



Dit document is afgedrukt via IBRTracker op 19-4-2016 en uitsluitend bedoeld voor licentiehouder
b.veen@shadv.nl.

Cessie van onderhanden werk en aansprakelijkheidsverdeling
(/actualiteit/26533[1])

Actualiteiten Bouwrecht
Jurisprudentie privaatrecht

Cessie van onderhanden werk en aansprakelijkheidsverdeling

Publicatiedatum: 14-07-2015

Bij vonnis van 10 juni 2015 (No. 71.946) hebben appèlarbiters uitspraak gedaan in een kwestie tussen een particuliere opdrachtgever en een cessionaris, een 100% dochtermaatschappij van de door opdrachtgever gecontracteerde, doch lopende het werk (nieuwbouw van een woonhuis) gefailleerde aannemer. Opdrachtgever is van het vonnis in eerste aanleg d.d. 26 februari 2014 (No. 33.972) in appèl gekomen.

Uit beide afspraken is af te leiden, dat de betrokkenheid van de cessionaris (als eiseres in eerste aanleg, en geïntimeerde in appèl) gebaseerd is op een akte van cessie. Deze akte is tot stand gekomen tussen de curator van de aannemer en de cessionaris. Zowel in eerste aanleg als in appèl is beoordeeld of ook sprake is geweest van contractovername; in beide gevallen is geoordeeld dat de cessionaris niet mede de (nieuwe) contractspartij van opdrachtgever is geworden.

De consequenties die aan deze cessie, niet zijnde contractovername, worden verbonden verschillen in eerste aanleg en in appèl. In eerste aanleg hebben arbiters geoordeeld dat de cessionaris het door haar gevorderde, onbetaald gelaten deel van de aanneemsom, gekwalificeerd als "onder handen werk", – de wel gefactureerde 8e, 9e en 10e termijn – terecht vordert, omdat opdrachtgever behoudens zijn beroep op verrekening met tegenvorderingen het bedrag niet heeft betwist.

Aan de hand van de daartegen door opdrachtgever gerichte grief oordelen appèlarbiters echter, dat dit oordeel onjuist is.

Omdat slechts sprake is van cessie kan de cessionaris geen aanspraak maken op meer of anders op grond van de aannemingsovereenkomst dan krachtens de akte van cessie is verkregen. Er is geen directe contractuele relatie tussen opdrachtgever en de cessionaris; de cessionaris heeft het werk niet voortgezet.

Appèlarbiters kijken vervolgens dan ook naar wat er is gecedeerd. Mede aan de hand van herhaalde bevestigingen van de zijde van de cessionaris zelf, stellen appèlarbiters vast dat het "onderhanden werk" blijvende uit de akte van cessie en de behorende bijlagen bestaat uit de nog niet gefactureerde 8e – 10e termijn. Van dit bedrag moeten worden afgetrokken de "nog te maken kosten", de meerwerkposten die opdrachtgever terecht betwist, en de eventueel terecht door opdrachtgever ingestelde vorderingen op de aannemster wegens niet door aannemster uitgevoerde (herstel)werkzaamheden, uiteraard voor zover deze niet verrekend zijn als "nog te maken kosten". Appèlarbiters concluderen dat de aanspraak van de cessionaris veel lager is dan in eerste aanleg het geval was, en lopen de "aftrekposten" langs.

Tegen de vaststelling in eerste aanleg dat het meer- en minderwerksaldo is, is geen grief gericht, zodat appèlarbiters daar bij een beoordeling van uitgaan.

Bij de post van de niet uitgevoerde (herstel)werkzaamheden is weer sprake van een verschil tussen het oordeel in eerste aanleg en dat in appèl. In eerste aanleg oordelen arbiters dat aannemster na haar faillissement toch nog heeft werkzaamheden heeft uitgevoerd. In appèl wordt over het doorwerken door aannemster niets gezegd. Althans, de vorderingen van opdrachtgever ter zake niet uitgevoerde (herstel) werkzaamheden worden gedeeltelijk afgewezen met verwijzing naar artikel 37 Fw., welk artikel bepaalt dat de opdrachtgever in deze situatie de curator schriftelijk een termijn had moeten stellen om te verklaren of de overeenkomst gestand zou worden gedaan. Een vergelijkbare bepaling staat overigens in paragraaf 46 lid 3 UAV-89; de UAV-89 zijn op de onderhavige overeenkomst van toepassing. Slechts als sprake is van een negatief antwoord of het uitblijven van een reactie van de curator zou opdrachtgever volgens appèlarbiters recht hebben gehad op schadevergoeding ter hoogte van de kosten van herstel door een derde. In dit geval is noch gesteld noch gebleken dat opdrachtgever de curator inderdaad heeft verzocht om de overeenkomst gestand te doen. Dat maakt volgens appèlarbiters dat opdrachtgever met betrekking tot de niet door aannemster uitgevoerde (herstel)werkzaamheden slechts recht heeft op door aannemster bespaarde (herstel)kosten.

Tegen de uitgebreide vaststellingen van nagenoeg alle posten die onder de post "niet uitgevoerde (herstel) werkzaamheden" vallen, is geen grief gericht. Aan de orde in appèl komt slechts de post "schade aan het bouwwerk", die opdrachtgever in appèl thans wel met een deskundigenrapport onderbouwt.

Op grond van dit deskundigenrapport heeft opdrachtgever succes in hoger beroep, omdat appèlarbiters oordelen dat met dit deskundigenrapport voldoende is aangetoond dat sprake is van tekortkomen aan de zijde van aannemster, waarvan de consequenties ook tegen de cessionaris kunnen worden ingeroepen. Belangrijk voor dit oordeel is overigens, dat de cessionaris uitgenodigd was om bij het deskundigenonderzoek aanwezig te zijn, doch op deze uitnodiging niet is ingegaan; het devies luidt om altijd aanwezig te zijn. Omdat opdrachtgever slechts aanspraak heeft op de aannemster bespaarde kosten, worden niet alle krachtens het deskundigenrapport opgevoerde kosten vergoed.

Opvallend is wel dat appèlarbiters een andere (technische) blik hebben op de oorsprong van de gebreken. Zo oordelen appèlarbiters ter zake lekkage aan de achterzijde van de woning bij het kelderterras; de keldertrap is niet waterdicht op de muur aangesloten, en er geen goede waterkering is aangebracht. In eerste aanleg is geoordeeld dat aannemster geen verwijt ter zake gemaakt kan worden, omdat de architect van opdrachtgever geen voorzieningen ter zake had getroffen. In appèl oordelen arbiters echter, dat het juist aannemster is die deugdelijke hoek- en einddetails had moeten opstellen aan de hand van de principedetails van de architect.

Voor wat betreft de lekkage bij het kelderterras via de oprit van de garage oordelen arbiters in eerste aanleg dat aannemster voor 50% aansprakelijk is, omdat zowel zij als de architect fouten hebben gemaakt. Appèlarbiters oordelen echter dat aannemster 100% aansprakelijk is omdat zij onvoldoende gewaarschuwd heeft althans had moeten begrijpen dat de beoogde herstelmethodiek onvoldoende was om het gebrek daadwerkelijk te verhelpen. Appèlarbiters doen het feit dat de architect ter zake de oorzaak wellicht ook een verwijt treft en mogelijk aansprakelijk is richting opdrachtgever af als een kwestie van onderlinge draagplicht. Die draagplicht oordelen appèlarbiters in deze appèlprocedure niet relevant, omdat de architect hierin niet is

betrokken. Ik plaats vraagtekens bij dit oordeel, aangezien aanneemster (de curator) of de cessionaris dan de architect zou moeten aanspreken; maar op grond waarvan?

Het laatste gebrek heeft betrekking op lekkages bij de ingang van de garage. Daarvan oordelen appèlarbiters dat aanneemster het ontwerp van de architect op eigen initiatief heeft gewijzigd, waardoor zij volgens appèlarbiters ontwerpverantwoordelijkheid op zich heeft genomen. Voor dit gebrek is aanneemster aansprakelijk.

Ook de post gevolgschade ten gevolge van de opgetreden lekkages wijzen appèlarbiters als door de cessionaris onvoldoende weersproken toe.

Op grond van het voorgaande stellen appèlarbiters vast, dat de cessionaris per saldo geen vordering op de opdrachtgever heeft. De vordering van de cessionaris op de opdrachtgever is door verrekening tenietgegaan.

B.R. (Bard) van Veen

Advocaat

www.severijnhulshof.nl (<http://www.severijnhulshof.nl>)

Scheidsgerecht: mr. J.P. Fokker, J.L. Walvisch en ing. J.A.G. van Oostrum

Gemachtigde appellante in principaal appel, geïntimeerde in incidenteel appel, opdrachtgever: mr. A.M.H.C. Coppens

Gemachtigde geïntimeerde in principaal appel, appellante in incidenteel appel, B: -

Bron: RvA 10 juni 2015, No. 71.946

Brondatum: 10-06-2015