RvA 27 mei 2016, nr. 34.764 en RvA 16 maart 2016, nr. 71.955.

13. RvA 27 oktober 2016, nr. 35.713.

14. RvA 4 januari 2016, nr. 35.066; RvA 8 januari 2016, nr. 35.470; RvA 10 augustus 2016, nr. 34.498; RvA 23 augustus 2016, nr. 35.351; RvA 12 september 2016, nr. 35.617 en RvA 9 december 2016, nr. 35.828.

15. RvA 3 februari 2016, nr. 35.516.

16. RvA 22 september 2016, nr. 35.032.

schommelingen optreden, zodat een bepaalde mate van staalprijsstijging voorzienbaar was en voor haar risico komt. Gelet hierop, en gelet op eerdere jurisprudentie, nemen arbiters aan dat een prijsstijging van 20% voorzienbaar is.<sup>17</sup>

De aanvullende toets van paragraaf 47 UAV is of de prijsstijging boven de 20% tot een aanzienlijke verhoging leidt. Arbiters hanteren daarbij de vaste vuistregel dat een kostenverhoging van meer dan 5% op het gehele aangenomen werk in beginsel als aanzienlijk kan worden aangemerkt, en dat dus uitsluitend kosten boven die 5% voor vergoeding in aanmerking kunnen komen. Dit leidt er in voornoemde zaak met nr. 35.131 toe dat slechts een klein deel van de kosten voor vergoeding in aanmerking komt.

### 3.3. Artikel 6:258 BW: onvoorziene omstandigheden

In voornoemde zaak die tot het vonnis van 4 juli 2016 (nr. 35.131) heeft geleid was subsidiair een aanpassing van de overeenkomst gevorderd wegens gewijzigde omstandigheden ex artikel 6:258 BW. Arbiters nemen echter tot uitgangspunt dat paragraaf 47 UAV tot een beter resultaat leidt dan artikel 6:258 BW, en dat de subsidiaire grondslag daarom onbesproken kan worden gelaten.

In een andere zaak bevestigen arbiters bij vonnis van 8 februari 2017 (nr. 72.067) dat bij de beoordeling op grond van artikel 6:258 BW een strengere toets wordt toegepast dan bij paragraaf 47 UAV of artikel 7:753 BW. Het moet bij artikel 6:258 BW immers gaan om het onaanvaardbaar zijn van de ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst, wat volgens arbiters een veel strengere eis is. Overigens oordelen arbiters dat een toename van de kosten van het werk (bovenop een voorzienbare prijsstijging van 20%) van respectievelijk 5% en 11% wegens een staalprijsstijging niet onaanvaardbaar is, maar een toename van de kosten van het totale werk van 17% wel.

## 4. Toerekenbare tekortkoming

Zowel op de opdrachtgever als op de aannemer rusten verplichtingen waarin zij toerekenbaar tekort kunnen schieten.

### 4.1. Verplichtingen opdrachtgever

Tot de hoofdverplichting van de opdrachtgever behoort niet alleen de verplichting de aannemer in staat te stellen de overeenkomst na te komen, maar ook het tijdig betalen van de voor het werk overeengekomen prijs. Hoewel deze laatste verplichting op zichzelf duidelijk is, gebeurt het vaak dat een opdrachtgever deze verplichting niet nakomt omdat hij zelf meent een vordering te hebben en een beroep doet op opschorting (een beroep op opschorting is wel nodig, omdat het enkele niet nakomen van verplichtingen door de aannemer niets af doet aan de betalingsverplichting van de opdrachtgever). Zo was in de zaak met nr. 72.059<sup>18</sup> sprake van een situatie dat de op-

drachtgever meende dat aan de doortreksterkte van gevelpanelen strengere eisen waren gesteld dan waar de aannemer vanuit ging, waardoor hij de aanneemsom niet direct had betaald. Indien dan achteraf door arbiters wordt vastgesteld dat partijen niet de door de opdrachtgever gestelde strengere eisen waren overeengekomen, brengt dit mee dat opdrachtgever ten onrechte betaling heeft opgeschort en ten aanzien van de betaling dus toerekenbaar tekort is geschoten.

Uiteraard moet de betalingsverplichting voor de opdrachtgever dan wel al zijn ontstaan. Partijen komen vaak een betaling in termijnen overeen, die gekoppeld wordt aan de stand van het werk. Zie de zaak van 15 februari 2017 met nr. 35.970 als voorbeeld waarin discussie was of een betaling in termijnen was overeengekomen, of dat was overeengekomen dat de aanneemsom pas na oplevering van het werk diende te worden betaald.

Indien partijen aan een betaling in termijnen de eis verbinden dat een betaling eerst goedgekeurd dient te worden door de opdrachtgever, dan kan de opdrachtgever het ontstaan van de betalingsverplichting volgens arbiters (in het vonnis van 11 juli 2016 met nr. 34.793) niet tegenhouden door geen goedkeuring te verlenen, terwijl de voor die betaling vereiste stand van het werk wel is bereikt.

### 4.2. Verplichtingen aannemer

De hoofdverplichting van de aannemer betreft in het kort het tot stand brengen en opleveren van het werk. Uiteraard ontstaat er vaak discussie over de vraag voor wiens verantwoordelijkheid een gebrek in het werk komt.

De omvang van de verplichtingen van de aannemer bij het tot stand brengen van het werk is mede afhankelijk van de opdrachtgever. De opdrachtgever is immers zelf verantwoordelijk voor het bepalen van de opdracht, voor de door hem gemaakte ontwerpkeuzes en uitvoeringsvoorschriften, alsmede voor de kwaliteit van de van hem afkomstige zaken. Indien een opdrachtgever bijvoorbeeld zelf een onjuist ontwerp aanlevert, kan een aannemer zich mogelijk achter fouten in het ontwerp verschuilen<sup>19</sup>, terwijl een aannemer die zelf een onjuist ontwerp maakt dit niet kan.<sup>20</sup>

Wel rust op de aannemer een verplichting om de opdrachtgever te waarschuwen voor fouten waarvoor de aannemer verantwoordelijk is. In de zaak met nr. 34.167 gaan arbiters er in hun vonnis van 3 mei 2016 vanuit dat deze waarschuwingsplicht geldt als de opdracht onjuistheden bevat die de aannemer kende of behoorde te kennen.<sup>21</sup> De waarschuwingsplicht strekt volgens arbiters niet zo ver dat een aannemer, die niet gespecialiseerd is op het gebied van geluidsisolatie, een eventuele fout in het ontwerp op dat gebied behoorde te onderkennen. In de zaak met nr. 35.664 oordeelden arbiters echter in hun vonnis

17. Zie ook RvA 8 februari 2016, nr. 35.133 (in een situatie dat artikel 6:258 BW werd toegepast).

18. RvA 23 februari 2017, nr. 72.059.

19. RvA 23 juni 2016, nr. 35.610; RvA 17 januari 2017, nr. 35.433 en RvA 3 oktober 2016, nr. 72.025.

20. RvA 22 februari 2017, nr. 35.569.

21. Zie ook RvA 22 september 2016, nr. 34.982.

van 17 januari 2017 dat een aannemer die op basis van gebrekkige informatie over de voor het werk van belang zijnde grondsamenstelling een aanneming had gedaan, bewust het risico had genomen dat er extra bemalingskosten zouden zijn waardoor zij haar waarschuwingsplicht had geschonden.

Uiteraard rust op de aannemer ook een verplichting om het werk (tijdig) op te leveren. Bij de behandeling van de onderwerpen oplevering en bouwtijd kom ik hier nog op terug.

## 5. Beëindiging in onvoltooide staat

Een opdrachtgever is volgens artikel 7:764 lid 1 BW te allen tijde bevoegd om een overeenkomst geheel of gedeeltelijk op te zeggen. Wel zal de opdrachtgever dan conform artikel 7:764 lid 2 BW de voor het gehele werk geldende prijs moeten betalen, verminderd met de besparingen die voor de aannemer uit de opzegging voortvloeien. Een soortgelijke regeling is te vinden in de UAV-voorwaarden, waar het een beëindiging in onvoltooide staat wordt genoemd.

### 5.1. *Verschillende vormen van beëindiging*

Een ontorechte beëindiging van een overeenkomst door de opdrachtgever kan ook worden beschouwd als een beëindiging in onvoltooide staat. In de zaak met nr. 34.695 had een opdrachtgever de aannemer de toegang tot het werk ontzegd en per die datum de overeenkomst partieel ontbonden, omdat de aannemer de hem opgedragen graafwerkzaamheden niet goed zou hebben uitgevoerd. Arbiters waren echter van oordeel dat de aannemer niet verwijtbaar had gehandeld, de aannemer niet in verzuim verkeerde en de ontbinding door opdrachtgever ontorecht was. Op grond daarvan kwamen arbiters op 6 juli 2016 tot het oordeel dat sprake was van een beëindiging in onvoltooide staat, en dat de financiële afrekening tussen partijen overeenkomstig paragraaf 14 lid 10 van de van toepassing zijnde UAV 1989 diende plaats te vinden. Ook in de zaak van 30 november 2016 (nr. 35.885) was sprake van een ontorechte ontbinding die als een beëindiging van het werk in onvoltooide staat werd aangemerkt.

In het vonnis van 8 maart 2016 (nr. 35.221) oordeelden arbiters dat ook door het laten voltooiën van het werk van de aannemer door een derde feitelijk sprake kan zijn van een beëindiging in onvoltooide staat, indien niet is vast komen te staan dat de aannemer is tekortgeschoten of in verzuim is geraakt. Maar ook het ten onrechte ruim een jaar opschorten van werkzaamheden door opdrachtgever kan, wanneer de aannemer dat wenst, worden gezien als een beëindiging in onvoltooide staat. Zie het vonnis van 23 augustus 2016 (nr. 35.351).

### 5.2. *Wat is het werk?*

Voor de vraag of sprake is van een beëindiging in onvoltooide staat, kan ook relevant zijn of sprake is van een totaalopdracht die gefaseerd zou worden uitgevoerd, of dat sprake is van een raamovereenkomst waarvoor deelovereenkomsten gesloten zouden worden.

Volgens arbiters in de zaak met nr. 35.382 kan het niet langer uitvoeren van de gefaseerde uitvoering van de totaalopdracht worden gekwalificeerd als een beëindiging in onvoltooide staat, terwijl bij een raamovereenkomst waarbij geen nieuwe deelovereenkomsten worden gesloten partijen over en weer geen verplichtingen meer zouden hebben. Hoewel de tekst van de overeenkomst volgens arbiters niet heel helder was, komen arbiters uiteindelijk tot de conclusie dat in ieder geval sprake was van een opdracht die in twee delen zou worden opgedragen, en dat in zoverre sprake was van een raamovereenkomst. Doordat het eerste deel geheel is afgerond en de uitvoering van het tweede deel nimmer is opgedragen, is geen sprake van een beëindiging in onvoltooide staat en komt de aannemer geen vergoeding toe.

In de zaak van 23 augustus 2016 (nr. 35.351) speelde ook de vraag of sprake was van een totaalopdracht of van een raamovereenkomst. Omdat volgens arbiters in de overeenkomst in die zaak geen enkele aanwijzing te vinden is dat in twee delen opdracht zou worden gegeven, is volgens arbiters sprake van een ondeelbare overeenkomst. Een eventuele beëindiging in onvoltooide staat houdt dan ook een beëindiging van het gehele werk in.

### 5.3. *Vergoeding wegens beëindiging*

Bij een beëindiging in onvoltooide staat heeft de aannemer recht op de aanneemsom, vermeerderd met de kosten die hij heeft moeten maken als gevolg van de beëindiging en met daarop in mindering gebracht de bespaarde kosten.

Onder kosten als gevolg van de beëindiging kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de afkoop van ingekochte materialen en aan de leegkosten van personeel. In het vonnis van 30 november 2016 stellen arbiters (anders dan arbiters in het vonnis van 4 juli 2016 lijken voorop te stellen) voorop dat op de aannemer de stelplicht en bewijslast van deze kosten rust.

In de zaak met nr. 35.351 maakte de aannemer aanspraak op vergoeding van een door hem bij aanvang van de overeenkomst verstrekte inkoopkorting. Door de beëindiging van de opdracht zou de aannemer deze inkoopkorting niet hebben kunnen realiseren. Dat de aannemer de opdrachtgever bij de opdracht een korting heeft verstrekt, betekent niet dat hij als gevolg van het beëindigen van de overeenkomsten kosten heeft gemaakt. Arbiters stellen vast dat de korting zonder verdere voorwaarden in de aanneemsom was verwerkt, en daardoor niet meer kan worden teruggenomen.

Bij bespaarde kosten is, anders dan bij de kosten als gevolg van de beëindiging, het uitgangspunt dat de aannemer de bespaarde kosten zal moeten stellen, terwijl het aan de opdrachtgever is om te stellen en te bewijzen dat er meer besparingen zijn dan aannemer aangeeft. Dit wordt ook in de vonnissen van 8 maart 2016 (nr. 35.221), 4 juli 2016 (nr. 35.131) en 23 augustus 2016 (nr. 35.351) zo overwogen.

Voordat arbiters toekomen aan de afrekening op grond van paragraaf 14 lid 10 UAV 1989 zullen zij, indien van toepassing, eerst nog het saldo meer- en minderwerk

moeten vaststellen, ter bepaling van de aanneemsom die als uitgangspunt voor de afrekening kan dienen. In het vonnis van 23 augustus 2016 (nr. 35.351) nemen arbiters daarbij tot uitgangspunt, dat ook wanneer over meer- en minderwerk voorafgaand aan de beëindiging door partijen geen overeenstemming is bereikt, dit in beginsel voor verrekening in aanmerking komt.

In de zaak die tot het vonnis van 8 maart 2016 (nr. 35.221) heeft geleid meende de opdrachtgever dat het niet uitgevoerde werk als minderwerk moest worden afgerekend. Arbiters oordeelden dat indien in de overeenkomst tarieven zijn opgenomen voor minderwerk, deze niet van toepassing zijn wanneer geen sprake is van (overeengekomen) minderwerk, maar van afrekening wegens beëindiging in involtooid staat.

## 6. Faillissement, retentierecht en opschorting

### 6.1. *Faillissement en verzuim*

Wat de gevolgen zijn van een faillissement komt ook in een aantal uitspraken van de RvA aan de orde. In het vonnis van 27 februari 2017 (nr. 35.850) oordeelden arbiters dat een faillissement van een aannemer niet automatisch tot gevolg heeft dat die aannemer in verzuim komt te verkeren met betrekking tot de uitvoering van de werkzaamheden. Gelet op artikel 37 Faillissementswet zal de wederpartij de curator van de aannemer een termijn moeten stellen om te verklaren of deze de overeenkomst gestand doet. Pas na een negatief antwoord of het uitblijven van een reactie zou de wederpartij aanspraak kunnen maken op eventuele kosten van herstel door een derde.<sup>22</sup>

Dat het voorgaande niet wegneemt dat partijen contractueel kunnen overeenkomen dat een partij wel gerechtigd is een overeenkomst per direct te ontbinden indien de wederpartij in staat van faillissement verkeert, volgt uit het vonnis van de RvA van 5 april 2016 (nr. 35.312). In dat vonnis oordeelden arbiters dat wanneer partijen zijn overeengekomen dat gefailleerde door het faillissement direct in verzuim verkeert, de wederpartij ook direct tot ontbinding van de overeenkomst mag overgaan. Het verweer van de curator dat ontbinding niet aan de orde was, omdat ten tijde van het faillissement geen sprake was van een tekortkoming en verzuim ging dan ook niet op.

### 6.2. *Vordering in faillissement*

Een wederpartij van een gefailleerde zal om zijn vorderingen te gelde te maken deze ter verificatie moeten aanmelden. Betaling vorderen in een procedure heeft geen zin. In de zaak waarin de RvA op 5 april 2016 (nr. 35.312) uitspraak heeft gedaan, had een wederpartij toch (in conventie) een vordering ingesteld. Omdat die vordering tegen beter weten in was ingesteld, leidt dit volgens arbiters tot een proceskostenveroordeling voor de opdrachtgever.

### 6.3. *Verrekeningsbevoegdheid bij faillissement*

Hoewel vorderingen in een faillissement ter verificatie moeten worden ingediend, en het daardoor lastig is om nog vorderingen op de gefailleerde te innen, kan een beroep op verrekening in die gevallen uitkomst bieden. De bevoegdheid om bij faillissement tot verrekening over te gaan is opgenomen in artikel 53 Faillissementswet. Deze verrekeningsbevoegdheid moet volgens de RvA ruim worden uitgelegd. In het vonnis van 30 maart 2016 (nr. 35.359) straffen arbiters het verweer van een curator dat de verrekeningsbevoegdheid strikt moet worden toegepast (verrekening zou volgens de curator alleen voor tegenvorderingen op hetzelfde project gelden) dan ook af. Arbiters bevestigen dat artikel 37 Faillissementswet een ruime verrekeningsbevoegdheid toekent aan de wederpartij van een gefailleerde. Voldoende is dat de wederpartij van de gefailleerde zowel schuldeiser als schuldenaar is en de vorderingen zijn ontstaan voor de faillietverklaring of voortvloeien uit handelingen die voor de faillietverklaring met de gefailleerde zijn verricht.<sup>23</sup>

### 6.4. *Verrekening garantie bij faillissement*

In het kader van voornoemde verrekeningsbevoegdheid wordt door een wederpartij van een gefailleerde aannemer vaak aanspraak gemaakt op een vergoeding voor het verwerven van (verzekerde) garanties. Uit het vonnis van de RvA van 20 juli 2016 (nr. 35.619) volgt dat partijen in beginsel vrij zijn om op voorhand hier een tarief voor af te spreken, ook wanneer dit tarief flink hoger is dan het gebruikelijke marktconforme tarief van 2% van het totaal van de aanneemsommen.<sup>24</sup> Zo'n afspraak is naar het oordeel van arbiters naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet snel onaanvaardbaar.

### 6.5. *Retentierecht*

Een aannemer heeft het recht om een werk niet af te geven aan de opdrachtgever zolang hij voor zijn prestaties niet is betaald. In het vonnis van 1 februari 2016 (nr. 35.006) achten arbiters het bij het uitoefenen van een retentierecht door een aannemer op een woning van belang of die aannemer op dat moment ook de feitelijke macht over die woning had. Doordat de aannemer de woning al had opgeleverd, had dit volgens arbiters tot gevolg dat de woning niet meer in de macht van de aannemer viel en hij dus geen retentierecht kon uitoefenen. Ook indien de aannemer een bouwterrein heeft verlaten en pas enige tijd later weer terugkeert om een retentierecht te kunnen uitoefenen, zijn arbiters in het vonnis van 23 augustus 2016 (nr. 35.351) van oordeel dat het bouwterrein niet meer in de macht van de aannemer verkeerde en dat hij daardoor geen retentierecht meer kon uitoefenen.

In de uitspraak van 6 januari 2017 (nr. 35.692) was arbiter van oordeel dat zodra voldoende zekerheid is geboden voor betaling van het openstaande bedrag (zoals in dit geval het aanbod om dit bedrag ter zekerheid in depot te storten bij een notaris), de aannemer onvoldoende belang

22. RvA 27 februari 2017, nr. 35.850.

23. Zie ook RvA 22 september 2016, nr. 35.388 en RvA 3 juni 2016, nr. 72.033.

24. Zie ook RvA 27 oktober 2016, nr. 35.200.

had bij feitelijke handhaving van de uitoefening van het retentierecht op het werk.<sup>25</sup>

#### 6.6. Opschorting

In het kort geding vonnis van 4 januari 2016 (nr. 72.008), geven arbiters een duidelijk overzicht aan welke criteria een beroep op opschorting dient te voldoen wil het (in kort geding) kunnen worden toegewezen. Volgens arbiters dient degene die een beroep wil doen op een opschortingsrecht te beschikken over een opeisbare vordering die al opeisbaar moet zijn geweest op het moment dat de op te schorten vordering opeisbaar is geworden. Bovendien moeten de vorderingen voldoende verknochtheid vertonen en dienen de vorderingen een zodanige omvang te hebben dat het inroepen van het opschortingsrecht gerechtvaardigd is.

Veelal is er discussie over de vraag of de vorderingen in redelijke verhouding staan om de opschorting te rechtvaardigen.<sup>26</sup> Maar ook de vraag welke verplichtingen eerst opeisbaar waren speelt vaak een rol. Indien een partij al in verzuim is ten aanzien van een betalingsverplichting, kan deze de betaling niet opschorten voor gestelde gebreken die later zijn ontstaan. Zie onder meer RvA 31 augustus 2016, nr. 35.714 en 17 januari 2017, nr. 35.579.

#### 6.7. Artikel 7:768 BW en opschorting

In artikel 7:768 BW is een bijzondere opschortingsmogelijkheid opgenomen. Zoals arbiters in de vonnissen van 19 januari 2016 (nr. 35.208) en 22 maart 2017 (nr. 35.876) hebben overwogen, geeft artikel 7:768 BW (in geval van een consumentenkoop) opdrachtgevers bij oplevering van een woning het recht om 5% van de aanneemsom bij de notaris in depot te storten. Het depot mag gedurende een periode van drie maanden gehandhaafd blijven, ook als er zich in deze periode in het geheel geen gebreken manifesteren. Gedurende die drie maanden is ook geen rente verschuldigd.<sup>27</sup> Na die drie maanden dient het depotbedrag aan de aannemer te worden uitbetaald, tenzij de opdrachtgevers een beroep doen op opschorting. Aan de hand van de gebreken die na drie maanden nog bestaan moet bepaald worden welk bedrag vrij kan vallen en welk bedrag nog in depot moet blijven.<sup>28</sup>

In de zaak met nr. 72.020 stelden opdrachtgevers zich nog op het standpunt dat een in het contract opgenomen depotregeling (dat 5% bij oplevering mocht worden ingehouden) diende te worden aangemerkt als een boetebeding, en dat de ingehouden 5% niet hoefde te worden terugbetaald na herstel van de gebreken. In het vonnis van 14 april 2016 oordeelden arbiters echter dat de regeling, gelet op de gegeven omstandigheden, redelijkerwijs niet als een boetebeding kon worden aangemerkt.

## 7. Oplevering

Oplevering is een belangrijk moment. Door oplevering gaat het risico van het werk over op de opdrachtgever, en de opdrachtgever ontslaat bij oplevering de aannemer van aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken maar niet heeft gemeld.

### 7.1. Tijdstip van oplevering

Voor een oplevering is vereist dat het werk door de opdrachtgever wordt aanvaard. In diverse uitspraken van de RvA komt de vraag aan de orde of – en wanneer – het werk is opgeleverd. Uit diverse uitspraken volgt dat wanneer een proces-verbaal van oplevering door partijen wordt ondertekend, daarmee ook sprake is van een aanvaarding.<sup>29</sup>

Ook wanneer een proces-verbaal van oplevering is getekend terwijl het werk al eerder in gebruik is genomen of de sleutels pas later zijn overhandigd, doet volgens arbiters in het vonnis van 1 februari 2016 (nr. 35.006) niet aan het uitgangspunt af dat de datum van ondertekening van het proces-verbaal van oplevering leidend is. Ook wanneer er een proces-verbaal is ondertekend terwijl de opdrachtgever enige tijd later ontkent dat oplevering plaats heeft gevonden omdat de installatie niet zou zijn gekeurd, doet hieraan volgens arbiters in het vonnis van 25 januari 2017 (nr. 35.662) niet af.

### 7.2. Weigeren oplevering

In het vonnis van 17 februari 2016 (nr. 35.246) oordeelden arbiters dat een opdrachtgever een oplevering mag weigeren wanneer het werk, gelet op de geconstateerde gebreken, nog niet opleveringsgereed is. Zoals in het vonnis van 12 september 2016 (nr. 35.617) door arbiters is verwoord, kunnen ‘kleine ondergeschikte punten’ niet aan een oplevering in de weg staan. Wanneer het werk geschikt is voor gebruik en dus opleveringsgereed is, kan de oplevering niet door de opdrachtgever worden tegengehouden.<sup>30</sup>

Het feitelijk in gebruik nemen van een werk kan volgens de RvA ook als een aanvaarding worden aangemerkt.<sup>31</sup> In de zaak met nr. 35.973 oordeelde arbiter in het vonnis van 31 maart 2017 dat geen opname van het werk had plaatsgevonden, terwijl de woning wel in gebruik was genomen. Ook in die situatie oordeelde arbiter dat gelet op de aard en de omvang van de gebreken niet kan worden aangenomen dat opdrachtgevers het werk bij ingebruikname van de woning hebben geaccepteerd. Ook in het vonnis van 14 november 2016, nr. 35.544 oordeelde arbiter dat een ingebruikname nog geen oplevering is, nu voor partijen ook duidelijk was dat dit niet het doel was van de ingebruikname.

25. Zie ook RvA 11 mei 2016, nr. 35.297.

26. RvA 14 februari 2017, nr. 35.759; RvA 9 maart 2016, nr. 35.583; RvA 25 april 2017, nr. 35.769; RvA 12 juli 2016, nr. 35.510; RvA 7 juni 2016, nr. 35.785 en RvA 9 juni 2016, nr. 35.144.

27. RvA 4 mei 2016, nr. 35.172.

28. RvA 23 juni 2017, nr. 36.072.

29. RvA 12 september 2016, nr. 35.617 en RvA 21 december 2016, nr. 35.642.

30. RvA 24 mei 2017, nr. 36.030.

31. RvA 21 december 2016, nr. 35.642 en RvA 31 maart 2017, nr. 35.973.

## 8. Bouwtijd

Indien partijen een vaste bouwtijd overeenkomen, hebben opdrachtgevers in beginsel recht op een schadevergoeding wegens te late oplevering indien de aannemer niet tijdig oplevert. Vaak komen partijen een boete of korting overeen indien de overeengekomen bouwtijd wordt overschreden.<sup>32</sup>

### 8.1. Fatale oplevertermijn

Uiteraard speelt in dit kader de vraag in hoeverre partijen een fatale opleverdatum zijn overeengekomen.<sup>33</sup> In de zaak met nr. 35.671 waren partijen aanvankelijk geen fatale termijn overeengekomen, maar meende de opdrachtgever dat later alsnog een fatale opleveringstermijn was overeengekomen doordat tijdens het werk gesproken zou zijn over concrete opleverdata. In het vonnis van 27 januari 2017 oordelen arbiters dat het enkel spreken over een opleverdatum nog niet maakt dat een fatale oplevertermijn is overeengekomen.

### 8.2. Bouwtijdverlenging

Indien een aannemer de overeengekomen opleverdatum niet haalt, kan hij in overleg met de opdrachtgever proberen de opleverdatum op te schuiven. In een aantal zaken komen partijen vrijwillig een nadere datum overeen. Zo ook in de zaak met nr. 34.982.<sup>34</sup> Gelet op die nadere afspraak was er in dat geval geen sprake van een bouw-tijdoverschrijding.

Arbiters in de zaak met nr. 34.498<sup>35</sup> oordelen dat hoewel de aannemer niet om bouwtijdverlenging heeft gevraagd, de opdrachtgever gelet op het bepaalde in paragraaf 8 lid 4 UAV 1989 toch eigener beweging de bouwtijdverlenging had moeten verlenen gelet op de aan de opdrachtgever te wijten vertraging. In het vonnis van 18 oktober 2016 (nr. 72.042) achten arbiters het juist wel van belang dat niet om bouwtijdverlenging is verzocht.

### 8.3. Oorzaken vertraging

Indien de vertraging voor rekening komt van de opdrachtgever, kan de bouwtijd worden verlengd. Een trage of onjuiste informatieverstrekking speelde een rol in de vonnissen van 22 september 2016 (nr. 34.982) en 10 augustus 2016 (nr. 34.498).

Ook door een opdrachtgever opgedragen meerwerk kan reden zijn om de bouwtijd te verlengen. In het vonnis van 25 november 2016 (nr. 35.543) oordeelde arbiter dat niet elk meerwerk een bouwtijdverlenging rechtvaardigt. Arbiter verwijst daarbij naar paragraaf 36 lid 3 UAV 1989, waaruit valt af te leiden dat aannemer geacht moet worden 10% van de aanneemsom als meerwerk binnen de overeengekomen bouwtijd te kunnen realiseren, zodat aannemer in beginsel recht heeft op bouwtijdverlenging over het meerdere. In de zaak met nr. 35.006<sup>36</sup> bedroeg het meerwerk ongeveer 4% van de aanneemsom. In die

zaak oordeelden arbiters dan ook dat dit geen aanleiding geeft tot een bouwtijdverlenging, temeer ook omdat niet te kennen gegeven was dat het meerwerk tot een langere bouwtijd zou leiden.

Door onwerkbaar dagen kan ook vertraging worden opgelopen. Omdat onwerkbaar dagen in beginsel voor rekening en risico van de aannemer komen, zullen onwerkbaar dagen niet tot een bouwtijdverlenging leiden. Dit is echter anders wanneer de onwerkbaar dagen door toedoen van de aannemer zijn ontstaan, doordat bijvoorbeeld door aan de opdrachtgever toe te rekenen omstandigheden de (weersgevoelige) werkzaamheden in de winter moesten plaatsvinden. Dit was voor arbiters in voornoemde zaak met nr. 35.006 reden om bouwtijdverlenging toe te staan voor onwerkbaar dagen.

## 9. Afronding

In dit tweede deel van de kroniek is aandacht besteed aan de inhoudelijke beoordeling van geschillen door de RvA. Voor een bespreking van de formele verweren die een inhoudelijke beoordeling van geschillen door de RvA overbodig maken verwijs ik naar het eerste deel van deze kroniek.<sup>37</sup>

32. RvA 23 maart 2016, nr. 35.559.

33. RvA 15 februari 2017, nr. 35.970; RvA 27 januari 2017, nr. 35.671 en RvA 29 augustus 2016, nr. 72.029.

34. RvA 22 september 2016, nr. 34.982.

35. RvA 10 augustus 2016, nr. 34.498.

36. RvA 1 februari 2016, nr. 35.006.

37. Zie VGR 2017, afl. 2, p. 29 e.v.