



Dit document is afgedrukt via IBRTracker op 17-8-2017 en uitsluitend bedoeld voor licentiehouder
b.veen@shadv.nl.

nr. 2 - februari 2016 (/docs/articles/2016/februari[1])

Deel dit artikel ([https://twitter.com/intent/tweet?text=nr. 2 - februari 2016%20TBR 2016-29 Aannemer failliet na oplevering&via=Instituut_BR&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2016/februari/tbr-2016-29](https://twitter.com/intent/tweet?text=nr.2-februari2016%20TBR2016-29-Aannemerfaillietnaoplevering&via=Instituut_BR&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2016/februari/tbr-2016-29))
([https://www.linkedin.com/shareArticle?mini=true&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2016/februari/tbr-2016-29&title=nr. 2 - februari 2016%20TBR 2016-29 Aannemer failliet na oplevering&source=IBR Tracker](https://www.linkedin.com/shareArticle?mini=true&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2016/februari/tbr-2016-29&title=nr.2-februari2016%20TBR2016-29Aannemerfaillietnaoplevering&source=IBRTracker))
([https://www.facebook.com/sharer/sharer.php?u=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2016/februari/tbr-2016-29&t=IBR Tracker%20nr. 2 - februari 2016%20TBR 2016-29 Aannemer failliet na oplevering](https://www.facebook.com/sharer/sharer.php?u=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2016/februari/tbr-2016-29&t=IBRTracker%20nr.2-februari2016%20TBR2016-29Aannemerfaillietnaoplevering)) (mailto:subject=IBR Tracker Artikel delen&body=Ik vond dit artikel in IBR Tracker:%0D%0Ahttp://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2016/februari/tbr-2016-29)

TBR 2016/29

Raad van Arbitrage voor de Bouw 3-2-2015, No. 34.812, (Aannemer failliet na oplevering)

Mr. E.J. van Sandick, ir. J.C.B. Robers en L.TH. Verriet

UAV 1989 : par. 42, ; Fw : art. 37,

Afwikkeling aannemingsovereenkomst na ontbinding door opdrachtgever. Aannemer failliet na oplevering. Curator maakt aanspraak op betaling. :

Met gastnoot B.R. van Veen, N. Mijinke¹, Red.

De gronden van de beslissing

De bevoegdheid

4. De bevoegdheid van arbiters tot beslechting van het onderhavige geschil bij scheidsrechterlijk vonnis staat onbetwist tussen partijen vast. Zij berust op artikel 8.2 van de tussen B en C gesloten aannemingsovereenkomst waarin een arbitraal beding is opgenomen dat verwijst naar de Raad en zijn statuten.

De feiten

5. Tussen partijen staat het volgende vast:

Het verweer

8. B stelt dat A niet-ontvankelijk is in haar vorderingen omdat zij geen rechthebbende is op de vermeende vorderingen van C op B. B stelt voorts dat er gebreken zijn aan het werk, dat het werk te laat is opgeleverd en dat zij vanwege het faillissement van C geen beroep meer kan doen op de door C afgegeven garanties en dat zij als gevolg daarvan schade heeft geleden, welke schade zij verrekent met de vorderingen van A. B beroept zich voorts op haar opschortingsrecht. B concludeert:

'Met conclusie

B verzoekt uw Raad bij vonnis, voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad,

Primair

voorafgaand aan de (eventuele) inhoudelijke beoordeling van het onderhavige geschil eerst te beslissen op het preliminair verweer van B en A in haar vordering(en) niet-ontvankelijk te verklaren;

Subsidiar

A in haar vordering(en) niet-ontvankelijk te verklaren dan wel deze als ongegrond en/of niet bewezen af te wijzen, althans te matigen;

Zowel primair als subsidiair

A te veroordelen in de kosten van deze procedure, waaronder begrepen een tegemoetkoming in de kosten van juridische bijstand.'

- a. Op 1 juli 2008 heeft B met C te Z (hierna: C) een aannemingsovereenkomst gesloten voor de bouw van een opslag loods te Y, voor een aanneemsom van € 2.070.000,00;
- b. Op deze overeenkomst zijn de Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken 1989 (UAV 1989) van toepassing;
- c. In artikel 3 van de aannemingsovereenkomst staat:
'3.1 Aannemer zal met het werk starten in week 26 te 2008.
3.2 De oplevering van het complete werk zal uiterlijk, conform planning (bijlage 9), maximaal 8 maanden na start werkzaamheden plaatsvinden. [...]';
- d. Op 24 juni 2008 is C gestart met de bouw;
- e. Het werk is op 20 maart 2009 opgeleverd;
- f. In paragraaf 01.02.42 van het bestek staat:
'De korting, bedoeld in paragraaf 42 van de U.A.V., bedraagt € 1.500,- per kalenderdag. [...]';
- g. Er is directie gevoerd op het werk;
- h. C is op 19 mei 2009 in staat van faillissement verklaard, met benoeming van mr. R.E.A. Ruiter tot curator;
- i. Bij brief van 26 mei 2009 schrijft de curator aan B:
'Uit de faillissementsadministratie is gebleken dat de facturen uit bijgaande specificatie nog door u voldaan dienen te worden.
Genoemde facturen zijn, volgens de thans aan mij ter beschikking staande gegevens, door gefailleerde verpand aan een bankinstelling. De curator heeft van de bank opdracht gekregen om de aan haar verpande vorderingen te innen.
[...];
- j. In haar reactie op voornoemde brief van 29 mei 2009 maakt B melding van haar eerdere brief aan de curator van 20 mei 2009 waarbij zij de curator ex artikel 37 Fw een termijn van zes dagen heeft gesteld waarbinnen deze zich bereid kon verklaren de overeenkomst tussen B en C gestand te doen. Bij gebreke van een dergelijke verklaring zou B de overeenkomst ontbinden;
- k. Bij brief van 29 mei 2009 heeft B de overeenkomst ontbonden en tevens een beroep gedaan op haar opschortingsrecht;
- l. Bij brief van 19 december 2011 schrijft de curator:
'Naar aanleiding van uw verzoek in bovenvermeld faillissement bevestig ik thans schriftelijk dat in het faillissement van C en D, een vaststellingsovereenkomst is gesloten tussen ondergetekende in zijn hoedanigheid van curator in bovenvermeld faillissement, ING Bank N.V. en A, E en F, waarin het navolgende is vastgelegd:
"Artikel 4: overdracht vorderingen
Lid 1 De curator draagt door ondertekening van deze overeenkomst de volledige debiteurenportefeuille van C - bezwaard met het pandrecht van ING - over aan F en A gezamenlijk (...) Ondertekening van deze overeenkomst geldt als ondertekening van een tot cessie bestemde akte als bedoeld in artikel 3:94 Burgerlijk Wetboek."
Uit deze passage blijkt aldus dat de debiteuren van C zijn overgedragen aan F en A [...] Het voorgaande brengt met zich dat de boedel ter zake geen aanspraken meer heeft.';
- m. Bij brief van 17 januari 2012 schrijft de ING Bank aan A:
'Conform uw verzoek bevestigen wij u hierbij dat ING Bank N.V. geen pandrecht meer heeft op de debiteuren van C welke door de curator zijn overgedragen aan A, F, G en H';
- n. A en F te Z (hierna: F) hebben een overeenkomst gesloten waarin staat (kennelijke taal- en typfouten zijn gecorrigeerd):
'Overwegende dat:
A. Bij vaststellingsovereenkomst getekend respectievelijk 23 en 25 augustus 2011, werd een regeling getroffen tussen de curator, de ING-bank, de heren I en J, de vennootschappen A, F, G en H;
B. Onderdeel van die regeling is dat de vorderingen van C werden overgedragen aan F en A gezamenlijk;
C. De vennootschap F derhalve op grond van de voornoemde vaststellingsovereenkomst gesloten tussen de curator in de faillissementen van C en D, mede gerechtigd tot de volledige debiteurenportefeuille van C;
D. Partijen F en A thans sedert aanvang 2012 doende zijn de debiteuren te benaderen;
E. Deze daarbij tegen een aantal problemen zijn oplopen;
F. In april van 2012 is al mondeling overeenstemming bereikt tussen de directie van A en de curator, als "vertegenwoordiger" van de vennootschap F, over de overdracht van deze 50% van de debiteurenportefeuille aan A, teneinde deze gerezen problemen op te lossen;
G. Door omstandigheden is de ondertekening van deze overeenkomst nog niet geformaliseerd;

H. Materieel is A daarmee van het voorjaar van 2012 volledig gerechtigd tot de opbrengsten uit deze vorderingen, en;
 I. Toekomstige opbrengsten uit de verkochte vorderingen komen daarmee volledig ten gunste van A.
 Partijen komen deswege alsnog overeen c.q. bekrachtigen hiermede de in april van 2012 gemaakte afspraken als volgt:

Artikel 1:

F draagt bij deze de aan haar – middels voornoemde vaststellingsovereenkomst – overgedragen vorderingen van C over aan A.

A verklaart hierbij uitdrukkelijk deze overdracht te aanvaarden.

[...]

Artikel 2:

A is dan ook ingevolge deze overeenkomst thans enig rechthebbende op de debiteuren van C

[...];

o. Deze overeenkomst is door A, D en F op 7 maart 2013 en door mr. R.E.A. Ruiter als curator van D ("welke vennootschap moeder en bestuurder is van F"), op 12 maart 2013 ondertekend;

p. Op 12 maart 2013 is F ontbonden;

q. In mei 2009 is D (hierna: D), aandeelhoudster tevens bestuurder van F, in staat van faillissement verklaard;

r. Op 18 mei 2009 heeft B de door de ING Bank ten behoeve van C gestelde bankgarantie van € 103.500,00 getrokken;

s. In de bankgarantie staat:

'[...]

De bank verbindt zich derhalve op grond van deze garantie, op eerste schriftelijk verzoek van de opdrachtgever en onder diens bindende mededeling dat de aannemer in de nakoming van zijn vorenbedoelde verplichtingen is tekortgeschoten, als eigen schuld en zonder enig ander of meerder bewijs van verschuldigdheid te kunnen verlangen, aan de opdrachtgever te zullen voldoen [...];

t. B heeft facturen van C onbetaald gelaten tot een bedrag van € 121.082,50 inclusief btw.

De vordering

6. A stelt dat B haar betalingsverplichtingen op grond van de tussen C en B gesloten overeenkomst niet nakomt. A stelt voorts dat B ten onrechte de door C gestelde bankgarantie heeft getrokken. Nu, zoals A stelt, de vorderingen van C zijn overgedragen aan A, vordert A:

'REDENEN WAAROM:

Verzoekster zich wendt tot Uw Raad met het verzoek:

I. verweerster uitvoerbaar bij voorraad te veroordelen aan verzoekster te betalen het bedrag van € 301.093,75 althans een door Uw Raad in goede justitiën vast te stellen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente over genoemd bedrag vanaf de datum van dit verzoekschrift;

II. verweerster uitvoerbaar bij voorraad te veroordelen in de kosten van onderhavige procedure en een bijdrage in de kosten van rechtskundige bijstand aan de zijde van verzoekster.'

7. Voornoemd bedrag is als volgt opgebouwd:

openstaande facturen	€ 121.082,50
getrokken bankgarantie	€ 103.500,00
verrekende bedragen	€ 23.488,75 -/-
rente	€ 90.000,00 +/+
buitengerechtelijke kosten	€ 10.000,00 +/+
totaal	€ 301.093,75

De beoordeling van het geschil

9. B stelt dat A niet-ontvankelijk is in haar vorderingen. Hiertoe doet B een beroep op artikel 37 Faillissementswet (Fw). B stelt dat, nu de curator niet binnen de door haar gestelde termijn zich bereid heeft verklaard de overeenkomst tussen haar en C gestand te doen, de curator het recht om nakoming van de overeenkomst te vorderen heeft verloren. Aangezien een cedent niet méér rechten kan overdragen dan hij zelf heeft, heeft A als cessionaris in dit geval geen recht om nakoming te vorderen, aldus B.

10. Arbiters overwegen dat artikel 37 Fw is geschreven voor wederkerige overeenkomsten. Indien de overeenkomst ten tijde van de faillietverklaring zowel door de schuldenaar als door zijn wederpartij niet of niet geheel is nagekomen en de curator zich niet binnen een door de wederpartij gestelde redelijke termijn bereid verklaart de overeenkomst gestand te doen, verliest de curator zijn recht om nakoming van de overeenkomst te vorderen.

11. Arbiters zijn van oordeel dat het verliezen van het recht op nakoming in artikel 37 Fw niet is geschreven voor de situatie waarin vóór het faillissement de failliet de overeengekomen prestatie al heeft verricht, waardoor er voor de wederpartij geen schade ontstaat door het faillissement, althans geen schade die in omvang de waarde van de reeds door de failliet verrichte prestatie overstijgt. Van dit laatste is, zoals verderop in het vonnis zal blijken, geen sprake.

12. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt bovendien niet dat de wetgever heeft bedoeld dat de uiterste consequentie van artikel 37 Fw is dat de curator in dat geval geen enkele vergoeding kan vorderen van door de failliet vóór faillissement verrichte werkzaamheden. Een dergelijke consequentie is met het oog op het uitgangspunt van het faillissementsrecht onaanvaardbaar, omdat daarmee feitelijk de paritas creditorum wordt doorbroken en de boedel verstoken blijft van baten waarop recht bestaat.

13. Gelet op het voorgaande passeren arbiters dit ontvankelijkheidsverweer van B.

14. Als gevolg van de ontbinding van de overeenkomst zijn voor beide partijen ongedaanmakingsverbintenissen ontstaan. B stelt dat, nu deze verbintenissen zijn ontstaan ná datum faillissement, deze niet vallen onder "de debiteurenportefeuille van C", zoals genoemd in de vaststellingsovereenkomsten. Onder de debiteurenportefeuille vallen enkel de vorderingen van C die zijn ontstaan vóór het faillissement, toen ze nog bezwaard konden zijn met het pandrecht van ING, aldus B. Nu de vordering uit de ongedaanmakingsverbintenissen niet zijn overgedragen aan A, is zij, zo stelt B, niet-ontvankelijk in haar vordering.

15. Nu de aannemingsovereenkomst vóór het sluiten van de vaststellingsovereenkomst tussen de curator en A en F door B is ontbonden, was het naar het oordeel van arbiters voor alle partijen duidelijk dat met de omschrijving in de vaststellingsovereenkomst van hetgeen werd overgedragen aan A en F, feitelijk bedoeld was het overdragen van de vordering uit de ongedaanmakingsverbintenissen.

16. Gelet op het voorgaande passeren arbiters dit ontvankelijkheidsverweer van B.

17. B stelt dat uit de overeenkomst tussen de curator en A en F blijkt dat de curator de volledige debiteurenportefeuille van C heeft overgedragen aan A en F gezamenlijk. Ten aanzien van de debiteurenvorderingen van C is tussen A en F een gemeenschap aanwezig, aldus B. B stelt dat enkel A en F gezamenlijk gerechtigd zijn de onderhavige rechtsoverdracht in te stellen, althans dat A daartoe bevoegd is ten behoeve van de gemeenschap. Met de overeenkomst tussen A en F heeft geen verdeling van de gemeenschap plaatsgevonden nu dit, omdat F bij het aangaan van deze overeenkomst feitelijk het vrije beheer over haar goederen kwijt was, bij notariële akte had moeten plaatsvinden. Daarbij komt dat de betreffende overeenkomst is gesloten nadat F was ontbonden, zodat namens F geen rechtsgeldige overeenkomst kan zijn aangegaan, omdat F bij gebrek aan baten op het moment van ontbinding is opgehouden te bestaan. A is derhalve niet-ontvankelijk in haar vordering, aldus nog steeds B.

18. Het standpunt van B dat verdeling van de gemeenschap bij notariële akte had dienen plaats te vinden omdat F wegens het faillissement van haar aandeelhoudster en bestuurder, D, (juridisch wel maar) feitelijk niet in staat was om te beschikken over haar goederen, vindt naar het oordeel van arbiters geen steun in het recht. Nu F zelf niet failliet was kon verdeling van de gemeenschap naar het oordeel van arbiters vormvrij geschieden.

19. Arbiters constateren dat de betreffende overeenkomst namens A en F op 7 maart 2013, derhalve vóór ontbinding van F, is ondertekend. Dat de curator van D de overeenkomst op de dag van ontbinding van F heeft ondertekend, doet, nu F niet failliet is, niet ter zake. Daarbij komt dat met het ondertekenen van deze overeenkomst een in april 2012 mondeling gemaakte afspraak tot overdracht van de aan F overgedragen vorderingen van C aan A werd bevestigd.

20. Gelet op het voorgaande passeren arbiters dit ontvankelijkheidsverweer van B.

21. B stelt dat uit de bankgarantie blijkt dat ING het door haar gegarandeerde bedrag aan B heeft betaald als eigen schuld. Een vordering wegens onverschuldigde betaling, omdat B zich ten onrechte onder de bankgarantie zou hebben laten uitbetalen, komt in dit geval dus toe aan ING en niet aan C. Deze vordering kon dan ook niet door de curator worden overgedragen nu deze nooit tot de debiteurenportefeuille van C heeft behoord, aldus nog steeds B. B stelt voorts dat de vordering uit onverschuldigde betaling evenals een vordering uit wanprestatie en uit onrechtmatige daad, zijn ontstaan nadat ING aan B heeft betaald en dat was ná datum faillissement, zodat deze vorderingen niet vallen onder "de debiteurenportefeuille van C", zoals genoemd in de vaststellingsovereenkomsten. A is derhalve niet-ontvankelijk in haar vordering voor zover deze betrekking heeft op de uitbetaling onder de bankgarantie, aldus B.

22. Arbiters overwegen dat betaling door een bank op grond van een gestelde bankgarantie wordt beschouwd als betaling door de opdrachtgever, in dit geval C, zodat niet ING maar C een vordering heeft verkregen op B.
23. De grondslag van de vordering van A op B is wanprestatie, dan wel onverschuldigde betaling, dan wel ongerechtvaardigde verrijking dan wel onrechtmatige daad, omdat de bankgarantie is getrokken terwijl er geen sprake was van een tekortkoming van C. Deze vordering kan, niettegenstaande hetgeen hiervoor is overwogen met betrekking tot betaling van het uitgevoerde werk, naar het oordeel van arbiters niet worden begrepen als 'afwikkeling van de debiteurenportefeuille van C', zoals genoemd in de vaststellingsovereenkomst, zodat het niet de bedoeling van partijen is geweest dat deze vordering is overgegaan op A.
24. Arbiters passeren het door A in algemene termen gestelde bewijsaanbod als onvoldoende gespecificeerd. Weliswaar is aangegeven over welke onderwerpen getuigen een verklaring kunnen afleggen, maar in dusdanig algemene bewoordingen dat daarin geen specifiek te bewijzen stellingen kunnen worden gelezen.
25. Gelet op het voorgaande is A niet-ontvankelijk in haar vordering voor zover deze betrekking heeft op de uitbetaling onder de bankgarantie.
26. B stelt dat de ingestelde vordering wegens niet betaalde facturen hooguit € 101.750,00 kan bedragen. Het btw-gedeelte van de openstaande facturen moet door C worden afgedragen aan de Belastingdienst en komt derhalve niet toe aan C, zodat de curator dit deel van de vordering niet kon overdragen aan A. Daarbij komt dat A de btw-afdracht van die vordering niet verzorgt, omdat zij niet de prestatie heeft geleverd waarover btw wordt geheven, zodat het ook niet voor de hand ligt het btw-gedeelte aan A over te dragen, aldus B.
27. Arbiters zijn van oordeel dat B de factuursom inclusief btw is verschuldigd en dat het B niet regardeert hoe C dan wel A het btw-gedeelte met de Belastingdienst denkt af te wikkelen, zodat dit verweer van B faalt.
28. B stelt dat partijen zijn overeengekomen dat de binnen- en buitenwanden van de loods zouden worden uitgevoerd in 'schoonwerk beton'. Dat betekent dat deze wanden zonder scheuren en/of oneffenheden en/of grindnesten zouden worden gerealiseerd, aldus B. B stelt dat het beton niet voldoet aan de overeenkomst. B stelt voorts dat de randen van de vloer niet vloeiستofdicht zijn afgekit en dat de nooddeuren niet zijn afgekit. Als gevolg van het voorgaande heeft B, zo stelt zij, € 62.440,00 exclusief btw aan schade geleden. Voornoemd bedrag ziet op het glad en zonder oneffenheden afwerken van de wanden door een derde en op het afkitten van de randen van de vloer en de nooddeuren.
29. Uit het bestek blijkt dat het betonoppervlak dient te voldoen aan NEN 6722-02, klasse A. Arbiters overwegen dat aan het betonoppervlak voor deze betonklasse geen bijzondere (esthetische) eisen worden gesteld.
30. B stelt dat het 'schoonwerk beton' aanvullend op het bestek is overeengekomen en verwijst voor de onderbouwing van deze stelling naar verslagen en de offerte. Feitelijk is een upgrade naar oppervlakteklassekwaliteit B (conform NEN 6722-02) dan wel oppervlakteklassekwaliteit B1 (conform de CUR-Aanbeveling 100) overeengekomen, aldus B.
31. Arbiters constateren dat in de betreffende verslagen en in de offerte wordt gesproken over 'schoonwerk beton' en de aankoop van een triplex plaat voor in de bekisting. Arbiters overwegen dat voor de uitvoering van beton met een oppervlakteklassekwaliteit B dan wel B1, gelet op de complexiteit daarvan, duidelijk moet worden gespecificeerd aan welke specifieke eisen het beton moet voldoen. Arbiters zijn van oordeel dat een dergelijke specificatie ontbreekt, althans dat het overeengekomen gebruiken van een nieuwe triplex plaat in de bekisting daartoe niet voldoende is. Daarbij komt dat naar het oordeel van arbiters met het gebruiken van een nieuwe triplex plaat in de bekisting niet per definitie scheuren en/of oneffenheden en/of grindnesten in het beton worden voorkomen. De stelling van B dat daarmee het 'schoonwerk beton' zou worden gerealiseerd, volgen arbiters dan ook niet.
32. Ook uit de verslagen van 15 februari en 17 maart 2008 blijkt arbiters niet dat partijen met de term 'schoonwerk beton' hebben bedoeld beton zonder scheuren en/of oneffenheden en/of grindnesten. Daarin staat immers dat de wanden en vloeren bestand dienen te zijn tegen inwerking van kunstmest, hetgeen niet alleen maar zo kan zijn als het oppervlak van de wanden egaal is. Datzelfde heeft te gelden voor de opmerking in de bouwverslagen van 20 januari en 4 maart 2009 over het controleren van de vlakheid van wanden en vloeren met een shovel.

33. De stelling van B dat partijen tijdens de bouw nader zijn overeengekomen parelbeton te gebruiken om scheuren en/of oneffenheden en/of grindnesten in het beton te voorkomen, is door A gemotiveerd betwist en vervolgens door B niet nader onderbouwd. Arbiters passeren deze stelling dan ook. Datzelfde heeft te gelden voor de stelling van B dat tijdens een schouw in november 2007 tussen partijen duidelijk was dat de wanden glad en zonder oneffenheden dienden te worden gerealliseerd.
34. Arbiters overwegen voorts dat tijdens het werk directie is gevoerd en dat de directievoerder bij de oplevering aanwezig is geweest (het proces-verbaal van oplevering is ook door de directievoerder opgesteld). Arbiters zijn van oordeel dat, indien partijen zijn overeengekomen dat de betonnen wanden zonder scheuren en/of oneffenheden en/of grindnesten zouden worden gerealiseerd, tijdens de bouw en in ieder geval bij de oplevering had kunnen en moeten worden geconstateerd dat niet aan de overeenkomst werd/was voldaan. De stelling van B dat eerst nadat het beton onder hoge druk is gereinigd is geconstateerd dat niet was voldaan aan hetgeen is overeengekomen achten arbiters niet aannemelijk. Daarbij komt dat in het proces-verbaal van oplevering geen melding is gemaakt van het niet kunnen controleren van het beton om welke reden dan ook.
35. Gelet op het voorgaande wijzen arbiters de vordering van B ter zake van de afwerking van de wanden af.
36. A heeft voor de gebreken ter zake van de betonnen wanden op het proces-verbaal een bedrag van € 2.000,00 op haar vordering in mindering gebracht.
37. De stelling van B dat niet alle ten tijde van de oplevering bekende gebreken aan de betonnen wanden op het proces-verbaal zijn vermeld, is door A betwist en vervolgens door B niet nader onderbouwd. Arbiters passeren deze stelling dan ook.
38. Arbiters achten het door A in mindering gebrachte bedrag voor de op het proces-verbaal vermelde gebreken ter zake van de betonnen wanden te laag en bepalen dit bedrag, mede op grond van de door B overgelegde foto's, waarvan arbiters overigens niet is gebleken dat daarop méér staat dan die betreffende gebreken, in billijkheid op € 15.000,00. Arbiters zullen dan ook een bedrag van (€ 15.000,00 -/- € 2.000,00 =) € 13.000,00 toewijzen.
39. Arbiters constateren dat in het proces-verbaal niet is opgenomen dat de randen van de vloer en de nooddeuren niet zijn afgekit, zodat B dit heeft geaccepteerd. Dat deze gebreken, zoals B stelt, buiten de oplevering zijn gehouden is arbiters niet gebleken. In de brief van 13 maart 2009 van C, waarnaar door B wordt verwezen, wordt daarover in ieder geval niet gesproken.
40. Gelet op het voorgaande wijzen arbiters de vordering van B ter zake van het afkitten van de randen van de vloer en de nooddeuren af.
41. B stelt dat partijen zijn overeengekomen dat de dilataties in de vloer zodanig worden uitgevoerd dat ze geen belemmering vormen voor shovels die met schepbakken over de vloer schuiven. B stelt dat de dilataties niet voldoen aan de overeenkomst en dat zij als gevolg daarvan € 9.450,00 exclusief btw aan schade heeft geleden. Voornoemd bedrag ziet op het uitzagen van dilatatievoegen en het vullen van de dilataties, zodanig dat een shovel geen hinder heeft van de dilatatie.
42. De stelling van B dat uit paragraaf 21.51.10-a van het bestek volgt dat de dilataties in de vloer geen belemmering mogen vormen voor shovels, volgen arbiters niet. Daarin staat immers dat de dilatatievoegen zodanig dienen te worden uitgevoerd dat ze niet leiden tot extra stootbelasting op rollend materieel en dat rekening dient te worden gehouden met zeer zware belasting van de dilatatieprofielen.
43. Ook uit de opmerking in het bouwverslag van 4 maart 2009: *'Er wordt afgesproken dat voor de oplevering met een shovel gecontroleerd wordt of de vlakheid van de wanden en vloeren voldoet.'* volgt zulks naar het oordeel van arbiters niet.
44. Gelet op het voorgaande wijzen arbiters deze vordering van B af.
45. B stelt een bedrag van € 960,00 aan schade te hebben geleden omdat C haar verplichting om zorg te dragen voor een certificaat, inhoudende dat de vloer voldoet aan de gestelde eisen met betrekking tot vloeistofdichtheid en voor een jaarlijkse controle van de vloer (op grond van paragraaf 21.51.10-a van het bestek) niet is nagekomen en vanwege het faillissement ook niet meer kan nakomen. De schade is door B onderbouwd met een factuur van 6 december 2010 van Leycon Inspectie.
46. Nu A deze vordering heeft erkend, wijzen arbiters deze toe.
47. B stelt dat de staalconstructie ter plaatse van de windverbanden niet voldoet aan de overeenkomst en dat zij

als gevolg daarvan € 6.250,00 exclusief btw aan schade heeft geleden.

48. Met A constateren arbiters dat daaromtrent niets staat vermeld in het proces-verbaal van oplevering, zodat B de constructie als zodanig heeft geaccepteerd. Dat eerder in een bouwvergadering melding is gemaakt van het niet aangebracht zijn van ankers ter plaatse van de windverbanden, maakt het voorgaande niet anders.

49. B stelt dat de belettering op de poorten niet is aangebracht en dat zij als gevolg daarvan € 1.500,00 exclusief btw aan schade heeft geleden.

50. Arbiters constateren dat in het proces-verbaal van oplevering staat vermeld dat de belettering op de poorten nog moet worden aangebracht. C heeft zich daartoe dan ook verplicht. De stelling van A dat partijen zulks niet zijn overeengekomen passeren arbiters dan ook.

51. B heeft voor het aanbrengen van de belettering door een derde een factuur overgelegd. De hoogte van deze factuur is door A niet betwist.

52. Arbiters constateren dat B niet € 1.500,00 exclusief btw maar € 1.460,00 exclusief btw heeft betaald voor het aanbrengen van de belettering. Dit blijkt immers uit de betreffende factuur. Arbiters constateren voorts dat A voor de belettering op de poorten een bedrag van € 500,00 op haar vordering in mindering heeft gebracht. Arbiters zullen dan ook een bedrag van (€ 1.460,00 -/- € 500,00 =) € 960,00 toewijzen.

53. B stelt dat C het werk 30 dagen te laat heeft opgeleverd. A is daarom op grond van paragraaf 01.02.42 van het bestek aan B een schadevergoeding van € 37.500,00 (= 25 x € 1.500,00) verschuldigd, aldus B.

54. Arbiters constateren dat in de verslagen van bouwvergaderingen 03 en 04 van 24 oktober 2008 respectievelijk 28 december 2008 het aantal voor C onwerkbaar werkdagen wordt genoteerd. Uit de verslagen van de bouwvergaderingen 05 en 06 van 20 januari 2009 respectievelijk 4 maart 2009 blijkt dat door de aanwezigheid is gesproken over de voor C op dat moment nog beschikbare bouwtijd in werkbare werkdagen. In het verslag van bouwvergadering 06 staat dat dit 15 dagen zijn. Tijdens alle hiervoor genoemde bouwvergaderingen zijn B en de directievoerder aanwezig geweest. Deze, door de directie opgestelde verslagen zijn, behoudens het laatste verslag, telkens goedgekeurd. In de aannemingsovereenkomst is een bouwtijd van acht maanden overeengekomen. B had zich aan de overeenkomst kunnen houden maar heeft dat, gelet op de inhoud van de bouwverslagen, kennelijk niet gedaan. Daarbij komt dat de advocaat van B bij brief van 4 oktober 2010 stelt dat het werk op grond van de overeenkomst op 20 maart 2009 opgeleverd had moeten worden.

55. Gelet op het voorgaande zijn arbiters van oordeel dat A er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat B tot 20 maart 2009 geen aanspraak zou maken op de overeengekomen korting. Dat in de correspondentie met de curator door B een beroep op de korting is gedaan (overigens per 30 september 2009, omdat B van mening was dat het werk nog niet was opgeleverd) maakt het voorgaande niet anders. Arbiters wijzen deze vordering van B af.

56. B stelt dat na oplevering het werk zodanige gebreken had dat de loods niet in gebruik kon worden genomen. Met name de gebreken aan de betonnen wanden van de loods stonden een in gebruikname van de loods in de weg, aldus B. B stelt dat vanwege het noodzakelijke herstel de loods eerst op 1 oktober 2009 gebruiksklaar en dus verhuurbaar is geworden waardoor zij € 129.800,00 (= 3000 m² x € 90,00 per m² per jaar aan huurprijs) aan schade heeft geleden.

57. Hiervoor is reeds geoordeeld dat niet is overeengekomen dat de wanden glad en zonder oneffenheden dienden te worden gerealiseerd, zodat het om die reden niet in gebruik kunnen nemen van de loods niet aan de aannemer kan worden toegerekend. Indien de op het proces-verbaal vermelde gebreken ten aanzien van de wanden een in gebruikname in de weg hadden gestaan, had B de oplevering moeten weigeren. Het gaat niet aan thans schade op A te verhalen voor het na oplevering niet in gebruik kunnen nemen van het werk vanwege gebreken aan de wanden. Zoals reeds eerder overwogen achten arbiters de stelling van B dat, nadat het beton onder hoge druk is gereinigd, meer oneffenheden en grindnesten zijn geconstateerd, niet aannemelijk.

58. Gelet op het voorgaande wijzen arbiters deze vordering van B af.

59. Op grond van het bestek heeft C een aantal garanties afgegeven. Nu C in staat van faillissement is verklaard, kan B geen beroep meer doen op de garanties en is de waarde van deze garanties nihil, aldus B. B heeft het wegvallen van de garanties als gevolg van het faillissement van C gewaardeerd op € 105.000,00 exclusief btw, zijnde 5% van de aanneemsom.

60. A stelt dat de garanties zijn afgegeven ten aanzien van het project en dus niet enkel en alleen ten name van C, zodat B, indien nodig, een beroep kan doen op de verstrekte garanties. Ter onderbouwing van die stelling verwijst A naar de als productie 21 bij memorie van eis overgelegde garantieverklaringen.
61. Naar het oordeel van arbiters is het blijkens de overgelegde garantieverklaringen voor B niet mogelijk rechtstreeks een beroep te doen op het merendeel van die garanties. Slechts op de garanties van Confidex en ABC Beton B.V. kan B naar het oordeel van arbiters rechtstreeks een beroep doen, waarbij arbiters opmerken dat de verhaalsmogelijkheid beperkt zou kunnen zijn, indien er uitsluitingen op die garanties van toepassing zijn die onder de verantwoordelijkheid van C vallen.
62. A stelt dat compensatie niet aan de orde is nu zich (nog) geen gebreken in het werk voordoen.
63. Anders dan A stelt is het ontbreken van de garantie te beschouwen als een schade, nu B bij een eventueel gebrek geen beroep kan doen op die garantie en zelf voor de kosten van eventueel herstel komt te staan. In die zin vertegenwoordigt de garantie een zekerheid die nu is weggevalen en die leent zich voor waardering op geld nu immers een garantie ook moet worden gekocht.
64. Het door B begrote schadebedrag achten arbiters te hoog.
65. Arbiters zullen de schade in billijkheid vast stellen. Hierbij nemen arbiters het tijdsverloop sinds de oplevering in aanmerking, evenals de omstandigheid dat voor een deel van de gegarandeerde onderdelen de garantieperiode is verlopen of voor een belangrijk deel is verstreken. Immers, ernstige gebreken in een werk als het onderhavige plegen zich in de eerste jaren na oplevering voor te doen.
66. Arbiters waarderen het gemis van de garanties door B op 3% van de aanneemsom exclusief btw. In redelijkheid is B derhalve bevoegd een bedrag van € 62.100,00 (= 3% van € 2.070.000,00) te verrekenen met de vordering van A als schade wegens misgelopen garanties.
67. B stelt dat zij € 35.537,00 exclusief btw aan kosten heeft gemaakt ter afwerking van de sommaties van in eerste instantie de curator en later A.
68. Deze kosten komen op grond van artikel 6:96 lid 2, aanhef en onder b en c, BW niet voor vergoeding in aanmerking (vgl. HR 8 september 2006, NJ 2006, 492). Arbiters wijzen deze vordering dan ook af. (*Enz., Enz., Red.*)

Noot

Inleiding

1. In deze uitspraak staat de afwikkeling van de aannemingsovereenkomst na ontbinding door de opdrachtgever centraal. Bijzonder in deze zaak is dat de aannemer failliet ging nadat het werk al was opgeleverd. De curator deed de overeenkomst desgevraagd niet gestand (artikel 37 lid 1 Fw), maar maakte wel aanspraak op betaling van facturen die door de opdrachtgever onbetaald waren gelaten. De opdrachtgever heeft de overeenkomst daarop ontbonden en zijn betalingen aan de aannemer opgeschort onder andere wegens gebreken in het werk. Ook heeft de opdrachtgever de bij het sluiten van de overeenkomst gestelde bankgarantie getrokken als vergoeding van de door hem gestelde (ontbindings)schade, alsmede ter compensatie van door de ontbinding ontvallen garantieaanspraken.
2. Niet de curator maar een derde start vervolgens een procedure jegens de opdrachtgever. Deze derde (eiseres) stelt dat de curator de vorderingen op de opdrachtgever aan haar heeft gecedeerd en vordert van de opdrachtgever betaling van de onbetaald gebleven facturen en terugbetaling van het bedrag dat met de bankgarantie was uitgekeerd. Het verweer van de opdrachtgever komt er op neer dat eiseres niet-ontvankelijk dient te worden verklaard, nu geen rechtsgeldige cessie heeft plaatsgevonden. Verder doet de opdrachtgever een beroep op artikel 37 Fw, waarin is bepaald dat de curator bij niet-gestandoening het recht verliest om nakoming van de overeenkomst te vorderen. Ook daarom zou eiseres geen vorderingsrecht toekomen, omdat de curator niet meer rechten heeft kunnen overdragen dan hij zelf had.
3. Arbiters passeren de verweren van opdrachtgever met betrekking tot de cessie en het beroep op artikel 37 Fw. Naar het oordeel van arbiters was het voor alle betrokken partijen duidelijk dat met de overdracht van de debiteurenportefeuille van de aannemer bedoeld is om ook de vorderingen op opdrachtgever aan eiseres over te dragen. Dit oordeel van arbiters leent zich minder voor een bespreking gezien het casuïstische karakter daarvan. Voor de bouwrechtelijke praktijk zijn met name van belang de overwegingen van arbiters over de rechtsgevolgen van artikel 37 Fw bij niet-gestandoening door de curator. In een eerder nummer van dit

tijdschrift is de onduidelijkheid en daarmee samenhangende problematiek van artikel 37 Fw al aan de orde gekomen (waaronder de vraag of bij niet-gestanddoening sprake kan zijn van ongerechtvaardigde verrijking).

2

4. Interessant is dat in paragraaf 46 UAV en paragraaf 43 UAV-gc een op het eerste oog met artikel 37 Fw vergelijkbare regeling voor faillissementsituaties is opgenomen. Dat roept de vraag op hoe deze contractuele regelingen zich verhouden tot de wettelijke regeling. Mag de regeling uit de UAV(-gc) bijvoorbeeld wel bestaan naast artikel 37 Fw? Men kan daar bedenkingen bij hebben. Er is evenwel weinig relevante rechtspraak en literatuur over de faillissementsregeling uit de UAV(-gc). Reden genoeg om die regeling eens nader te beschouwen in relatie tot de wettelijke regeling.

Artikel 37 Fw

5. Voor een goed begrip van paragrafen 46 lid 3 UAV en 43-3 UAV-gc, is het van belang eerst kort stil te staan bij de wettelijke regeling van artikel 37 Fw. In artikel 37 Fw is het beginsel tot uitdrukking gebracht dat een faillissement geen invloed heeft op lopende wederkerige overeenkomsten. De wederzijdse verbintenissen blijven ongewijzigd in stand. De curator kan een redelijke termijn worden gesteld waarbinnen hij moet aangeven of hij de overeenkomst nog gaat nakomen. Laat de curator zich niet (tijdig) uit of doet hij de overeenkomst niet gestand, dan verliest hij het recht om nakoming van de overeenkomst te vorderen.

6. De regeling van artikel 37 Fw ziet op de situatie dat een overeenkomst door beide partijen niet of niet volledig is nagekomen. In de onderhavige uitspraak doet zich een andere situatie voor, nu de overeenkomst van de zijde van de aannemer volledig was nagekomen ten tijde van de faillietverklaring. Arbiters zagen zich voor de vraag gesteld of de curator bij niet-gestanddoening op grond van artikel 37 Fw ook het recht verliest om betaling te vorderen van de werkzaamheden die al vóór het faillissement zijn voltooid, maar nog onbetaald zijn gebleven. Arbiters beantwoorden deze vraag ontkennend. Naar het oordeel van arbiters is artikel 37 Fw niet geschreven voor de situatie waarin vóór het faillissement de failliet de overeengekomen prestatie al volledig heeft verricht. Bovendien leiden arbiters uit de wetsgeschiedenis af dat een andere uitleg van artikel 37 Fw zich niet zou verdragen met een ander beginsel van het faillissementsrecht; de paritas creditorum. Deze uitleg van arbiters van artikel 37 Fw is geheel in lijn met de overheidsrechtspraak.³

Afwikkeling na niet-gestanddoening ex artikel 37 Fw

7. Zoals gezegd wordt een overeenkomst op grond van artikel 37 Fw niet van rechtswege beëindigd. Als de curator de overeenkomst niet gestand doet, kan de opdrachtgever opteren voor een ontbinding of niet. In de onderhavige uitspraak koos de opdrachtgever voor ontbinding, waardoor ongedaanmakingsverbintenissen ontstaan (artikel 6:271 BW). Omdat bij de aanneming van werk teruggave van de prestatie naar zijn aard niet mogelijk is, dient de opdrachtgever de waarde van het werk te vergoeden aan de aannemer (artikel 6:272 BW). Hier werd de waarde van het werk reeds bepaald op het onbetaald gelaten deel van de aanneemsom.

8. De opdrachtgever stelde daartegenover dat hij schade heeft geleden bestaande uit onder andere de herstelkosten ter zake van gebreken, en het wegvallen van garanties. Daarbij dient onderscheid te worden gemaakt ten aanzien van het soort schade. Het verloren gaan van garanties is aan te merken als zuivere ontbindingsschade in de zin van artikel 6:277 BW, terwijl de herstelkosten die gemoed zijn met het verhelpen van gebreken zijn aan te merken als een waardevermindering van de geleverde prestatie in de zin van artikel 6:272 lid 2 BW (dan wel als andere (aanvullende) schade waarvoor de aannemer aansprakelijk is op grond van artikel 6:74 BW). Uiteindelijk wijzen arbiters ter zake van een beperkt aantal gebreken een schadebedrag toe; alsmede ter zake van het wegvallen van garantieaanspraken.⁴ Beide schadeposten worden door arbiters echter niet in mindering gebracht op het onbetaald gelaten deel van de aanneemsom, omdat de opdrachtgever naar het oordeel van arbiters al voldoende gecompenseerd was door uitkering van de bankgarantie.⁵ Dat lijkt ons geen onjuiste overweging van arbiters. Per saldo had de opdrachtgever met het bedrag van de bankgarantie overigens zelfs meer uitgekeerd gekregen dan het bedrag van de toegewezen schadeposten.

9. Stel de opdrachtgever was stil blijven zitten (in plaats van de ontbinding in te roepen) nadat de overeenkomst door de curator niet gestand werd gedaan. Had de curator dan zelf de ontbinding van de overeenkomst kunnen inroepen? Dat lijkt onder het huidige artikel 37 Fw niet mogelijk te zijn.⁶ Wel kan de curator de opdrachtgever via artikel 6:88 BW dwingen binnen redelijke termijn een keuze te maken; de opdrachtgever zal alsdan moeten kiezen tussen ontbinding met aanvullende schadevergoeding of vervangende schadevergoeding.

Paragraaf 46 lid 3 UAV en paragraaf 43-3 UAV-gc

10. Op grond van paragrafen 46 lid 3 UAV en 43-3 UAV-gc is de opdrachtgever bij niet-gestanddoening door de curator gerechtigd om *'het werk voor rekening van de aannemer te voltooien of te doen voltooien'*. Aldus is een *'voorzetting van het werk'* het uitgangspunt, hetgeen impliceert dat het werk nog niet is opgeleverd. Ook hier lijkt het te gaan om een andere situatie dan die van de onderhavige uitspraak waarin het werk was opgeleverd.

11. Betoogd zou kunnen worden dat genoemde paragrafen met betrekking tot *na oplevering* voortdurende verplichtingen van de aannemer evenzeer van toepassing zijn. Te denken valt (bijvoorbeeld) aan onderhouds- of garantieverplichtingen van de aannemer. Dergelijke na oplevering voortdurende verplichtingen zouden onder *'voorzetting van het werk'* kunnen worden geschaard en daarmee onder het bereik van deze paragrafen vallen. Dat geldt eens te meer voor geïntegreerde contracten waarop de UAV-gc van toepassing zijn verklaard. In paragraaf 43-3 UAV-gc wordt immers expliciet verwezen naar *'de Werkzaamheden'* en *'het Meerjarig Onderhoud'*. Blijkens de definities van beide begrippen vallen daaronder tevens onderhoudswerkzaamheden (mits overeengekomen).⁷

Afwikkeling ex paragrafen 46 lid 3 UAV en 43-3 UAV-gc

12. Allereerst verdient opmerking dat de UAV(-gc) de opdrachtgever een bevoegdheid geven om de curator een termijn voor gestanddoening te stellen. De opdrachtgever is daartoe niet verplicht (evenmin op grond van artikel 37 Fw). Wanneer de opdrachtgever de hem toekomende bevoegdheid niet uitoefent, dan lijkt hij evenmin gerechtigd te zijn om het werk *'voor rekening van de aannemer'* te (doen) voltooien. Dat recht verkrijgt de opdrachtgever immers pas nadat de curator heeft verklaard de overeenkomst niet gestand te doen. Opdrachtgevers dienen hierop bedacht te zijn wanneer zij het werk willen (laten) voltooien zonder de curator eerst een termijn te stellen overeenkomstig paragraaf 46 lid 3 UAV dan wel paragraaf 43-3 UAV-gc. In dat geval zal de opdrachtgever het werk niet alleen op eigen kosten voltooien, maar bestaat bovendien een kans dat zijn handelwijze wordt beschouwd als een beëindiging in onvoltooide staat ex paragraaf 14 UAV dan wel als een opzegging ex paragraaf 16 UAV-gc. Ook van dit risico dienen opdrachtgevers zich bewust te zijn. Te meer daar een afrekening na een beëindiging in onvoltooide staat c.q. opzegging vaak veel nadeliger zal zijn dan de afrekening na niet-gestanddoening door de curator. Zo beschouwd lijkt de *'bevoegdheid'* uit paragrafen 46 lid 3 UAV en 43-3 UAV-gc een veel dwingender karakter te hebben.

13. Ervan uitgaande dat de curator door de opdrachtgever een termijn voor gestanddoening wordt gesteld, geldt dat de curator twee opties heeft: hij kan de overeenkomst gestand doen of niet. Interessant is de situatie waarin de curator aangeeft de overeenkomst niet (verder) te zullen nakomen en de opdrachtgever het werk voltooit of door een derde laat voltooien. Wat gebeurt er dan met de overeenkomst?

14. Partijen willen in de overeenkomst nog wel eens een faillissementsclausule opnemen waarin staat dat de overeenkomst bij faillissement van één der partijen van rechtswege als ontbonden wordt beschouwd. Uitgaande van enkel de UAV(-gc) zal onzes inziens geen beëindiging van rechtswege plaatsvinden door de toepassing van paragraaf 46 lid 3 UAV dan wel paragraaf 43-3 UAV-gc. Immers, in deze paragrafen is niet voorzien in een grondslag voor de beëindiging van de overeenkomst. Vergelijk daarentegen paragraaf 45 lid 4 UAV, waarin staat dat de aannemer gerechtigd is het werk in onvoltooide staat te beëindigen indien de opdrachtgever failliet gaat en de curator de overeenkomst niet gestand doet (waarbij afrekening overeenkomstig paragraaf 14 UAV plaatsvindt). Vergelijk ook paragraaf 42-4 UAV-gc, waarin staat dat de opdrachtnemer in voornoemde situatie (faillissement en niet-gestanddoening) gerechtigd is de overeenkomst te ontbinden overeenkomstig paragraaf 16 UAV-gc.

15. Zoals reeds aangegeven kan de opdrachtgever daarentegen altijd het werk beëindigen in onvoltooide staat ex paragraaf 14 lid 7 UAV (of de overeenkomst opzeggen ex paragraaf 16-8 UAV-gc), maar dat zal voor de opdrachtgever in weinig gevallen aantrekkelijk zijn vanwege de daarbij behorende afrekenmethode.

16. Wil de opdrachtgever van de overeenkomst af, dan zal hij onzes inziens een ontbindingsverklaring moeten uitbrengen. Na ontbinding volgt de afwikkeling zoals in de onderhavige uitspraak aan de orde komt en hierboven kort is beschreven. Artikel 37a Fw bepaalt in dat verband expliciet dat de opdrachtgever voor vorderingen die hij uit hoofde van de ontbinding verkrijgt als concurrent schuldeiser in het faillissement kan opkomen. Blijft ontbinding echter achterwege, dan dient de vraag zich aan welke consequenties er aan de woorden *'voor rekening van de aannemer'* moet worden verbonden? Kan de opdrachtgever ook zonder beëindiging van de overeenkomst een aanspraak met betrekking tot de kosten ter voltooiing van het werk geldend maken jegens de boedel?

Voor rekening van de aannemer?

17. Het ligt onzes inziens voor de hand om de voltooiing van het werk te beschouwen als een vorm van (nakoming door) vervangende schadevergoeding. Op grond van artikel 37a Fw is evenwel alleen een schadevergoedingsvordering die ontstaat wegens een tekortschieten in de nakoming van een vóór de faillietverklaring verkregen vordering, een verifieerbare vordering. Gesteld kan worden dat de opdrachtgever de overeenkomst hier verder uitvoert of laat uitvoeren en dat de daaruit voortvloeiende vordering van de opdrachtgever eerst na de faillietverklaring is ontstaan. Staat de opdrachtgever aldus met lege handen en moet de toevoeging 'voor rekening van de aannemer' als een lege huls worden beschouwd?

18. Voor het antwoord op die vraag kan worden verwezen naar het arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.* van de Hoge Raad.⁸ De Hoge Raad komt in dit arrest tot nieuwe criteria voor het ontstaan van boedelschulden, waarmee hij het tot dat moment gehanteerde 'toedoen criterium' heeft losgelaten. Van Andel en Van Zanten⁹ constateren dat de Hoge Raad tevens de verifieerbaarheid van na de faillissementsdatum ontstane vorderingen lijkt te hebben uitgebreid, door 'alle vorderingen die voortvloeien uit een reeds ten tijde van de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding met de schuldenaar en geen boedelschuld opleveren' verifieerbaar te achten 'ook als ze pas tijdens het faillissement ontstaan'.

19. Naar ons oordeel zullen vorderingen gegrond op paragraaf 46 lid 3 UAV dan wel paragraaf 43-3 UAV-gc geen boedelschuld opleveren, nu deze niet kunnen worden geplaatst in één van de drie categorieën boedelschulden zoals door de Hoge Raad geformuleerd in *Koot Beheer/Tideman q.q.*¹⁰ De vordering betreffende de kosten ter voltooiing van het werk ontstaat immers niet ingevolge de wet, noch is sprake van een schuld die de curator in zijn hoedanigheid is aangegaan (bijvoorbeeld doordat hij de overeenkomst gestand doet of een nieuwe overeenkomst sluit), noch is sprake van een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting.¹¹

20. Rest de vraag of vorderingen gegrond op paragraaf 46 lid 3 UAV dan wel paragraaf 43-3 UAV-gc als concurrente vorderingen kunnen worden gekwalificeerd. De Hoge Raad lijkt van oordeel te zijn dat dergelijke vorderingen inderdaad ter verificatie bij de curator kunnen worden ingediend. Hoewel artikel 37a Fw op dit punt geen uitsluitel geeft, gaat het hier om vorderingen die -in de woorden van de Hoge Raad- voortvloeien uit een reeds ten tijde van de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding met de schuldenaar. Opmerking verdient dat Van Andel en Van Zanten kritiek hebben geuit op de koerswijziging van de Hoge Raad. Zij menen dat de Hoge Raad op dit punt te ver is doorgeschoten en pleiten voor een bijstelling in toekomstige rechtspraak of wetgeving.¹² Zolang *Koot Beheer/Tideman q.q.* echter de heersende leer is, lijkt een vordering tot vergoeding van de kosten ter voltooiing van het werk in de zin van de UAV(-gc) verifieerbaar te zijn. Aldus kan de opdrachtgever dit theoretische pad volgen, waarbij de kans dat (een deel van) de kosten ter voltooiing van het werk via de verificatieprocedure kunnen worden teruggehaald overigens in verreweg de meeste faillissementen uitermate klein is.

Verhouding tussen UAV(-gc) en artikel 37 Fw

21. Het voorgaande brengt ons tot nog een interessante vraag: hoe verhouden de UAV(-gc) zich tot de wettelijke regeling van artikel 37 Fw? Bij nadere beschouwing lijken de regelingen uit de UAV(-gc) op onderdelen sterk af te wijken van artikel 37 Fw. In verband hiermee werd de redactie van paragraaf 46 lid 3 UAV 1989 door het Algemeen Verbond Bouwbedrijf (AVBB) als volgt becommentarieerd: '*Ofschoon er twijfel aan bestaat, of het in de volgende zinnen van dit lid bepaalde wel allemaal strookt met dwingende bepalingen van de (Faillissements)wet, is wijziging achterwege gelaten.*'¹³ Staan de UAV(-gc) op dit punt inderdaad op gespannen voet met de dwingendrechtelijke regeling uit artikel 37 Fw?

22. In dit kader kan ten eerste worden genoemd het onderscheid ten aanzien van de verplichting tot zekerheidstelling indien de curator zich wél bereid verklaard de overeenkomst na te komen. In dat geval is de curator zowel op grond van de wet als de UAV(-gc) verplicht zekerheid voor deze nakoming te stellen.

23. De wettelijke verplichting tot zekerheidstelling heeft uitsluitend betrekking op nakoming van de overeenkomst en niet op schadevergoeding wegens bijvoorbeeld wanprestatie, waarbij de curator de keuze heeft tussen het stellen van persoonlijke en zakelijke zekerheid (ex artikel 6:51 lid 1 BW).

24. De UAV(-gc) lijken echter af te wijken van de wettelijke verplichting tot zekerheidstelling. Op grond van paragrafen 46 lid 3 UAV en 43-3 UAV-gc is de curator namelijk verplicht zodanig genoegzame zekerheid te stellen '*als de Opdrachtgever bijkens de sommatie verlangt*'. De curator lijkt aldus verplicht de door de opdrachtgever verlangde zekerheid te stellen, zowel qua omvang als qua vorm. Gesteld kan worden dat hiermee de wettelijke verplichting tot zekerheidstelling wordt verzwaaard.

25. Voor wat betreft de reikwijdte van de verplichting tot zekerheidstelling lijkt een verzwaring ten opzichte van de wet niet bedoeld te zijn. De laatste zin van paragrafen 46 lid 3 UAV en 43-3 UAV-gc bepaalt dat de opdrachtgever bij niet-gestanddoening gerechtigd is het werk voor rekening van de aannemer te voltooien *'onverminderd het recht van de opdrachtgever op schadevergoeding'*. Met dit laatste lijkt tot uitdrukking te zijn gebracht dat vorderingen tot schadevergoeding buiten het bereik van deze paragrafen vallen. Dat geldt onzes inziens ook voor de reikwijdte van de verplichting tot zekerheidstelling, zij het dat een andere uitleg mogelijk blijft.

26. De curator lijkt onder de UAV(-gc) evenwel tevens gehouden om zekerheid te stellen in de door de opdrachtgever verlangde vorm. Uitgangspunt onder de UAV(-gc) is dat zekerheid dient te worden gesteld in de vorm van een on demand bankgarantie (paragraaf 43a UAV en paragraaf 38 UAV-gc). Op dit punt lijken de UAV (-gc) dan ook een afwijking van de wettelijke verplichting tot zekerheidstelling te bevatten, ten nadele van de curator. Dat staat wat ons betreft op gespannen voet met het faillissementsrecht.

27. Een tweede onderscheid met artikel 37 Fw is te vinden in paragrafen 46 lid 7 UAV en 43-7 UAV-gc. Daarin is bepaald dat de opdrachtgever bij voltooiing van het werk door een derde gerechtigd is gebruik te maken van alle ter beschikking van de aannemer staande hulpmiddelen. Dat impliceert dat de opdrachtgever kosteloos bouw materieel van de failliete aannemer -zoals steigers, kranen, bouwkeet etc.- mag gebruiken om het werk te (doen) voltooien. De curator zal voor dat gebruik in de regel een vergoeding vragen. Sterker nog, de curator zal veelal alle op de bouwplaats aanwezige hulpmiddelen van de aannemer willen opvorderen, zeker indien de aannemer die hulpmiddelen van derden heeft gehuurd en de boedel daarvoor kosten moet maken.

28. De vraag of de curator contractuele gebruiksrechten dient te respecteren, is al geruime tijd onderwerp van discussie in de literatuur op het gebied van insolventierecht. De Hoge Raad oordeelde in zijn Nebula-arrest dat de curator contractuele gebruiksrechten niet behoeft te respecteren, behoudens *'in uitzonderlijke, in de wet uitdrukkelijk geregelde gevallen'*.¹⁴ Dat zou betekenen dat de curator het in de UAV(-gc) neergelegde gebruiksrecht zou mogen negeren en daarmee de opdrachtgever het gebruik van hulpmiddelen van de aannemer zou kunnen ontzeggen. De curator zou aldus een recht op wanprestatie hebben.

29. In het (recentere) Berzona-arrest lijkt echter een ander oordeel besloten te liggen, althans heeft de Hoge Raad zijn Nebula-arrest genuanceerd.¹⁵ De Hoge Raad oordeelde in het Berzona-arrest dat de curator niet de bevoegdheid heeft om tot de boedel behorende goederen op te eisen indien de wet of de overeenkomst hem die bevoegdheid niet biedt. Met andere woorden: de curator dient contractuele gebruiksrechten te respecteren. Van Zanten heeft hierop kritiek geuit en betoogd (kort gezegd) dat de gelijkheid van schuldeisers met voeten wordt getreden.¹⁶

30. Uitgaande van het Berzona-arrest lijkt de curator het gebruik van hulpmiddelen door de opdrachtgever te moeten dulden. De curator zou daarvoor onzes inziens geen tegenprestatie kunnen verlangen, dan wel geen vergoeding (omdat paragrafen 46 lid 7 UAV en 43-7 UAV-gc daarin niet voorzien). Het ontbreken van een tegenprestatie lijkt zich in onze optiek inderdaad niet goed te verdragen met het faillissementsrecht. De opdrachtgever mag immers kosteloos gebruik blijven maken van de hulpmiddelen van de aannemer en kan in zoverre het faillissement van de aannemer negeren. Met het Berzona-arrest is het wat ons betreft dan ook de vraag: staan of stonden paragrafen 46 lid 7 UAV en 43-7 UAV-gc op gespannen met het faillissementsrecht?

Conclusie

31. Indien de aannemer na oplevering failliet gaat, brengt het bepaalde in artikel 37 Fw niet mee dat de opdrachtgever geen vergoeding meer verschuldigd zal zijn voor reeds vóór de faillietverklaring uitgevoerde werkzaamheden. Wanneer de curator de overeenkomst niet gestand doet, zal de opdrachtgever op enig moment met de curator moeten afrekenen. Zoveel is duidelijk. De UAV(-gc) lijken daarentegen rechten in het leven te roepen, op basis waarvan de opdrachtgever het faillissement van de aannemer deels zou mogen negeren (zoals paragrafen 46 lid 7 UAV en 43-7 UAV-gc). Wij constateren dat paragrafen 46 lid 3 UAV en 43-3 UAV-gc (zekerheidstelling) zich niet goed verhouden tot het faillissementsrecht en op onderdelen zelfs strijdig ogen met dwingendrechtelijke bepalingen van het faillissementsrecht. Deze paragrafen lijken bovendien niet meer dan een papieren tijger waar het gaat om het voltooien van het werk voor rekening van de aannemer en de kans om bedoelde kosten met succes via verificatie te verhalen. Onduidelijkheid alom. Wat ons betreft verdient dit onderwerp dan ook uitdrukkelijke aandacht bij een volgende herziening van de UAV.

B.R. van Veen en N. Mijinke

¹ Bard van Veen en Niels Mijinke zijn werkzaam als advocaat bij Severijn Hulshof advocaten in Den Haag.

- 2 Hof Arnhem-Leeuwarden 25 februari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:1423 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:GHARL:2014:1423>), TBR 2014/158 (tbr/2014-158) m.gastnt. B.M.E. Cox en N.C. Ogg. Zie ook Hof Den Bosch 24 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1057 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:GHSHE:2015:1057>), *NJF* 2015/280, in welke zaak het voornemen is geuit om een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad te stellen. Die vraag luidt (kort gezegd) of artikel 37 Fw een beroep op ongerechtvaardigde verrijking uitsluit. Zie in breder perspectief over de invloed van het insolventierecht op overeenkomsten: T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012.
- 3 Zie bijv. Hof Den Haag 30 december 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:4176 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:GHDHA:2014:4176>), *JOR* 2015/179 m.nt. Van Zanten. Zie ook Hof Den Bosch 24 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1057 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:GHSHE:2015:1057>), *NJF* 2015/280.
- 4 Zie r.o. 63-66: het gemis aan garanties wordt door arbiters gewaardeerd op 3% van de aanneemsom.
- 5 Zie r.o. 69.
- 6 Voor 1 januari 1992 gold op grond van artikel 37 (oud) Fw dat de overeenkomst van rechtswege was ontbonden in het geval de curator de overeenkomst niet gestand deed. Onder het huidige regime verliest de curator slechts het recht op nakoming.
- 7 Zie paragraaf 1 (h) en (s) UAV-gc.
- 8 HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2013:BY6108>) (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), *NJ* 2013/291, m.nt. F.M.J. Verstijlen.
- 9 W.J.M. van Andel & T.T. Van Zanten, 'Over wederkerige overeenkomsten en boedeischulden. Beschouwingen naar aanleiding van HR 19 april 2013 inzake *Koot Beheer/Tideman q.q.*', *Tvl* 2013/26.
- 10 De Hoge Raad definieert bedoeischulden als (r.o. 3.7.1) "schulden die een onmiddellijke aanspraak geven jegens de faillissementsboedel hetzij ingevolge de wet, hetzij omdat zij door de curator in zijn hoedanigheid zijn aangegaan, hetzij omdat zij een gevolg zijn van een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting. Onder het aangaan van een schuld door de curator in deze zin is te verstaan dat de curator deze schuld op zich neemt bij een rechtshandeling, doordat zijn wil daarop is gericht."
- 11 Een nadere bespreking gaat het bestek van deze bijdrage te buiten. Zie daarvoor Van Andel & Van Zanten in *Tvl* 2013/26, onder 5.
- 12 Van Andel & Van Zanten in *Tvl* 2013/26, onder 4.
- 13 Toelichting van het Algemeen Verbond Bouwbedrijf bij enige bepalingen van de Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken 1989 (U.A.V. 1989), p. 110.
- 14 Zie HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2006:AX8838>) (*Nebula*), *NJ* 2007/155, m.nt. P. van Schilfgaarde.
- 15 Zie HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2014:1681>) (*ABN AMRO/Berzona*), *NJ* 2014/407 m.nt. F.M.J. Verstijlen.
- 16 Zie T.T. van Zanten, 'Geen Nebula, maar Berzona: de curator heeft toch geen recht op wanprestatie', *Tvl* 2014/36.

Deel dit artikel ([https://twitter.com/intent/tweet?text=nr. 2 - februari 2016%20TBR 2016-29](https://twitter.com/intent/tweet?text=nr.2-2016-29)

Aannemer failliet na

oplevering&via=Instituut_BR&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2016/februari/tbr-2016-29)

([https://www.linkedin.com/shareArticle?](https://www.linkedin.com/shareArticle?mini=true&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2016/februari/tbr-2016-29&title=nr.2-2016-29)

mini=true&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2016/februari/tbr-2016-29&title=nr. 2 - februari 2016%20TBR 2016-29 Aannemer failliet na oplevering&source=IBR Tracker)

([https://www.facebook.com/sharer/sharer.php?](https://www.facebook.com/sharer/sharer.php?u=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2016/februari/tbr-2016-29&t=IBR Tracker%20nr.2-2016-29)

u=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2016/februari/tbr-2016-29&t=IBR Tracker%20nr. 2 - februari 2016%20TBR 2016-29 Aannemer failliet na oplevering)

(mailto:?subject=IBR Tracker Artikel

delen&body=Ik vond dit artikel in IBR Tracker:%0D%

0Ahttp://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2016/februari/tbr-2016-29)