



Dit document is afgedrukt via IBRTracker op 29-4-2015 en uitsluitend bedoeld voor licentiehouder .

Perikelen bij de bouw van een villa (/actualiteit/23312[1])

Actualiteiten Bouwrecht

Jurisprudentie privaatrecht

Perikelen bij de bouw van een villa

Publicatiedatum: 23-04-2015

Op 15 januari 2015 hebben appèlarbiters uitspraak gedaan in een geschil over diverse problemen bij de bouw van een villa (No. 71.839). Opdrachtgever is op 22 november 2012 in appèl gekomen van het vonnis van 23 augustus 2012 (No. 33.750), welke procedure door de bouwkundig aannemster was gestart.

De onderhavige kwestie kent een aantal klassieke discussies. Het betreft de vraag of al dan niet sprake is van meerwerkzaamheden en eigenlijk ook meerkosten (dus schade), de aard van de opdrachtverstrekking aan de bouwkundig aannemster en diens coördinatieverplichting, alsmede een discussie over hoe en wanneer de villa wordt opgeleverd.

Bijzonder in deze kwestie is ook dat in het kader van deze arbitrale procedure getuigen onder ede werden gehoord. Dit gebeurt niet vaak, omdat partijen en hun adviseurs doorgaans als informanten worden gehoord en derhalve niet onder ede staan.

Voor wat betreft de klassieke discussie het volgende.

Ten eerste oordelen appèlarbiters dat sprake is van deelopleveringen van het werk. Er is een oplevering van de binnenkant van de woning, die in januari 2011 heeft plaatsgevonden en van de buitenkant van de woning, die in mei 2011 heeft plaatsgevonden. Bovendien is sprake van een gesplitst betalingsschema tussen binnenkant en buitenkant. Deze vaststellingen maken uit voor de opeisbaarheid van diverse facturen en de mogelijkheid van opdrachtgever om tot opschorting over te gaan. Opdrachtgever heeft in de onderhavige kwestie diverse termijnen opgeschort.

Een andere discussie tussen partijen is dat opdrachtgever stelt dat een aantal andere aannemers, naast de bouwkundig aannemster, die partij is in dit geschil, onderaannemers van de bouwkundig aannemster is. Net als arbiters in eerste aanleg oordelen appèlarbiters dat van onderaanneming geen sprake is, maar van nevenaanneming. Redengevend voor hun oordeel is dat opdrachtgever met de twee door hem aangeduide beweerdelijk onderaannemers rechtstreeks heeft gecontracteerd, en de financiële afwikkeling buiten de bouwkundig aannemster om plaatsvond. Bouwkundig aannemster had voorts aangevoerd dat zij zich om die reden ook slechts bereid verklaard had om de coördinatie van de uitvoering van de werkzaamheden van deze beweerdelijk onderaannemers op zich te nemen, naast een lagere aannemingsvergoeding. Daartoe had zij ook een vergoeding bedongen, die vanwege de complexiteit niet op een gebruikelijke 2% maar op 6% was gesteld, daar waar bij onderaanneming een vergoeding van 8 à 10% gebruikelijk is.

Hoewel in de aannemingsovereenkomst tussen opdrachtgever en bouwkundig aannemster gesproken wordt van "onderaannemers" oordelen appèlarbiters wat mij betreft terecht dat op basis van de

totstandkoming en de in het voorgaande aangehaalde voorgeschiedenis van die bepaling uit de aannemingsovereenkomst moet worden geconcludeerd dat sprake is van nevenaanneming. Ook dat in onder andere de bouwverslagen en later e-mailcorrespondentie niet steeds sprake is van een zuiver (juridisch) taalgebruik maakt het oordeel van appèlarbiters niet anders.

Het feit dat sprake is van nevenaannemers vertaalt zich direct naar het toewijzen van een vordering van de bouwkundig aannemster ter zake meerwerk. Feitelijk is geen sprake van meerwerk, maar schade, dus meerkosten. De schade die zij vordert bestaat uit vertragingskosten doordat de beweerdelijke nevenaannemers hun werkzaamheden niet op tijd gereed hadden.

Het argument van opdrachtgever dat bouwkundig aannemster door middel van het aannemen van de coördinatieverplichting ook het risico op de tijdige uitvoering door de nevenaannemers op zich heeft genomen, snijdt evenmin hout. Anders dan arbiters in eerste aanleg oordelen appèlarbiters dat bouwkundig aannemster wel aan haar coördinatieverplichtingen heeft voldaan. Appèlarbiters stellen vast dat de bouwkundig aannemster in diverse bouwvergaderingen de nevenaannemers ter verantwoording riep en aansprakelijk stelde. Meer mogelijkheden had zij niet, omdat zij geen pressiemiddel heeft om de nevenaannemers tot grotere spoed te bewegen. De Bouwkundig aannemster kon opdrachtgever immers niet adviseren om betalingen aan de nevenaannemers op te schorten, omdat opdrachtgever de nevenaannemers (inmiddels) toch al niet betaalde.

Opdrachtgever heeft verder nog aangevoerd dat eigenlijk geen sprake kan zijn van vertraging omdat geen opleveringstermijn is overeengekomen en slechts sprake is van een bouwplanning. De bouwplanning gaf bouwkundig aannemster tot op zekere hoogte rechten, te meer daar volgens appèlarbiters alles ook in het licht van de regelmatige bouwvergaderingen en wat daar is besproken langer heeft geduurd dan waarop bouwkundig aannemster mocht rekenen. Een juiste visie wat mij betreft. Appèlarbiters vinden verder steun voor hun oordeel in een bouwvergadering waarin wordt erkend dat in elk geval sprake is van een gezamenlijk probleem.

Wil men overigens bepalen dat een bouwkundig aannemster ook het risico draagt voor het uitvoeringsrisico c.q. voor de wijze waarop nevenaannemers hun werkzaamheden uitvoeren, dan dient dit – eigenlijk vanzelfsprekend - expliciet en ondubbelzinnig te zijn overeengekomen. Van belang is dan ook, zeker vanuit het perspectief van de coördinerend bouwkundig aannemer, dat deze dan ook mogelijkheden heeft (gekregen) om de nevenaannemers daadwerkelijk aan te spreken, bijvoorbeeld via financiële pressiemiddelen en/of het bepalen dat de partijen ten opzichte van elkaar als derden te beschouwen zijn. Zo kunnen de aannemers onderling elkaar ook voor schade aanspreken.

De overige meerwerkvorderingen in deze kwestie worden over en weer af- c.q. toegewezen, waarbij het nog aardig is te vermelden dat het getuigenbewijs dat in deze kwestie is geleverd, ziet op het al dan niet door bouwkundig aannemster hebben prijsgegeven van een aanzienlijke meerwerkfactuur. Bouwkundig aannemster stelde zich – logisch – op het standpunt dat zij geen rechten had prijsgegeven en het daarom terecht was dat zij de meerwerkfactuur weer had “geactiveerd” en daarvan in deze kwestie betaling vorderde.

Aan de hand van de verklaringen over en weer komen appèlarbiters tot de conclusie dat bouwkundig aannemster genoegzaam heeft aangetoond dat de creditering van de meerwerkfactuur een voorwaardelijke was en dat herstel van opleverpunten eveneens afhankelijk gesteld was van betalingen door de

opdrachtgever. Betaling van deze termijnen heeft echter nimmer plaatsgevonden, zodat de voorwaarde als niet vervuld moet worden beschouwd. In deze situatie mocht bouwkundig aannemster de factuur weer "activeren".

Ook een bepaald meerwerk dat volgens appèlarbiters vooraf niet uitdrukkelijk is goedgekeurd door de directie wordt toegewezen, omdat het volgens appèlarbiters de directie en opdrachtgever duidelijk moet zijn geweest dat het aanbrengen van een sparing van een dergelijke, afwijkende afmeting kosten met zich brengt. Deze stelling is in lijn met het bepaalde in artikel 7:755 BW. In dit artikel staat de zogenaamde "tenzij-formule". Die tenzij-formule houdt in dat de opdrachtgever de aannemer niet kan tegenwerpen dat hij hem niet tijdig erop gewezen heeft dat een door de opdrachtgever gewenste toevoeging of verandering in het aangenomen werk een noodzakelijke prijsverhoging met zich brengt. De opdrachtgever dit "op zijn klompen had kunnen aanvoelen", kan dus niet met recht meerwerk afwijzen.

Op 13 januari 2015 heeft het Gerechtshof in Den Haag (ECLI:NL:GHDHA:2015:458 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:GHDHA:2015:458>)) een arrest gewezen, dat een trendbreuk inhoudt met eerdere arresten van de hoven in Leeuwarden en Den Bosch; H.P.C.W. Strang van het IBR heeft in Cobouw daarover ook al geschreven (*Cobouw*, 9 april 2015). Het Gerechtshof in Den Haag oordeelt terecht dat de tenzij-formule ook voor een niet professionele opdrachtgever bepaalt met zich brengt dat deze meerwerkafspraken van de aannemer niet mag afwijzen als hij de noodzaak en omvang van de prijsverhoging door de extra werkzaamheden ook zonder de waarschuwing van de aannemer had moeten begrijpen.

Tot slot staan appèlarbiters stil bij het al dan niet terecht zijn van de opschorting door opdrachtgever en/of bouwkundig aannemster.

In lijn met de deelopleveringen oordelen appèlarbiters dat het opschorten van een termijn van de afbouw van de binnenkant op grond van gebreken die toe te rekenen zijn aan de nevenaannemers, waarvoor bouwkundig aannemster niet verantwoordelijk is, niet terecht is. Betaling van de achtste termijn van de ruwbouw – dus de buitenkant – mocht opdrachtgever wel opschorten, te meer daar bij de oplevering van de ruwbouw al vaststond dat de bouwkundig aannemster aansprakelijk was voor een aantal gebreken, die naar het oordeel van appèlarbiters een bedrag van circa € 36.000,- vertegenwoordigen. Van opdrachtgever kan volgens appèlarbiters overigens niet verlangd worden dat hij op voorhand exact kan inschatten wat de herstellkosten zijn voor de gebreken waarvoor aannemster aansprakelijk is, waarmee appèlarbiters dus de hogere inhouding door opdrachtgever dan het bedrag van € 36.000,- rechtvaardigen.

Kort en goed komen appèlarbiters dan ook tot het oordeel dat opdrachtgever gedeeltelijk terecht heeft opgeschort. Bouwkundig aannemster voert ter zitting nog aan dat opdrachtgever stelstelmatig te laat was met het betalen van openstaande facturen, zodat opdrachtgever ter zake in verzuim verkeerde. Daarom was bouwkundig aannemster gerechtigd om zich op een opschortingsrecht van haar zijde te beroepen, wat volgens bouwkundig aannemster ook achteraf mag, daarbij verwijzend naar jurisprudentie van de Hoge Raad. Hoewel ook appèlarbiters de betreffende jurisprudentie niet expliciet noemen, lijkt te worden aangeknoopt bij het arrest van de Hoge Raad van 8 maart 2002, NJ2002, 199. In dat arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het mogelijk is om ook achteraf – bij wijze van verweer – een opschortingsgrond aan te voeren dan wel de aanvankelijk aangevoerde onjuiste grond alsnog te verbeteren. Van een dergelijke situatie was in deze kwestie echter geen sprake, omdat in casu een beroep op opschorting voor de eerste maal wordt

gedaan, terwijl de werkzaamheden ter zake waarvan de bouwkundig aannemster zich op opschorting beroept door haar feitelijk wel waren voortgezet.

Mr. B.R. (Bard) van Veen

Severijn Hulshof Advocaten (<http://www.severijnhulshof.nl/>)

Scheidsgerecht: mr. M.L.J.C. van Emden-Geenen, A. Voogt en R. Wilken

Gemachtigde appellant in principaal appel, geïntimeerde in incidenteel appel, opdrachtgever: mr. J.P.G.

Bouwman

Gemachtigde geïntimeerde in principaal appel, appellante in incidenteel appel, aannemster: mr. B.A.J. van

Lammeren

Bron: RvA 15 januari 2015, No. 71.839

Brondatum: 15-01-2015