



Dit document is afgedrukt via IBRTracker op 10-3-2016 en uitsluitend bedoeld voor licentiehouder
b.veen@shadv.nl.

5%-regeling (/actualiteit/30279[1])

Actualiteiten Bouwrecht

Jurisprudentie privaatrecht

5%-regeling

Publicatiedatum: 10-03-2016

In een lijvige uitspraak van 19 januari 2016 (geschilnr. 35.208) heeft arbiter uitspraak gedaan in een geschil tussen particuliere opdrachtgevers en aannemster ter zake de bouw door aannemster van een woning.

Partijen verschillen over en weer van mening over de aard en de omvang van aan de woning al dan niet terecht opgevoerde gebreken, alsmede over de afrekening van beweerdelijk meer- en minderwerk. Het overgrote deel van de uitspraak behelst de beoordeling door arbiter van deze respectieve gebreken en meer- en minderwerken.

De belangrijkste overwegingen van arbiter staan echter in het begin van dit vonnis, en wel in de rechtsoverwegingen 16-24.

Aldaar oordeelt arbiter over de gegrondheid van de inhouding door opdrachtgevers van een deel van de aanneemsom.

Op grond van artikel 7:768 BW is een opdrachtgever te allen tijde gerechtigd om bij oplevering 5% van de aanneemsom in depot bij een notaris te storten. Dat is hier ook gebeurd.

Na ommekomst van een termijn van drie maanden dient het depot te worden vrijgegeven, tenzij een opdrachtgever zich op artikel 6:262 BW beroept. Laatstgenoemd artikel omvat de exceptio non adimpleti contractus, de aan een wederpartij toekomende bevoegdheid de nakoming van haar verplichtingen – in dit geval de betalingsverplichtingen – op te schorten als de andere partij haar contractsverplichtingen niet nakomt. Als sprake is van niet behoorlijke nakoming mag slechts worden opgeschort voor zover de tekortkomingen die opschorting rechtvaardigen, kortom een proportionele opschorting.

Kortom, artikel 7:768 BW geeft opdrachtgevers een onvoorwaardelijk recht om 5% in te houden, daar waar de opschorting op grond van artikel 6:262 BW voorwaardelijk is.

En in dit geval hadden de opdrachtgevers zich inderdaad beroepen op artikel 6:262 BW en het depot ook na ommekomst van de drie maanden niet vrijgegeven. Afgaand op de uitspraak en de inzet van het geschil, hebben opdrachtgevers de notaris ook niet geïnformeerd over welk deel van het depot wel vrijgegeven kon worden. Dat is wat arbiter nu wel behandelt.

Arbiter stelt vast dat de opdrachtgevers een substantieel deel van het depot ten onrechte hebben ingehouden en veroordeelt de opdrachtgevers dan ook tot vrijgave van dat deel van het depot dat boven het bedrag uitgaat dat arbiter oordeelt dat nog wel mag worden ingehouden; arbiter oordeelt zes gebreken als "terecht". Dit vloeit ook voort uit de proportionaliteit van die inhouding, die bij artikel 6:262 BW als gezegd een belangrijke rol speelt.

Aanneemster voert aan dat zij rente mag ontvangen over het depotbedrag. Arbitrator oordeelt terecht dat dit op grond van artikel 7:768 lid 4 BW inderdaad mag, maar wel pas na ommekomst van de in lid 1 genoemde drie maanden.

Van belang is het oordeel van de arbiter dat de opdrachtgevers slechts voor het door hen bepaalde bedrag ten aanzien van zes gebreken terecht hadden opgeschort, maar dat deze opschorting niet mag gelden voor later opgetreden gebreken. Deze gebreken traden op op het moment dat de opdrachtgevers reeds in verzuim waren met hun betalingsverplichting. Om die reden kon aanneemster volgens de arbiter zich juist op haar opschortingsrecht beroepen.

In het dictum van de uitspraak laten zich deze twee opschortingsrechten ook zien. De opdrachtgevers worden veroordeeld tot het vrijgeven van het depot boven het bedrag dat door de arbiter als terecht opgeschort wordt beschouwd en aanneemster is verplicht de zes gebreken ter zake waarvan terecht werd opgeschort direct te herstellen. De overige gebreken ten aanzien waarvan aanneemster zich op haar opschortingsrecht beroepen had, hoeft zij eerst te herstellen, nadat de opdrachtgevers aan het vrijgeven van het meerdere uit het depot hebben voldaan. Als ook die gebreken hersteld zijn dient het volledige depot te worden vrijgegeven.

Mr. B.R. (Bard) van Veen

Severijn Hulshof Advocaten (www.severijnhulshof.nl)

Scheidsgerecht: ir. G.J.W.M. van Bebber

Gemachtigde eiseres in conventie, verweerster in reconventie, aanneemster: mr. J.M.W.M. van Toor

Gemachtigde verweerders in conventie, eiseres in reconventie, opdrachtgevers: mr. E.J. Ypma

Bron: RvA 19 januari 2016, No. 35.208

Brondatum: 19-01-2016