

## Uitleg kortingsregeling

Publicatiedatum: 9-4-2013

**Appèlarbiters bij de Raad van Arbitrage voor de Bouw (RvA) hebben bij vonnis van 5 februari 2013 (geschilnummer 71.787, in eerste aanleg geschilnummer 31.219) in een hoger beroep procedure tegen een gedeeltelijk eindvonnis geoordeeld over de uitleg van een kortingsregeling tussen opdrachtgeefster en (de curator van) aannemster. Mr. B.R. van Veen plaatst enkele kanttekeningen bij dit vonnis.**

Het geschil heeft betrekking op een overeenkomst tot de bouw van 150 appartementen op een half verdiepte stalling voor een aanneemsom van € 13.500.000,-- ex BTW. Opdrachtgeefster voerde aan dat aannemster het werk te laat had opgeleverd en vordert een korting van € 75,-- per kalenderdag per appartement, waarbij opdrachtgeefster 4 contractuele opleveringsdata aanhoudt, blijkend uit de door aannemster opgestelde planning. Van belang is voorts dat opdrachtgeefster meent gerechtigd te zijn om de korting over kalenderdagen te berekenen. Aannemster heeft het standpunt van opdrachtgeefster gemotiveerd betwist.

Het centraal staande, litigieuze beding luidt als volgt:

*"01.02.08.01: opleveringstermijn*

*De termijn waarbinnen het werk moet worden opgeleverd bedraagt in werkbare werkdagen: 340*

*01.02.08.92: opleverschema*

*Opleveren in eenheden van gemiddeld 35 woningen per 5 werkdagen, de eerste eenheid binnen 280 werkbare dagen.*

*01.02.42.01: kortingsbedrag*

*De korting bedoelt in paragraaf 42 van de UAV bedraagt per dag: € 75,00 per kalenderdag voor elke te laat opgeleverde woning, onverminderd het recht om de door de opdrachtgever geleden directe en indirecte schade te verhalen, indien deze meer bedraagt dan het kortingsbedrag."*

Appèlarbiters bekrachtigen het vonnis in eerste aanleg en hebben als volgt geoordeeld.

Appèlarbiters stellen voorop dat nergens in het bestek of enig ander contractstuk helder en duidelijk het standpunt van opdrachtgeefster is verwoord, te weten dat overschrijding van de onder § 01.02.08.92 genoemde termijn van 280 werkbare dagen (lees: werkdagen) voor oplevering van de eerste eenheid van circa 35 van de 150 appartementen is gesanctioneerd met de korting van € 75,-- per kalenderdag per woning uit § 01.02.42.01. Evenmin is helder en duidelijk geformuleerd dat oplevering van andere eenheden van circa 35 woningen is gesanctioneerd vóór het verstrijken van de opleveringstermijn van 340 werkbare werkdagen.

Een tekstuele beoordeling brengt appèlarbiters van de hiervoor aangehaalde kortingsregeling als één samenhangende paragraaf nog niet tot het oordeel dat de met de korting gesanctioneerde opleveringstermijn van 340 werkbare werkdagen niet (meer) geldt voor de, volgens de planning, vanaf 280 werkbare werkdagen op te leveren woningen. Ook een uitleg van de besteksbepalingen door middel van de Haviltex-formule (HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635) maakt de lezing van die besteksbepalingen niet anders, zelfs met inachtneming van het gegeven dat aannemster zitting heeft gehad in het bouwteam en de kopersbegeleiding zou verzorgen. Appèlarbiters oordelen dan ook dat niet is komen vast te staan dat aannemster de bepalingen had moeten begrijpen of had moeten behoren te begrijpen in de zin die de opdrachtgeefster daaraan geeft.

Opdrachtgeefster heeft aangevoerd dat sprake is van deelopleveringen in de vorm van de "eenheden van gemiddeld 35 woningen per 5 werkdagen". § 1 lid 2 UAV-89 handelt over deelopleveringen. § 1 lid 2 UAV-89 bepaalt dat voor de toepassing van onder meer § 42 UAV-89 een deel als een "afzonderlijk werk" wordt aangemerkt, indien in het bestek een afzonderlijke termijn is gesteld waarbinnen een dergelijk deel van het werk moet worden opgeleverd. In de planning staan die eenheden ook aangeduid met bijbehorende (4) opleverdata.

Voor het oordeel van appèlarbiters is van groot belang dat zij het "werk" in casu definiëren als de realisatie van de 150 appartementen tezamen. Appèlarbiters oordelen dat in het onderhavige geval niet is afgeweken van § 1 lid 2 UAV-89.

Volgens appèlarbiters is het gebruikelijk en begrijpelijk dat de oplevering van een groot werk als het onderhavige uit praktische overwegingen in deelenheden wordt gepland. Omdat de besteksbepalingen met die praktijk stroken, oordelen ook appèlarbiters dat het opleveringsschema niet meer dan een praktische bedoeling heeft. De daarin opgenomen gefaseerde uitvoering, noch een gefaseerde uitvoering op zich, maakt dat dienovereenkomstig ook sprake is van deelopleveringen.

Ook het feit dat in bouwvergaderingen is besproken dat de oplevering conform de planning zal plaatsvinden, doet daaraan niet af. Appèlarbiters oordelen dat de planning, anders dan opdrachtgeefster stelt, geen grond werd voor een resultaatsverbintenis zijdens aannemster.

Aldus zijn de in de besteksbepaling opgenomen "eenheden van gemiddeld 35 woningen" volgens appèlarbiters niet als "afzonderlijk werk" aan te merken. In het verlengde van het oordeel van arbiters in eerste aanleg komen appèlarbiters dan ook tot de conclusie dat § 42 UAV-89 verbiedt dat een korting

verbeurd wordt vóór de oplevering van het werk. De door opdrachtgeefster aangehaalde 4 data zijn dan ook volgens appèlarbiters geen nader overeengekomen (deel)opleveringsdata.

Ook de bepaling in het bestek dat de korting van € 75,-- per kalenderdag geldt "voor elke te laat opgeleverde woning" maakt dit niet anders. Volgens appèlarbiters wordt met die bepaling voorkomen dat de korting na 340 werkbare werkdagen ook verschuldigd wordt voor alle al wel (volgens planning) opgeleverde woningen.

Appèlarbiters wijden zelf geen overweging aan de stelling van opdrachtgeefster dat de korting kan worden geheven over kalenderdagen. Arbiters in eerste aanleg doen dit wel, en menen dat in de hiervoor aangehaalde § 01.02.42.01 voldoende duidelijk is afgeweken van het bepaalde in § 42 lid 3 UAV-89, via welke bepaling volgens arbiters in eerste aanleg de korting wordt geheven over werkdagen.

Concluderend oordelen appèlarbiters dat de korting van € 75,-- per kalenderdag per woning ingehouden kan worden voor elke niet na 340 werkbare werkdagen opgeleverde woning.

### **Kanttekeningen**

1. Ten eerste wijs ik op een uitspraak van de RvA d.d. 11 december 1996 (geschilnummer 19.121). Deze zaak vertoont een opvallende gelijkens met de hier behandelde uitspraak. De uitspraak van 11 december 1996 had ook betrekking op een discussie tussen partijen over de uitleg van een overeengekomen kortingsregeling. De kortingsregeling in die zaak luidde dat de aannemer aan opdrachtgever een korting van NLG 1.000,-- per dag per woning verschuldigd was na ommekomst van de contractuele bouwtijd. In een andere bepaling van het contract stond de bouwtijd vermeld:

*"De eerste oplevering door aannemer van de eerste dertig villa's dient te geschieden na 130 werkbare werkdagen na 15 oktober 1995 doch uiterlijk 1 juli 1996, conform de aangehechte bouwroute c.q. planning. Aansluitend diende aannemer met ingang van 1 augustus 1996 8 à 10 villa's per week op te leveren. Aannemer zal er naar streven om op 1 januari 1997 de gehele opdracht op te leveren welke in elk geval niet later dan 1 maart 1997 opgeleverd mag worden."*

Van belang is voorts dat in de considerans van de betreffende aannemingsovereenkomst het "werk" is gedefinieerd als het geheel van de door de aannemer te realiseren villa's. In lijn met de considerans oordelen arbiters ook dat het werk alle villa's omvat – vergelijkbaar met de onderhavige kwestie – en dat deze artikelen zo moeten worden gelezen dat korting verschuldigd is voor iedere dag en iedere te laat opgeleverde villa na 1 maart 1997.

In deze kwestie kwam echter ook een andere besteks bepaling aan de orde. Arbiters stellen vast dat in besteksparagraaf 01.02.42 de korting ex § 42 UAV-89 is gesteld op NLG 100,-- per kalenderdag per villa. Arbiters oordelen dat het bestek uitdrukkelijk uitgaat van een oplevering per villa, zodat daarbij wel sprake is van deelopleveringen. Het gaat dan niet om een groep van 30 villa's tegelijkertijd, aldus arbiters, maar van iedere villa die niet op de overeengekomen datum is opgeleverd, althans opleveringsgereed geacht moet zijn geweest. Aldus oordelend komen arbiters tot de conclusie dat de eerste 30 woningen, alsmede voor wat betreft de opleveringen per week van 8 à 10 woningen de korting beperkt is tot NLG 100,-- per kalenderdag per villa dat deze later zijn opgeleverd.

Het verschil tussen beide zaken lijkt te zijn het bestaan van twee, aparte kortingsregelingen; één voor het werk, en één voor elke – als deeloplevering op te leveren – villa. En wellicht ook de duidelijk omschreven einddatum in plaats van de wat ongrijpbare werkbare werkdagen.

2. Daarnaast wijs ik op de uitspraak van de RvA d.d. 22 september 2000 (geschilnummer 20.186, in de appèluitspraak in die kwestie van 8 april 2003, geschilnummer 70.554, is daarvan niet afgeweken). In deze uitspraak (ook die in appèl) is § 1 lid 3 UAV-89 aan de orde gekomen. In dit lid is bepaald dat – onder meer – § 42 UAV-89 van overeenkomstige toepassing is indien in het bestek een afzonderlijke termijn is gesteld binnen welke de uitvoering van het werk tot een bepaalde stand moet zijn gevorderd, voordat de oplevering plaatsvindt. De ratio achter deze bepaling is in elk geval dat de voortgang van het werk wordt gewaarborgd door (tussentijdse) mijlpalen met bijbehorende sanctie alvorens het werk als zodanig kan/mag worden opgeleverd. Het is van belang dat in het bestek ondubbelzinnig van "oplevering" gesproken wordt in relatie tot § 1 lid 2 UAV-89, wil sprake zijn van deelopleveringen; bij een andersluidende redactie zal in principe § 1 lid 3 UAV-89 van toepassing zijn handelend over een gefaseerde voortgang van het werk'; vgl. "Hoofdstukken Bouwrecht", deel 1, nr. 31.

Echter, dit lid kan ook een bredere toepassing krijgen, zoals in de uitspraak van 22 september 2000 aanvankelijk het geval was. In die zaak bepaalde het bestek, dat het werk – in dat geval diverse civieltechnische werkzaamheden – 85 werkweken was uitgetrokken. In de planning was uitdrukkelijk opgenomen dat het werk als zodanig krachtens het bestek in 4 fasen was onderverdeeld. Arbiters waren van oordeel dat deze fasering deeltermijnen aangeeft als bedoeld in § 1 lid 3 UAV-89, zodat bij overschrijding van die termijnen kortingen hadden kunnen worden opgelegd. In die zaak gebeurt dit uiteindelijk overigens niet, omdat partijen uiteindelijk andere afspraken hebben gemaakt.

Zou die fasering niet ook in de onderhavige casus van toepassing kunnen worden verklaard? Er wordt toch uitdrukkelijk gesproken van "oplevering"? Zouden de "eenheden van gemiddeld 35 woningen" niet ook als fasen kunnen worden beschouwd en als zodanig toch niet als deeltermijnen krachtens § 42 UAV-89 gesanctioneerd zijn? Dit was het betoog van opdrachtgeefster, zij het via een andere weg.

3. Het oordeel van appèlarbiters dat de planning geen basis vormt voor de resultaatsverbintenis is in lijn met eerdere uitspraken van de RvA (vgl. 16 februari 2007, geschilnummer 27.305). Overigens bepaalt § 26 lid 5 UAV-89 dat het algemeen tijdschema – de planning in casu zal een dergelijk tijdschema zijn – als een leidraad voor de aannemer geldt en de voor hem uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen niet verzwart. Als de planning een andere status moet krijgen zal dit expliciet moeten worden bepaald.

4. Appèlarbiters wijden zelf geen overweging aan de stelling van opdrachtgeefster dat de korting kan worden geheven over kalenderdagen. Arbiters in eerste aanleg hebben dat wel gedaan, en menen dat in de hiervoor aangehaalde § 01.02.42.01 voldoende duidelijk is afgeweken van het bepaalde in § 42 lid 3 UAV-89, via welke bepaling volgens arbiters in eerste aanleg de korting wordt geheven over werkdagen. Die uitspraak is in lijn met de jurisprudentie van de RvA. Op 6 maart 2012 (geschilnummer 30.567, hoger beroep is ingesteld) heeft de RvA echter een andersluidende uitspraak gedaan. In die zaak oordeelden arbiters dat het noemen van de term "kalenderdag" in het bestek geen (voldoende) onderscheid geeft ten opzichte van de term "dag", zoals geformuleerd in § 1 lid 1 UAV-89; een "dag" is een "kalenderdag" volgens die bepaling. Naar mijn mening is deze laatstgenoemde uitspraak overigens onjuist.

Wel kan er worden opgemerkt dat een afwijking van - ongeacht welke bepaling uit - de UAV wel duidelijk c.q. voldoende onderscheidend moet zijn om te gelden tussen partijen. Dat dit heel precies luistert blijkt uit de hiervoor aangehaalde uitspraak van de RvA d.d. 22 september 2000 (geschilnummer 20.186, in de appèluitspraak in die kwestie van 8 april 2003, geschilnummer 70.554, is daarvan niet afgeweken). In die kwestie werd in de kortingsbepaling uit het bestek uitdrukkelijk en enkel verwezen naar § 42 lid 2 UAV-89, in welk lid de hoogte van de korting is bepaald. De UAV-89 gaan nog uit van NLG 75,- (€ 34,-) per dag; de UAV-2012 bepaalt thans € 60,-, nog steeds over werkdagen. Arbiters oordelen in die zaak dan ook dat uitsluitend beoogd is om van laatstgenoemd bedrag af te wijken, doch dat de overige bepalingen van § 42 UAV-89 ongewijzigd zijn gebleven, zodat de korting slechts kan worden opgelegd over werkbare werkdagen; van lid 3 is niet afgeweken. In de onderhavige kwestie is in de bepaling opgenomen € 75,- per kalenderdag; die laatste toevoeging is mijns inziens cruciaal.

*Mr. B.R. (Bard) van Veen  
Severijn Hulshof Advocaten*

Scheidsgerecht: prof. mr. dr. M.A.B. Chao-Duivis, J.L. Walvisch en ir. A.W.C. Marijnissen  
Gemachtigde appellante, opdrachtgeefster: mr. K. Straathof  
Gemachtigde geïntimeerde, de curator resp. aanneemster: mr. J.P. Groen

*Bron: RvA 5 februari 2013, No. 71.787  
Datum: 9-4-2013*