

TBR 2016/16

Raad van Arbitrage voor de Bouw, 28 mei 2015, No. 71.927, (Gewelstenen; Wijze van levering en beëindiging in onvoltooide staat)

(Mr. P.J.P. Severijn, ir. P. de Jong en ir. G.J.W.M. van Bebber)

UAV '89: par. 5, par. 6, par. 14, par. 37; BW: art. 7:764

Bouw bedrijfsgebouw met bedrijfswoning. Scheuren in gewelstenen. Gewelstenen niet geschikt. Levering gewelstenen als stelpost. Geen directielevering. Schorsing en vervolgens beëindiging in onvoltooide staat. Beëindiging van werk of van overeenkomst

Met gastnoot F.M. van Cassel - van Zeeland, Red.¹

Het geschil in eerste aanleg

12. Tussen partijen is een geschil ontstaan naar aanleiding van de tussen partijen op 23 november 2007 gesloten aannemingsovereenkomst voor de herbouw van een bedrijfsgebouw met bijbehorende bedrijfswoning aan de H 12 te X. Het werk heeft vanaf eind november/begin december 2008 geruime tijd stil gelegen en partijen discussiëren over de vraag aan wie dat te wijten is. Aanneemster heeft bij brief van 14 juni 2011 het werk in onvoltooide staat beëindigd. Opdrachtgevers hebben bij brief van 4 augustus 2011 de overeenkomst ontbonden. Over de manier waarop het werk moet worden afgerekend verschillen partijen van mening. Arbiters in eerste aanleg oordeelden dat aanneemster terecht tot beëindiging in onvoltooide staat overging en hebben de daarvoor gegeven afrekeningswijze van paragraaf 14 lid 10 UAV 1989 gevolgd.
(...)

De vordering in hoger beroep

14. Opdrachtgevers zijn van mening dat aanneemster al vanaf augustus 2008 de tussen partijen gesloten overeenkomst heeft willen openbreken en deze heeft willen voortzetten op regiebasis. In verband daarmee heeft aanneemster aangestuurd op een aan opdrachtgevers te wijten beëindiging in onvoltooide staat, zo menen zij. Aanneemster heeft daarvoor de problemen die ontstonden met de toe te passen gewelstenen, in verband waarmee het werk stil kwam te liggen, aangegrepen, aldus opdrachtgevers. Zij vinden dat aanneemster oneigenlijk gebruik heeft gemaakt van deze mogelijkheid tot beëindiging van de overeenkomst en nemen aanneemster kwalijk dat zij niet open is geweest over haar bedoelingen.

15. Zij concluderen onder aanvoering van dertien grieven: “**CONCLUSIE**
Vordering [aanneemster], verzoek [opdrachtgevers] tot herstel c.q. wijziging vonnis en terugbetaling. [Aanneemster] te veroordelen tot het stellen van zekerheid voor het bedrag van € 93.445,17. [Aanneemster] te veroordelen om tegen een behoorlijk bewijs van kwijting aan [opdrachtgevers] terug te betalen het totale door [opdrachtgevers] aan [aanneemster] betaalde bedrag van € 93.445,17 vermeerderd met de wettelijke handelsrente, voor zover over de bedragen daarover door [opdrachtgevers] handelsrente is betaald, gerekend vanaf de dag der betaling aan [aanneemster] door [opdrachtgevers] tot aan de dag der algehele voldoening door [aanneemster] aan [opdrachtgever] en voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad.

Het bedrag is door [opdrachtgevers] aan [aanneemster] betaald op 19 december 2013 waarvan € 3.213,32 op 23 december 2013.

Vordering [opdrachtgevers]

[Aanneemster] te veroordelen om tegen een behoorlijk bewijs van kwijting aan [opdrachtgevers] te betalen een bedrag ter afrekening van de aannemingsovereenkomst op basis van de opname en rapportage van G een bedrag van € 66.859,39 en een bedrag ter vergoeding van aanvullende schade van € 73.821,03 samen een totaalbedrag van € 140.680,42 vermeerderd met de wettelijke handelsrente vanaf 19 augustus 2011 tot aan de dag der algehele voldoening en voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad.

In conventie en reconventie

[Opdrachtgevers] verzoekt het scheidsgerecht om [aanneemster] te veroordelen om tegen een behoorlijk bewijs van algehele kwijting te betalen de kosten van deze procedure, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad. Subsidiair

Vordering [opdrachtgevers]

[Opdrachtgevers] verzoekt het scheidsgerecht in het geval dat het scheidsgerecht onverhoopt van oordeel is dat de bovenstaande vorderingen van [opdrachtgevers] moeten worden afgevoerd, beroept [opdrachtgevers] zich subsidiair op vernietiging van de gesloten aannemingsovereenkomst op grond van artikel 3:44 lid 3 BW met een beroep op artikel 6:162 BW onrechtmatige daad en de daaruit voortvloeiende schadeplichtigheid en [aanneemster] te veroordelen om tegen een behoorlijk bewijs van kwijting aan [opdrachtgevers] terug te betalen een bedrag van € 66.859,39 ter afrekening en een bedrag ter vergoeding van geleden schade van € 73.821,03 samen een totaalbedrag van € 140.680,42 vermeerderd met de wettelijke handelsrente vanaf de datum van het instellen van de hoger beroep procedure tot aan de dag der algehele voldoening en voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad.

In conventie en reconventie

[Opdrachtgevers] verzoekt het scheidsgerecht om [aanneemster] te veroordelen om tegen een behoorlijk

¹ Frank van Cassel - van Zeeland is advocaat te Amsterdam bij Simmons & Simmons.

bewijs van algehele kwijting te betalen de kosten van deze procedure, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad."

Het verweer in hoger beroep en de vordering in incidenteel appel

16. Aanneemster voert verweer op hierna te bespreken gronden en stelt onder aanvoering van drie grieven (voorwaardelijk) incidenteel appel in. Zij heeft gesteld vrede te kunnen hebben met de uitkomst van het vonnis in eerste aanleg. Mocht de Raad echter onverhoopt de vordering van [opdrachtgevers] in appel geheel of gedeeltelijk toewijzen dan wenst zij dat haar reconventionele vordering in eerste aanleg alsnog geheel wordt toegewezen, of wordt verrekend met de toewijzing aan opdrachtgevers. Zij concludeert:

'In principaal appel

Dat het uw Raad moge behagen om bij arbitraal vonnis in hoger beroep, [opdrachtgevers] in haar vorderingen niet ontvankelijk te verklaren, althans haar deze te ontzeggen als zijnde rechtens ongegrond en/of onbewezen. In het (voorwaardelijk) incidenteel appel

Dat het uw Raad moge behagen, bij vonnis, in appel, het scheidrechterlijk vonnis d.d. 15 november 2013, gewezen in geschil met nummer 33.702, waarvan beroep, te vernietigen op de beroepen punten en opnieuw rechtdoende, de vorderingen van [aanneemster] alsnog toe te wijzen door:

[Opdrachtgevers] te veroordelen om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan [aanneemster] te betalen het bedrag inclusief btw € 27.145,00 (zegge: zeventwintigduizend honderdvijfveertig euro {€ 21.287,00 + € 2.858,00 + € 3.000,00}), te vermeerderen met de handelsrente vanaf vier weken na 13 juli 2011 welk rentepercentage met ingang van twee weken na 13 oktober 2011 dient te worden verhoogd met 2 procentpunten, alles overeenkomstig paragraaf 45-2 UAV 1989, zulks tot aan de dag der algehele voldoening.

In het principaal appel en in het (voorwaardelijk) incidenteel appel

Voor het overige met bevestiging van het vonnis d.d. 15 november 2013, gewezen onder geschilnummer 33.702. Alles steeds, zowel in het principaal appel als in het incidenteel appel, met veroordeling van [opdrachtgevers] in de kosten vallende op deze procedure, daaronder mede begrepen het gemachtigdensalaris (P.M.), met bepaling dat indien niet binnen veertien dagen na vonniswijzing aan de proceskostenveroordeling is voldaan de wettelijke handelsrente is verschuldigd. Alles voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad."

Het verweer in (voorwaardelijk) incidenteel appel

17. Opdrachtgevers voeren uitgebreid verweer en concluderen kort gezegd tot verwerping van het incidenteel appel. Zij concluderen: *'CONCLUSIE*

Datum van indiening memorie van antwoord in (voorwaardelijk incidenteel appel).

Datum van indiening is d.d. 15 augustus 2014, tot en met welke datum uw Raad op voorhand een peremp-

toir uitstel heeft verleend met uw brief van d.d. 23 mei 2014, hetgeen [opdrachtgevers] heeft bevestigd met haar brief van d.d. 10 juni 2014, waarin zij uw Raad verzoekt om uitstel van indiening van bedoelde memorie.

Bewijsaanbod in principaal appel en in (voorwaardelijk) incidenteel appel.

Zonder onverplicht bewijslast te willen dragen, wordt bewijslevering van eigen stellingen aangeboden met alle middelen rechtens en meer speciaal door middel van de deskundigen van G en F en daarnaast door A en B.

In principaal appel en in (voorwaardelijk) incidenteel appel.

[Opdrachtgevers] volhardt in haar stellingen en vorderingen zoals geformuleerd in deze memorie van antwoord in (voorwaardelijk) incidenteel appel, haar memorie van grieven in principaal appel van 13 februari 2014, met aanvulling daarop van 27 februari 2014, waaronder haar stellingen in eerste aanleg. [Opdrachtgevers] verwijst hierbij expliciet naar het vonnis in eerste aanleg onder randnummer 6: "De vordering van opdrachtgevers luidt aanvankelijk als volgt." [Opdrachtgevers] benadrukt dat zij met het intrekken van vordering 11 ter mondelinge behandeling in eerste aanleg, niet haar hoofdvordering heeft ingetrokken en ook niet bedoeld heeft deze in te trekken. Derhalve heeft deze intrekking van een extra geldbedrag P.M. niet mogen leiden tot het in eerste aanleg onbehandeld laten van de vordering in conventie van [opdrachtgevers]. Dit is ook niet gesteld door arbiters ter mondelinge behandeling en in het vonnis in eerste aanleg.

In principaal appel en in (voorwaardelijk) incidenteel appel.

[Opdrachtgevers] verzoekt het appelscheidsgerecht om bij vonnis in appel [aanneemster] niet ontvankelijk te verklaren in haar gehele (voorwaardelijk) incidenteel appel, althans [aanneemster] niet ontvankelijk te verklaren in haar gehele vorderingen in (voorwaardelijk) incidenteel appel, waaronder haar reconventionele vordering in eerste aanleg, althans deze vorderingen van [aanneemster] geheel af te wijzen wegens onjuist en/of ongegrond en/of onredelijk/onbillijk en/of niet bewezen. [Opdrachtgevers] verzoekt het scheidsgerecht om bij vonnis in appel, het arbitraal vonnis in eerste aanleg van d.d. 15 november 2013, nummer 33.702, op de door [aanneemster] beroepen in eerste aanleg afgevezene punten in stand te laten en te bekrachtigen en de vorderingen van [aanneemster] opnieuw af te wijzen en [aanneemster], voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad en ten titel voorgeschreven, te veroordelen in de kosten vallende op deze procedure, waaronder mede begrepen de buitengerechtelijke kosten van de deskundigen van G en F met bepaling dat indien niet binnen veertien dagen na vonniswijzing aan de bedoelde proceskosten is voldaan de wettelijke handelsrente is verschuldigd.

Daarnaast verzoekt [opdrachtgevers] het scheidsgerecht [aanneemster] te veroordelen in de kosten van het salaris van voorheen gemachtigde inzake de afwikkeling van het vonnis in eerste aanleg, en de voor-

bereiding voor het hoger beroep voor een bedrag van € 5.075,00 excl. btw plus 60% van het btw bedrag: € 639,45, totaal: € 5.714,45 voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad en ten titel voorgeschreven met bepaling dat indien niet binnen veertien dagen na kennisgeving aan de bedoelde proceskosten is voldaan de wettelijke handelsrente is verschuldigd.

Mocht uw Raad onverhoopt de vorderingen van [aannemster] toewijzen dan verzoekt [opdrachtgevers] uw Raad de door [aannemster] gevorderde renteperiodes en de gevorderde handelsrente af te wijzen."

De feiten

18. In eerste aanleg zijn de volgende feiten vastgesteld:

a) Partijen hebben op 23 november 2007 een aannemingsovereenkomst gesloten met betrekking tot de herbouw van een bedrijfsgebouw met bijbehorende bedrijfswoning aan de H te X, (verder te noemen: 'de aannemingsovereenkomst').

b) De overeengekomen aannemingsom bedraagt € 509.354,77 inclusief btw (€ 428.029,22 exclusief btw).

c) De bij de aannemingsovereenkomst behorende technische omschrijving (verder te noemen: 'de technische omschrijving') is in opdracht van opdrachtgevers opgesteld door I.

d) Op de aannemingsovereenkomst zijn van toepassing de Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken 1989 (verder te noemen: de UAV 1989).

e) In paragraaf 2 van de technische omschrijving is vermeld dat opdrachtgevers en I als directie optreden.

f) Tijdens de uitvoering van het werk is tussen partijen onenigheid ontstaan over onder meer de kwaliteit van de te vermetelen gevelstenen.

g) Sinds eind november 2008 ligt het werk stil.

h) Bij brief van 14 juni 2011 van de gemachtigde van aannemster, heeft aannemster het werk in onvoltooide staat beëindigd, dit op grond van het bepaalde in paragraaf 14 lid 6 van de UAV 1989.

i) Op 14 juli 2011 heeft aannemster de "eindafrekening vanwege beëindiging in onvoltooide staat" bij opdrachtgevers ingediend. Deze eindafrekening sluit op een bedrag van € 85.004,16 exclusief btw, zijnde een bedrag van € 101.154,95 inclusief btw.

j) Bij brief van 4 augustus 2011 van de toenmalige gemachtigde van opdrachtgevers, hebben opdrachtgevers medegedeeld - kort samengevat - dat aannemster geen beroep toekomt op het bepaalde in paragraaf 14 lid 6 van de UAV 1989 - en hebben zij de aannemingsovereenkomst ontbonden, dit onder de mededeling dat aannemster opdrachtgevers een bedrag van in totaal € 283.596,58 (+ P.M.) verschuldigd is.

Dit bedrag is in de memorie van eis bijgesteld tot een bedrag van in totaal € 284.690,08 inclusief btw.

k) Op het terrein van opdrachtgevers staan nog bouwhekken en een bouwsteiger van aannemster.

19. Met grieven 1 tot en met 10 richten opdrachtgevers zich tegen de onder a, c, d, e, f, g, h, i, j en k genoemde feiten. Zij zijn van mening dat deze feiten onvolledig en/of onjuist zijn weergegeven. Aan feit a. (**grief 1**) ontbreekt het feit dat aannemster de datum waarop de overeenkomst werd gesloten niet uitdrukkelijk heeft genoemd in haar memories en ook niet heeft aangegeven dat de overeenkomst is gesloten ten behoeve van de herbouw van het kleinschalige wijnbouwbedrijf dat opdrachtgevers sinds 1 januari 2004 exploiteren. Bij feit c. (**grief 2**) had naar de mening van opdrachtgevers ook moeten worden vermeld dat de technische omschrijving bij het sluiten van de overeenkomst onderdeel is geworden van de aannemingsovereenkomst. Bij feit d. (**grief 3**) hadden arbiters in eerste aanleg moeten melden dat de toepasselijkheid van de UAV 1989 slechts volgt uit de technische omschrijving van opdrachtgevers.

20. Onder feit e. (**grief 4**) hadden arbiters in eerste aanleg de letterlijke tekst van de geciteerde bepaling uit de technische omschrijving moeten overnemen. Van belang is daarbij, zo hebben opdrachtgevers benadrukt, dat aannemster in de aannemingsovereenkomst niet heeft verwezen naar de technische omschrijving waarin de UAV 1989 van toepassing werden verklaard. Omdat de kern van alle problemen hierin gevonden moet worden, hadden arbiters in eerste aanleg daarvan melding moeten maken, aldus opdrachtgevers.

21. Daarom is de weergave van feit f. (**grief 5**) dan ook onjuist, omdat er geen onenigheid is ontstaan over onder meer de kwaliteit van de gevelstenen, maar enkel en alleen over de nakoming van de overeenkomst door aannemster. Aan feit g. (**grief 6**) hadden arbiters in eerste aanleg moeten toevoegen dat aannemster tot 25 november 2008 heeft gewerkt en dat de bouwvergadering, om over het probleem met de stenen te spreken, plaats vond op 26 november 2008 in aanwezigheid van opdrachtgevers, aannemster en I.

22. Met **grief 7** beklagen opdrachtgevers zich erover dat arbiters in eerste aanleg bij feit h. niet hebben vermeld dat aannemster twee brieven zond met datum 14 juni 2011, waarvan de inhoud niet gelijklopend was, noch hebben genoemd dat deze brieven niet als productie werden ingebracht door aannemster.

23. Feit i. (**grief 8**) is volgens opdrachtgevers onjuist en onvolledig, omdat zij deze eindafrekening van aannemster niet geaccepteerd hebben en zij deze eindafrekening onrechtmatig achten. Feit j. (**grief 9**) is eveneens onvolledig weergegeven, zo vinden opdrachtgevers, die begrijpen dat de gehele inhoud van de brief niet kan worden vermeld, maar vinden dat de feiten wel duidelijk moeten worden weergegeven als zij de grond-

slag vormen voor de beoordeling. Bij **grief 10** hebben zij aangegeven dat arbiters in eerste aanleg ten onrechte verzuimden te melden dat alle materiaal en materieel op eigen initiatief van aanneemster is achtergelaten op het werk.

24. Zoals opdrachtgevers zelf al hebben aangegeven, kunnen arbiters in hun vonnis niet de volledige tekst opnemen van de verschillende tussen partijen gewisselde brieven. Daartoe zijn zij ook niet verplicht. Ook feiten die voor zich spreken, zoals het deel uit maken van de technische omschrijving van de overeenkomst, hoeven niet expliciet bij de feiten te worden vermeld. Ook op grond waarvan de UAV 1989 van toepassing zijn op de overeenkomst is niet relevant, zolang tussen partijen niet in geschil is dat zij gelden. Dat een partij in haar memories geen melding maakt van de datum waarop een overeenkomst werd gesloten of het niet door een partij overleggen van stukken hoeft door arbiters niet onder de feiten te worden vermeld (grievens 1, 2, 3, 4, [deels] 7 en 9). Arbiters hoeven ook niet alle feiten op te nemen (grief 6). Arbiters kunnen ook na de opsomming, in het lichaam van het vonnis nog feiten vaststellen en bespreken, waarvan zij hierboven geen melding hebben gemaakt. De hiervoor besproken situaties betekenen niet dat het vonnis onjuist is of zou moeten worden vernietigd. Ook het feit dat onder h. slechts een van de twee brieven van de gemachtigde van aanneemster wordt genoemd geeft daartoe geen aanleiding. Beide brieven hebben dezelfde strekking. De ene brief gericht aan opdrachtgevers zelf en de andere brief gericht aan de gemachtigde van opdrachtgevers. De grievens 1, 2, 3, 4, 6, 7 en 9 falen.

25. Wanneer feiten onjuist zijn weergegeven, kan dit gevolgen hebben voor (een deel van) het vonnis in eerste aanleg. Dit stellen opdrachtgevers in hun grief 5 naar aanleiding van de vaststelling van arbiters in eerste aanleg [onder 5.f.] dat tussen partijen onenigheid is ontstaan over, onder andere, de gevelstenen. Appellarbiters begrijpen dat opdrachtgevers zich geconfronteerd zagen met een probleem met de gevelstenen. Ter zitting hebben zij toegelicht dat zij dat probleem eerst met de leverancier van de stenen afgewikkeld wilden hebben, voordat zij een andere gevelsteen konden kiezen. Tussen opdrachtgevers en aanneemster was er echter geen onenigheid over de gevelstenen. Appellarbiters stellen vast dat feit f. wellicht beter had kunnen luiden: *Tijdens de uitvoering van het werk is een probleem ontstaan met betrekking tot de kwaliteit van de te vermetselen gevelstenen.*"

26. Zij stellen echter vast dat deze aanpassing van dit feit geen consequenties voor het vonnis heeft, zodat grief 5 faalt. Appellarbiters begrijpen dat opdrachtgevers van mening zijn dat de kern van het geschil een andere is. Zij komen daarop hierna terug.

27. Bij grief 8 beklagen opdrachtgevers zich erover dat als feit is opgenomen dat aanneemster op 14 juli 2011 de "eindafrekening vanwege beëindiging in onvoltooide staat" bij opdrachtgevers heeft ingediend. Zij hebben daarbij aangetekend dat zij deze eindafrekening nimmer hebben geaccepteerd. Door arbiters in eerste aanleg is enkel en alleen als feit vastgesteld dat aanneemster een eindafrekening indiende. Het standpunt van opdrachtgevers ten aanzien van deze afrekening is daarbij niet als feit vermeld. Dat aanneemster op genoemde datum deze afrekening heeft ingediend staat vast, zodat het feit op zichzelf juist is en grief 8 van opdrachtgevers faalt.

28. De toevoeging bij grief 10 van opdrachtgevers dat materiaal en materieel op eigen initiatief is achtergelaten door aanneemster kan niet leiden tot vernietiging van [een deel van] het vonnis, zodat ook deze grief faalt.

De beoordeling van het geschil

29. Bij **grief 11** hebben opdrachtgevers veertien feiten opgesomd die door arbiters in eerste aanleg niet werden genoemd en naar hun mening, klaarblijkelijk, geen rol hebben gespeeld bij de beoordeling van het geschil. Opdrachtgevers hebben deze feiten onderverdeeld in de categorieën: A. Rechtsfeiten met betrekking tot de gesloten aannemingsovereenkomst (feiten 1 tot en met 5), B. Verzekering object van de aannemingsovereenkomst (feit 6), C. Brieven van [aanneemster] van 14 juni 2011 (feit 7), D. Argumentatie aanneemster (feit 8), E. Stelpost aannemingsovereenkomst op basis van de UAV 1989 (feit 9), F. Melding vermoeden ondeugdelijk werk met betrekking tot gevelstenen (feit 11), G. Onafhankelijkheid arbiters Raad van Arbitrage voor de Bouw (feit 12), H. Procedure en mondelinge behandeling geschil (feit 13 en 14).

30. Deze grief bevat niet alleen door opdrachtgevers gewenste aanvullingen op de feiten, maar eveneens afzonderlijke grieven gericht tegen de overige overwegingen in het vonnis. Deze grieven worden deels herhaald en door opdrachtgevers uitgebreider toegelicht in grief 12, zodat appellarbiters de bespreking van grief 11 onder de beoordeling van het geschil laten vallen.

31. Appellarbiters stellen voorop dat er geen rechtsregel is die (appel)arbiters verplicht alle door de ene partij gestelde en door de andere partij erkende of niet weersproken feiten als vaststaand in de uitspraak te vermelden. Het staat (appel)arbiters vrij uit de tussen partijen vaststaande feiten die selectie te maken die hen voor de beoordeling van het geschil relevant voorkomt. Voor zover de gepretendeerde feiten voor de verdere beoordeling relevant zijn, zal dat hierna blijken.

A. Rechtsfeiten met betrekking tot de gesloten aannemingsovereenkomst

32. Onder deze categorie hebben opdrachtgevers vijf feiten opgenomen:

33. 1. Aannemster stuurt op maandag 8 december 2008 om 6:49:16 uur een e-mail aan opdrachtgevers, waarvan de tekst luidt: *'Is er wat over de nieuwe stenen bekend, dit in verband met de planning voor het nieuwe jaar?'*

34. 2. Aannemster stuurt op dezelfde dag om 15:18:47 opnieuw een e-mail, met bijlage, met als onderwerp "afrekening" en als bijlage: *'calculatie'*. De tekst van die e-mail luidt: *'Bijgevoegd de offerte van het bouwwerk min de werkzaamheden die nog niet gedaan zijn, als er bedragen ontbreken staan die op de lijst van meer en minderwerk die deze week nog volg(t)'. 'De meer en minderwerklijst volgt zo snel mogelijk als ƒ zij(n) uren gegeven heeft.'*

35. 3. Aannemster stuurt op donderdag 11 december 2008 aan opdrachtgevers een meer- minderwerkoverzicht, op basis van de op 8 december 2008 door aannemster gestuurde aangepaste offerte. Boven de e-mail staat *'Verrekening'*. De tekst luidt: *'Bijgevoegd meer en minderwerk overzicht op aangepaste offerte.'*

36. 4. Aannemster stuurt op 19 maart 2009, nadat zij het werk eind november/begin december 2008 had gestaakt en achtergelaten, opnieuw een meer- en minderwerk overzicht. Op dit overzicht nam zij zes nieuwe posten op, waaronder een post 'stil leggen bouw nu de stenen niet goed zijn' ter hoogte van € 25.350,00.

37. 5. Aannemster heeft deze post uit het overzicht van 19 maart 2009 niet meer opgenomen in het meer- en minderwerk overzicht behorend bij haar eindafrekening van 13 juli 2011, maar wel de overige vijf posten.

38. Opdrachtgevers hebben bij deze aanvullende feiten toegelicht dat aannemster wel de afrekening van 8 december 2008 als productie inbracht, maar niet de aangepaste offerte. Ook het meer en minderwerkoverzicht van 11 december werd door aannemster niet ingebracht. In plaats daarvan overlegde zij een meer- en minderwerkoverzicht van 19 augustus 2008 (productie 58). Alleen ontbreekt op deze productie de datum en is het niet hetzelfde overzicht dat opdrachtgevers van aannemster ontvingen, aldus opdrachtgevers. Zij stellen dat het tijdsbestek tussen het voorstel van aannemster van augustus 2008 en het moment waarop aannemster het werk verliet na 26 november 2008 van belang is in relatie tot de handelwijze van aannemster eind november/begin december 2008.

39. Opdrachtgevers zijn verder van mening dat de verschillende financiële opstellingen van aannemster een onderling verband met elkaar hebben en van cruciaal belang zijn voor de beoordeling van het geschil. Arbiters in eerste aanleg hebben het geschil niet op de juiste merites beoordeeld, zo vinden zij. Niet de stenenkwestie is waar het geschil om draait, maar de manier waarop aannemster uitvoering heeft gegeven aan de aannemingsovereenkomst.

40. Aannemster heeft de feiten 1 tot en met 5 niet betwist, appellarbiters voegen ze toe aan de vastgestelde feiten en bespreken de consequenties daarvan voor het vonnis in eerste aanleg hierna onder rechtsoverwegingen 86 tot en met 92.

B. Verzekering object van de aannemingsovereenkomst

41. Onder deze categorie hebben opdrachtgevers feit 6 opgenomen dat door aannemster een CAR+AVB verzekering is afgesloten waarop als onderwerp van de verzekering staat genoteerd: *'realisatie woning'*. Opdrachtgevers hebben erop gewezen dat het bedrijfsgebouw niet genoemd is als verzekerd object. De verzekering speelde een rol met betrekking tot de gevelstenen op het moment van het door aannemster achterlaten van de bouw eind november/begin december 2008 en in juni 2011, aldus opdrachtgevers.

42. Op welke manier het niet in de feiten opgenomen zijn van dit onderwerp moet leiden tot vernietiging van een deel van het vonnis in eerste aanleg hebben opdrachtgevers niet aangegeven. De consequentie van het mogelijk onverzekerd geweest zijn van (een deel van) het werk, zou kunnen zijn dat een eventuele schade van opdrachtgevers voor rekening van aannemster blijft, omdat zij verzuimde het werk adequaat te verzekeren. Invloed op het vonnis heeft dit echter niet. De grief faalt.

C. Brieven van aannemster van 14 juni 2011

43. Als aanvullend feit 7 noteren opdrachtgevers dat uit de door arbiters in eerste aanleg vermelde feiten niet blijkt dat aannemster bij haar beroep op paragraaf 14 lid 6 en 14 lid 10 van de UAV 1989 op 14 juni 2011 niet één, maar twee verschillende brieven stuurde naar opdrachtgevers.

44. Appellarbiters stellen vast dat het gaat om twee brieven van dezelfde strekking, waarvan de ene gericht is aan opdrachtgevers zelf en de tweede aan de gemachtigde van opdrachtgevers. Dat de laatstgenoemde brief in reactie op een ingebrekestelling ten aanzien van de verzekering van het werk werd gezonden, doet daar niet aan af en kan niet leiden tot vernietiging van (een deel van) het vonnis in eerste aanleg. De grief faalt.

D. Argumentatie aanneemster

45. Onder dit kopje noemen opdrachtgevers feit 8. Vaststaand feit is, aldus opdrachtgevers, dat aanneemster op 13 oktober 2011 twee brieven aan opdrachtgevers zond. Een brief is een aanmaning voor de ‘eindafrekening wegens beëindiging in onvoltooide staat’ van aanneemster van 13 juli 2011. De tweede brief is van aanmerkelijk belang, aldus opdrachtgevers, omdat aanneemster in die brief voor het eerst stelt ‘dat het werk inmiddels al weer drie jaar geleden in onvoltooide staat werd beëindigd’. Beide brieven van aanneemster bevatten met elkaar in strijd zijnde argumenten, aldus opdrachtgevers. In hun grief 12 hebben zij dit verder uitgewerkt, zodat appellarbiters dit onderdeel van grief 11 bij de bespreking van grief 12 zullen behandelen.

E. Stelpost aannemingsovereenkomst op basis van de UAV 1989

46. Onder feit 9 noemen opdrachtgevers hier twee feiten. Als eerste wensen zij dat als feit wordt opgenomen dat het leveren van de gevelstenen in de aannemingsovereenkomst is opgenomen als een stelpost. Dat is van belang, zo stellen zij, omdat in paragraaf 37 lid 1 en lid 7 is bepaald: ‘Onder stelposten worden verstaan in het bestek als zodanig aangeduide geldsbedragen, welke in de aannemingsom zijn begrepen en ten laste waarvan nader in het bestek beschreven uitgaven worden gebracht’ (lid 1) en: ‘De aanschaf van bouwstoffen, waarvoor stelposten zijn opgenomen, geschiedt door de aannemer volgens nadere opdracht van de directie en, tenzij de directie de aannemer daarin vrijlaat, bij leveranciers die daartoe door haar worden aangewezen.’ (lid 7). Uit deze tekst blijkt, aldus opdrachtgevers, dat stelposten geen ‘deel van de directie’ zijn in de zin van het begrip ‘directielevering’ of van ‘een door de opdrachtgever ter beschikking gestelde bouwstof’.

47. Daarnaast wensen opdrachtgevers als feit opgenomen te hebben dat: ‘uit de aannemingsovereenkomst blijkt dat een stelpost, met betrekking tot de door [aanneemster] te leveren gevelstenen voor het door [aanneemster] aangenomen metselwerk, is opgenomen volgens de Technische Omschrijving van [opdrachtgevers].’

48. Dit is van belang omdat arbiters in eerste aanleg in hun rechtsoverweging 11 hebben vastgesteld dat de levering van de stenen een aangewezen deel van de directie was. Opdrachtgevers betogen dat uit deze twee feiten volgt dat geen sprake kan zijn van een directielevering en aanneemster verantwoordelijk moet worden gehouden voor de stenenproblematiek.

49. Appellarbiters stellen vast dat het leveren van de gevelstenen als stelpost in de technische omschrijving bij de overeenkomst is opgenomen. Met hun grief 12 hebben opdrachtge-

vers eveneens tegen rechtsoverweging 11 gegriefd, zodat appellarbiters dit onderdeel van grief 11 en de consequenties daarvan voor het vonnis in eerste aanleg bij de bespreking van grief 12 behandelen.

F. Melding vermoeden ondeugdelijk werk met betrekking tot de gevelstenen

50. Als aanvullend feit 10 wensen opdrachtgevers vermeld te zien dat zij op 10 november 2008 aan aanneemster melding hebben gemaakt van hun vermoeden dat de stenen en de daarmee gemetselde muren ondeugdelijk waren. Daarnaast verzoeken zij om opname van aanvullend feit 11 dat de Stichting Technisch Centrum voor de Keramische Industrie (TCKI) op 6 mei 2009 haar testrapport heeft uitgebracht over de druksterkte en de vorstbestandheidseigenschappen van de gevelstenen.

51. Als toelichting op feit 10 hebben opdrachtgevers er op gewezen dat niet het probleem met de gevelstenen de oorzaak van het geschil is tussen partijen. Daarop komen appellarbiters hierna terug.

52. Toevoeging van de hier genoemde feiten kan echter niet tot vernietiging van een deel van het vonnis in eerste aanleg leiden, zodat grief 10, onderdeel E faalt.

53. Opdrachtgevers achten het ‘onrechtmatig, onredelijk en onbillijk’ dat arbiters in eerste aanleg het rapport van TCKI onbesproken hebben gelaten.

54. Voor zover opdrachtgevers hiermee hebben beoogd te stellen dat arbiters in eerste aanleg ten onrechte het rapport van TCKI onbesproken hebben gelaten komen appellarbiters daarop bij de bespreking van grief 12 terug.

(...)

Grief 12 (Grief tegen het gehele vonnis)

58. Met deze grief hebben opdrachtgevers hun bezwaren geuit tegen de overige rechtsoverwegingen van het vonnis in eerste aanleg en de hiervoor geuite bezwaren nader toegelicht. Zij hebben daarbij de volgorde van het vonnis in eerste aanleg gevolgd, zodat appellarbiters grief 12 behandelen aan de hand van de rechtsoverwegingen van het vonnis in eerste aanleg waartegen de onderdelen gericht zijn.

Rechtsoverwegingen 10 tot en met 19 vonnis in eerste aanleg

59. Het grootste bezwaar dat opdrachtgevers hebben geuit tegen deze overwegingen in het vonnis is dat deze, naar hun mening, niet gesteld zijn op een juiste en volledige voorstelling van de werkelijke gang van zaken. Niet de gevel-

stenen waren het probleem, maar het niet nakomen door aannemster van haar verplichtingen uit de aannemingsovereenkomst, aldus - kort samengevat - opdrachtgevers.

60. Daarnaast hebben opdrachtgevers zich erover beklaagd dat zij niet hebben kunnen beschikken over een proces-verbaal van de zitting. Verwijzing door arbiters in eerste aanleg naar hetgeen partijen ter zitting hebben verklaard kan derhalve niet door partijen worden geverifieerd, aldus opdrachtgevers. Datgene dat door arbiters in eerste aanleg wordt beschreven over de verklaringen van partijen ter zitting wijkt af van de waarnemingen van opdrachtgevers. Zij zijn bang dat als appellarbiters beschikken over het proces-verbaal van de mondelinge behandeling in eerste aanleg, zonder dat dit aan partijen ter hand wordt gesteld, de onafhankelijkheid van appellarbiters in het geding is.

61. Appellarbiters stellen vast dat het partij- en zijn die het scheidsrecht in hoger beroep in het bezit stellen van hun respectievelijke memories en het procesdossier in eerste aanleg (dit laatste door de appellant in principaal appel). Van de zitting wordt geen proces-verbaal opgemaakt. De door de secretaris van het scheidsrecht gemaakte aantekeningen dienen als eigen aantekeningen voor het maken van het vonnis en deze worden niet aan partijen ter hand gesteld, noch aan arbiters. Appellarbiters beschikken dus niet over aantekeningen van de secretaris in eerste aanleg. Appellarbiters oordelen aan de hand van de onder rechtsoverweging 3 opgesomde stukken en aan de hand van het verhandelde ter zitting in hoger beroep.

62. Kern van het bezwaar van opdrachtgevers tegen de rechtsoverwegingen 10 tot en met 17 is de omschrijving van het geschil zoals arbiters in eerste aanleg die hebben gegeven.

63. Uit de uitgebreide schriftelijke en mondelinge toelichting van opdrachtgevers begrijpen appellarbiters dat opdrachtgevers menen dat er meer aan de hand was dan alleen het probleem met de gevelstenen. Opdrachtgevers zagen zich op het moment dat het probleem met de gevelstenen zich voordeed al enige tijd geconfronteerd met een aannemer die op andere voorwaarden de overeenkomst wilde voortzetten, zo begrijpen appellarbiters.

64. Al in augustus 2008 stelde aannemster voor de werkzaamheden voort te zetten op basis van nacalculatie. In september 2008 drong zij daar nogmaals op aan. Naar appellarbiters begrijpen zag aannemster zich daartoe genoodzaakt omdat het aangenomen metselwerk in de praktijk aanzienlijk bewerklijker, en dus duurder, bleek dan

vooraf was begroot, volgens aannemster als gevolg van de eisen die opdrachtgevers daaraan stelden.

65. Op 8 december 2008 zond aannemster aan opdrachtgevers een 'afrekening' die zij heeft omschreven als 'de offerte van het bouwwerk min de werkzaamheden die nog niet gedaan zijn, als er bedragen ontbreken staan die op de lijst van meer- en minderwerken die deze week nog volgt' en op 11 december 2008 volgde een meer- en minderwerklisht.

66. Opdrachtgevers zijn van mening dat aannemster het werk niet wilde voortzetten onder de overeengekomen voorwaarden en dat zij daarom haar werkzaamheden niet heeft voortgezet. Het probleem met de stenen, en het in verband daarmee stilliggen van het werk, heeft aannemster vervolgens aangegrepen om onder de overeenkomst uit te kunnen komen en af te kunnen rekenen op grond van beëindiging in onvoltooide staat.

67. Opdrachtgevers hebben daarnaast nog gesteld het werk niet te hebben stilgelegd of de intentie te hebben gehad om dit te doen en aannemster de toegang tot het werk niet te hebben ontzegd.

68. Ter zitting hebben opdrachtgevers toegelicht hoe de aanschaf van de gevelstenen is verlopen. Opdrachtgevers hebben zich georiënteerd over de aan te schaffen gevelstenen en verschillende soorten stenen bij leveranciers bekeken. Ter plekke bij de leverancier hebben zij de stenen van hun keuze aangewezen en op zicht meegenomen. Omdat de metselaar aangaf dat deze stenen niet geschikt waren, hebben opdrachtgevers met de betreffende leverancier afgesproken in plaats van gevelstenen dakpannen bij haar te zullen betrekken.

69. De nieuwe gevelstenen hebben opdrachtgevers bij een andere leverancier eveneens zelf uitgezocht onder mededeling aan deze leverancier dat de levering via aannemster zou verlopen. Aan aannemster lieten zij daarover op 4 februari 2008 weten (productie 31 eerste aanleg): *'Afgelopen vrijdag hebben wij de gevelstenen besteld bij de K in Y. Medewerker: L. Het gaat om de Nieuwe oude Paepsteen rijnworm K 6. De prijs van de stenen is 395 euro per 1000. Op deze prijs wordt geen korting gegeven aan de aannemer. Hierover kunnen we misschien overleggen. Er gaan plusminus 95 stuks in een m2. Wij hebben het aantal m2 wat in jullie offerte is berekend doorgegeven. Het aantal benodigde stenen zal hij deze week uitrekenen. De stenen worden zonder btw geleverd. De levering is op afroep. Wij hebben aangegeven ongeveer half maart. Het zullen naar alle waarschijnlijkheid 3 vrachten zijn en de transportkosten zijn dan 3 x 145 euro. Onze vraag is of je op korte termijn jullie bedrijfsgegevens en btw nummer wil door geven aan L. Zijn email adres is: [...]. De website van het bedrijf is [...]. Bij de levering is de voorwaarde dat betaald moet*

zijn voordat de stenen de grens over gaan. Dit als gevolg van het feit dat zij een negatieve ervaring hebben met het niet betalen van het materiaal na levering. [...]’.

70. Genoemde leverancier heeft op 6 februari 2008 aan opdrachtgevers de uittelling van de benodigde hoeveelheden gevelstenen en de daarbij behorende prijs voor het geheel bevestigd (productie 32 eerste aanleg).

71. In augustus 2008, toen door opdrachtgevers scheuren werden geconstateerd in de stenen, waren het opdrachtgevers die hun beklag deden bij de leverancier. De leverancier heeft daarop een kwart van de geleverde partij gevelstenen vervangen door nieuwe.

72. Appellarbiters stellen vast dat aanneemster in het geheel geen invloed heeft gehad op de aankoop van de gevelstenen. Aanneemster heeft slechts gefungeerd als factuuradres. Opdrachtgevers hebben feitelijk gehandeld als opdrachtgever van de stenenleverancier. Dat zij met aanneemster op papier wellicht iets anders overeenkwamen doet daar niet aan af. De levering van de gevelstenen geldt als een directielevering. Feitelijk was sprake van een door opdrachtgevers ter beschikking gestelde bouwstof. Grief 11, onderdeel E en grief 12, voor zover deze grief ziet op rechts-overweging 11 in het vonnis in eerste aanleg falen.

73. Opdrachtgevers hebben gesteld in randnummer 121 van hun memorie van grieven, noodgedwongen de stenen te hebben moeten vervangen. Ter zitting hebben zij desgevraagd verklaard dat zij de problematiek met de stenen eerst wel moesten oplossen voordat zij nieuwe stenen konden uitkiezen.

74. Naar het oordeel van appellarbiters kon tot dat moment in ieder geval het metselwerk niet worden voortgezet.

75. Opdrachtgevers verwijten aanneemster dat zij haar verplichtingen niet is nagekomen en haar werkzaamheden niet heeft hervat, maar zij hebben aanneemster op het moment dat de stenenproblematiek speelde ook niet gesommeerd haar werkzaamheden te hervatten.

76. Aanneemster heeft op 8 december 2008 (productie 67 eerste aanleg) geïnformeerd naar de stand van zaken met de stenen, waarop opdrachtgevers op 9 december 2008 (productie 69 eerste aanleg) te kennen hebben gegeven dat de muren in ieder geval moesten worden gesloopt en het in de bedoeling lag om over de nieuwe stenen uiterlijk de volgende week zekerheid te hebben. Op 4 februari 2009 was die er kennelijk nog niet, omdat aanneemster toen opnieuw informeerde (productie 74 eerste aanleg) naar de stenen. Deze berichten

zijn voor opdrachtgevers echter geen reden geweest om aanneemster erop te wijzen dat zij ten onrechte haar overige werk niet hervatte.

77. Ook in de latere correspondentie gevoerd door de gemachtigden van opdrachtgevers, is geen sommatie aan aanneemster om haar werk te hervatten opgenomen. Wel heeft de toenmalige gemachtigde bij brief van 18 september 2009 aanneemster in gebreke gesteld en haar in de gelegenheid gesteld om binnen veertien dagen schriftelijk te erkennen dat de door aanneemster geleverde stenen niet deugdelijk waren en te verklaren dat de eikenhouten constructie niet voldoet aan het Bouwbesluit. Een sommatie om de werkzaamheden te hervatten en de tekortkomingen te herstellen is daarin niet te lezen. Bovendien treft de ingebrekestelling ten aanzien van de stenen geen doel, omdat niet aanneemster maar opdrachtgevers op dit punt in verzuim waren.

78. Op het punt van de problemen met de balkconstructie heeft aanneemster ter zitting verklaard dat zij deze wilde oplossen, maar zij daartoe niet werd toegelaten. Opdrachtgevers hebben ter zitting toegelicht dat zij pas nadat aanneemster van het werk vertrokken was ontdekten dat de toegepaste balk onvoldoende zwaar was. Dat ‘*er wat aangezet kon worden*’, vonden zij prima, maar dat is hen nooit voorgesteld, aldus opdrachtgevers ter zitting.

79. Appellarbiters stellen vast dat de verklaringen van partijen op dit punt tegenstrijdig zijn. Zij zijn echter wel van mening dat het probleem met de balkconstructie niet zodanig was dat dit niet eenvoudig op te lossen zou zijn geweest, zodat zij ook daar geen verzuim van aanneemster zien.

80. De stenenproblematiek is de aanleiding geweest om in ieder geval de metselwerkzaamheden stil te leggen. Deze problematiek komt voor rekening van opdrachtgevers. Daarom had het op de weg van opdrachtgevers gelegen om aan aanneemster kenbaar te maken dat zij voor het overige kon en diende door te werken en eventuele tekortkomingen diende te herstellen. Dat het werk kwam stil te liggen en niet is hervat, is aan opdrachtgevers te wijten.

81. Omdat de stenenproblematiek voor rekening van opdrachtgevers dient te blijven is er geen noodzaak om het rapport van TCKI te behandelen, zodat grief 11 onderdeel F faalt.

82. Opdrachtgevers hebben, in afwachting van de resultaten van het onderzoek naar de stenen en het afhandelen van deze problematiek met de leverancier, zoals zij zelf schrijven in randnummer 121 van hun memorie van grieven ‘nood-

gedwongen' het werk stilgelegd. Arbiters in eerste aanleg hebben dit stilleggen terecht aangeduid als het schorsen van het werk door opdrachtgevers op grond van paragraaf 14 lid 1 UAV 1989.

83. Opdrachtgevers hebben gesteld dat aanneemster slechts bereid zou zijn geweest het werk te hervatten als opdrachtgevers zouden instemmen met voortzetting van het werk op basis van regie. Zij hebben zich daarbij ter zitting beroepen op productie 11 in eerste aanleg, een brief van 5 oktober 2009 van de gemachtigde van aanneemster, waarin deze gemachtigde voorwaarden heeft opgesomd waaraan moest zijn voldaan wilde aanneemster haar werk weer hervatten (waaronder betaling, duidelijkheid over de toe te passen stenen en uitvoering van de balkconstructie zoals berekend door de constructeur). Dat aanneemster haar voorwaarden nooit heeft laten vallen zou volgens opdrachtgevers volgen uit het feit dat deze gemachtigde in die brief heeft verwezen naar eerdere brieven.

84. Wat er van eerdere brieven ook mag zijn, appellarbiters constateren dat de gemachtigde van aanneemster in zijn reactie van 4 februari 2010 (productie 118 eerste aanleg) op de handhaving van opdrachtgevers van hun standpunten bij brief van hun gemachtigde van 9 november 2009 (productie 117 eerste aanleg), een aantal opties heeft geopend om tot een oplossing te komen. Optie 1 was: *“aanneemster] gaat de overeenkomst nakomen met prijsaanpassing door de vertraging in de bouwtijd welke voor rekening van uw cliënten komt. Het werk start zo spoedig mogelijk na heden. [aanneemster] gaat verder met dezelfde stenen welke op zich goed en bruikbaar zijn. De balkenconstructie wordt aangepast en zo nodig uitgevoerd.”*

85. Opdrachtgevers zijn hiermee niet akkoord gegaan, zo volgt uit de brief van hun gemachtigde van 2 april 2010 (productie 119 eerste aanleg). Vervolgens verzandden de respectievelijke gemachtigden in de zomer van 2010 in een welles/nietes-discussie. De gemachtigde van aanneemster heeft daarop in zijn brief van 14 oktober 2010 aangegeven dat aanneemster *‘bereid [is] om de voorwaarden te laten vallen en op gebruikelijke wijze het werk af te ronden op basis van destijds gemaakte afspraken. Praktisch betekent dit dat wel duidelijkheid bestaat over de stenen. [...]’*.

86. Aanneemster was wel bereid het werk op de overeengekomen voorwaarden af te ronden. Dat heeft echter niet geleid tot het oplossen van de problemen, want op 11 november 2010 hebben opdrachtgevers aanneemster voor de rechtbank gedaagd, die zich onbevoegd verklaarde kennis te nemen van het geschil (productie 12 eerste aanleg). Daarop heeft (de gemachtigde van) aanneemster bij brief van 14 juni 2011 het werk beëindigd in onvoltooid staat. Naar het oordeel van

appellarbiters waren het juist opdrachtgevers die vasthielden aan de door hen gestelde voorwaarden voor hervatting van het werk. Daarmee ontzegden zij aanneemster feitelijk de toegang tot het werk. De stelling van opdrachtgevers kan dan ook geen stand houden.

87. Dat sprake zou zijn geweest van een ‘verborgene agenda’ van aanneemster waardoor aanneemster haar werk niet hervatte, zoals door opdrachtgevers is gesteld, achten appellarbiters door hen niet aangetoond.

88. Met de opstelling van 8 december 2008 heeft aanneemster opnieuw geprobeerd om opdrachtgevers te bewegen in te stemmen met voortzetten van de overeenkomst op basis van regie. Op de meer- en minderwerklijst van 10 december 2008 heeft aanneemster het meerwerk van het buitenmetselwerk becijferd.

89. Op de meer- en minderwerkopstelling van 19 maart 2009 heeft aanneemster het buitenmetselwerk als minderwerk genoteerd en heeft zij zes posten toegevoegd die verband hielden met het inmiddels dertien weken stilliggen van het werk. Die posten zijn:

1. Stilleggen bouw na wegsturen metselaar	€ 3.500,00
2. Stilleggen bouw nu de stenen niet goed zijn, 4 weken 2008, 9 weken tot week 10 in 2009	€ 25.350,00
3. Extra materieel kosten	€ 6.000,00
4. Verhogingen materieel kosten	€ 7.051,86
5. Onderaannemers	€ 7.344,00
6. Arbeidskosten	€ 4.443,00

90. In haar opstelling van 13 juli 2011 *‘Eindafrekening vanwege beëindiging in onvoltooid staat’* heeft zij op de meer- en minderwerklijst post 2. weggelaten en de afrekening gemaakt zoals paragraaf 14 lid 10 UAV 1989 voorschrijft.

91. Dat deze laatste berekening er anders uit ziet dan de voorgaande is logisch, omdat sprake is van een afrekening van het gehele werk op basis van beëindiging in onvoltooid staat. De eerdere berekeningen zijn veeleer bewijs dat aanneemster nog steeds uitging van het voltooiën van het werk dan van een intentie om de overeenkomst te beëindigen. De verschillende financiële opstellingen van aanneemster vormen geen bewijs van de veronderstellingen van opdrachtgevers. Grief 11 onderdeel D faalt.

92. Opdrachtgevers hebben nog de rechts-geldigheid van het beroep van aanneemster op paragraaf 14 lid 6 UAV 1989 betwist. Op grond van deze paragraaf: *‘Indien de schorsing van*

het werk langer duurt dan zes maanden, is de aanneemer bevoegd het werk in onvoltooid staat te beëindigen.' Hiervoor hebben arbiters al vastgesteld dat het stilliggen van het werk aan opdrachtgevers te wijten is. Het werk lag sinds eind november/begin december 2008 stil. Aanneemster had dus al vanaf eind mei 2009/begin juni 2009 de bevoegdheid om het werk in onvoltooid staat te beëindigen. Dat zij dit op dat moment niet deed is voor appelarbiters eveneens een aanwijzing dat aanneemster geen 'verborgen agenda' had, maar dat zij het werk wilde voltooien. Zij had immers al twee jaren eerder de afrekening kunnen indienen die zij in juli 2011 presenteerde. Aanneemsters beroep op paragraaf 14 lid 6 UAV 1989 is rechtsgeëdig.

93. Met deze vaststelling staat eveneens vast dat de overeenkomst niet meer bestond op het moment dat opdrachtgevers deze wilden ontbinden bij brief 4 augustus 2011 (productie 17 eerste aanleg), zodat aan de ontbinding door opdrachtgevers geen werking toekomt.

94. Opdrachtgevers zijn van mening dat arbiters in eerste aanleg de eindafrekening van juli 2011 met 'met terugwerkende kracht projecteren naar de heimelijke afrekening wegens beëindiging in onvoltooid staat van december 2008' (randnummer 229 van hun memorie van grieven) 'met het doel de wanprestatie en het bedrog van [aanneemster] ongedaan te maken zodat de eindafrekening van juli 2011 op die basis wordt toegewezen'.

95. Appelarbiters stellen vast dat hier sprake is van een misverstand. Er is geen sprake van een heimelijke afrekening, maar van een overeengekomen wijze van afrekenen. Paragraaf 14 lid 10 UAV 1989 bepaalt hoe er tussen partijen moet worden afgerekend als sprake is van een beëindiging in onvoltooid staat op grond van paragraaf 14 lid 6 UAV 1989. Deze tussen partijen overeengekomen wijze van afrekenen is gevolgd.

96. Opdrachtgevers lezen in de brief van de gemachtigde van aanneemster van 13 oktober 2011 een bevestiging van hun gedachte dat sprake is geweest van een heimelijke afrekening, waar daarin gesteld wordt: '[...] Het gevolg daarvan is dat het werk inmiddels al twee drie jaar geleden in onvoltooid staat werd beëindigd.' Appelarbiters zijn er van overtuigd dat de gemachtigde hiermee bedoeld heeft dat het werk inmiddels al bijna drie jaren stillag. Vooral omdat de brief waarmee aanneemster de overeenkomst in onvoltooid staat beëindigde dateert van 14 juni 2011, slechts vier maanden voor diens brief van 13 oktober 2011. Het lijkt erop dat zich misverstand op misverstand heeft gestapeld.

97. Het vonnis in eerste aanleg heeft kennelijk voor opdrachtgevers geen duidelijk-

heid geschapen. De misverstanden zijn zelfs nog groter geworden. Zo menen opdrachtgevers dat het vonnis in eerste aanleg zo moet worden gelezen, dat daaruit blijkt dat aanneemster de overeenkomst tussen partijen in november/december 2008 heimelijk/stilzwijgend had beëindigd en aanneemster vanaf dat moment zat te wachten op een goede gelegenheid om haar handelen te rechtvaardigen. Arbiters in eerste aanleg hebben, naar de mening van opdrachtgevers, aanneemster die rechtvaardiging gegeven door te concluderen dat sprake was van een beëindiging in onvoltooid staat. Die vaststelling van arbiters in eerste aanleg was, zo duiden appelarbiters de verwijten van opdrachtgevers, "het sausje over de bedorven bloemkool".

98. Appelarbiters hechten er daarom aan duidelijk te stellen dat de overeenkomst tussen partijen heeft bestaan tot de beëindiging daarvan door aanneemster bij brief van 14 juni 2011.

Rechtsoverwegingen 20 tot en met 25 vonnis in eerste aanleg

99. Tegen de door arbiters in eerste aanleg in rechtsoverwegingen 20 en 21 beschreven opbouw van de vorderingen in conventie en in reconventie is door opdrachtgevers geen grief gericht. Opdrachtgevers hebben in hoger beroep wel hun eis verminderd en onder andere hun vordering ter zake gedeelde winst over de periode 2009 tot en met 2011 teruggebracht van € 143.353,00 naar € 51.338,53 en de restitutie teveel betaalde aanneemsom van € 93.733,40 naar € 50.000,00. In hun memorie van grieven onder randnummer 620 hebben zij toegelicht dat zij, ondanks dat hun schade veel hoger is, bereid zijn om enkele bedragen te matigen.

100. In de rechtsoverwegingen 23 tot en met 24 hebben arbiters in eerste aanleg een deel van de vordering van opdrachtgevers besproken en de gevorderde schadevergoeding voor zover deze gebaseerd is op de ontbinding van de overeenkomst door opdrachtgevers, afgewezen. De gevorderde gedeelde winst werd in verband daarmee volledig afgewezen. Zoals appelarbiters hiervoor onder **92** hebben overwogen, heeft aanneemster terecht het werk beëindigd in onvoltooid staat en kwam aan de daarop volgende ontbinding door opdrachtgevers geen werking toe. Arbiters in eerste aanleg hebben dan ook terecht de vordering die op deze ontbinding werd gebaseerd, zoals de vordering tot vergoeding van gedeelde winst, afgewezen. De hierop gerichte grief(onderdelen) falen. Rechtsoverweging 24 voor het overige en rechtsoverweging 25 bevatten een verwijzing naar de bespreking van overige vorderingen van opdrachtgevers verderop in het vonnis, die hierna vanaf overweging 105 aan de orde komen.

(...)

Rechtsoverwegingen 29 tot en met 38 van het vonnis in eerste aanleg

103. In deze overwegingen hebben arbiters in eerste aanleg in het kader van de afrekening van het werk op grond van paragraaf 14 lid 10 UAV 1989, het door aanneemster gevorderde meerwerk besproken.

104. Appellarbiters stellen vast dat opdrachtgevers in hun bespreking van dit deel van de afrekening er ten onrechte vanuit gaan dat de overeenkomst alleen kon worden beëindigd als opdrachtgevers daarmee akkoord waren gegaan (zie ook randnummer 514 van de memorie van grieven). De bevoegdheid die aanneemster wordt gegeven in paragraaf 14 lid 6 UAV 1989 is er echter een die aanneemster in staat stelt het werk eenzijdig te beëindigen. Ook is voor het afrekenen op de wijze van paragraaf 14 lid 10 UAV 1989 de instemming van opdrachtgevers niet nodig. Partijen kwamen deze wijze van afrekenen met elkaar overeen, opdrachtgevers kunnen zich er dan niet over beklagen dat op die overeengekomen wijze wordt afgerekend.

105. Voor het overige stellen appellarbiters vast dat opdrachtgevers ook nu in hoger beroep niet specifiek ingaan op de verschillende gevorderde meerwerkposten en ook nu volstaan met een verwijzing in algemene bewoordingen naar de rapportage van G. Met arbiters in eerste aanleg zijn appellarbiters van oordeel dat het niet aan hen is om in het genoemde rapport "op zoek te gaan" naar standpunten van opdrachtgevers ten aanzien van de verschillende meerwerkposten.

Rechtsoverwegingen 39 tot en met 43 van het vonnis in eerste aanleg

106. Arbiters in eerste aanleg hebben in deze overwegingen de bespaarde kosten van aanneemster vastgesteld.

107. Ook hier beroepen opdrachtgevers zich op de onrechtmatigheid van de afrekening. Appellarbiters verwijzen naar hetgeen zij hiervoor hebben overwogen en stellen vast dat de gevolgde wijze van afrekening overeenstemt met dat wat partijen daarover overeenkwamen.

108. Ook hier hebben opdrachtgevers slechts volstaan met een verwijzing naar het rapport van G. Zij hebben erop gewezen dat dit rapport een vaststaand feit is en dat arbiters in eerste aanleg daaraan voorbij zijn gegaan. Appellarbiters stellen vast dat het rapport van G een op-

name is van de stand van het werk op 22 juni 2011, gerapporteerd op 18 juli 2011. Aan de hand van deze opname heeft G vervolgens vastgesteld wat, naar haar mening, de waarde van het uitgevoerde werk is.

109. De wijze van afrekenen die in dit geval gevolgd moet worden is, conform paragraaf 14 lid 10 UAV 1989: de overeengekomen aanneemsom vermeerderen met uitgevoerd meerwerk en met kosten in verband met de beëindiging van de overeenkomst minus de door aanneemster bespaarde kosten. Het gaat bij die afrekening dus niet om de vaststelling van de waarde van het uitgevoerde werk. Voor de berekening door arbiters in eerste aanleg was die waarde vaststelling door G dus niet relevant.

(...)

116. Alles overziende komen appellarbiters tot de conclusie dat de grieven van opdrachtgevers in hun onderlinge samenhang bezien geen doel treffen. De vorderingen van opdrachtgevers worden afgewezen. (*Enz., enz., Red.*)

NOOT

1. De hier besproken uitspraak is, als we kijken naar ro. 12, in de kern een eenvoudig geschil. Aanneemster bouwt voor opdrachtgevers een bedrijfsgebouw met bijbehorende bedrijfswoning. Tussen partijen is op 23 november 2007 de aannemingsovereenkomst gesloten en aanneemster heeft de werkzaamheden ter hand genomen. Sinds eind november 2008 ligt het werk echter stil², omdat de te vermetelen gevelstenen problemen opleveren. In augustus 2008 werden door opdrachtgevers scheuren geconstateerd in de gevelstenen. De leverancier heeft daarop een kwart van de gevelstenen vervangen door nieuwe exemplaren.³ Het werk blijft echter stil liggen. Partijen twisten over de vraag wiens schuld het is dat het werk stil ligt. Een complicerende factor hierbij is dat opdrachtgevers zelf de gevelstenen hebben uitgezocht en besteld, maar de gevelstenen zijn niet als directielivering in de overeenkomst opgenomen maar als stelpost. Het probleem rond de gevelstenen wordt niet opgelost. Het werk kon niet worden voortgezet en uiteindelijk heeft aanneemster in juni 2011 het werk in onvoltooide staat beëindigd. Twee maanden nadien ontbinden opdrachtgevers de overeenkomst.

2. Opdrachtgevers hebben, als appellanten, een memorie van grieven ingediend. Na de indiening van deze memorie hebben zij nog een aanvullende toelichting ingediend. Deze is evenwel door appel-arbiters geweigerd. Bij de

² In ro. 12 is opgenomen dat het werk vanaf eind november/begin december 2008 stil heeft gelegen, maar in ro. 18 onder g (bij de feiten in eerste aanleg) wordt vermeld dat het werk sinds eind november 2008 stil ligt. Weliswaar hebben opdrachtgevers een grief gericht tegen de vaststelling van dit feit, maar die grief faalt volgens appel-arbiters.

³ Ro. 71.

Raad in hoger beroep mag⁴ namelijk slechts één memorie ingediend worden. Ook de door opdrachtgevers nadien ingediende memorie van antwoord in (voorwaardelijk) incidenteel appel bevatte grieven, evenals het pleidooi van opdrachtgevers. Deze nadere grieven zijn ook door de Raad geweigerd. De regel dat slechts één memorie in hoger beroep mag worden ingediend wordt conform de reglementen van de Raad streng gehandhaafd door appel-arbiters.

3. Het vonnis geeft twee onderwerpen die een besouwing verdienen. Ten eerste: de wijze waarop de levering van de gevelstenen als stelpost is opgenomen in de overeenkomst en niet als directielevering verdient aandacht. Ten tweede is interessant dat de aannemer het werk in onvoltooid staat heeft beëindigd, na een langdurige schorsing zijdens opdrachtgever.

Stelpost en directielevering

4. Een belangrijke bron van de conflicten zijn de gevelstenen geweest. In de overeenkomst is de levering van de gevelstenen als stelpost aangeduid. De verwerkte stenen bleken niet geschikt als gevelstenen en tot een alternatief voor deze gevelstenen is nimmer gekomen.

5. In de toepasselijke UAV '89 worden⁵ stelposten omschreven als *"in het bestek als zodanig aangeduide geldsbedragen, welke in de aannemingsom zijn begrepen en ten laste waarvan nader in bestek beschreven uitgaven worden gebracht"*.

6. Stelposten worden met name gebruikt als de opdrachtgever op onderdelen nog niet (geheel) duidelijk heeft wat hij gebouwd wil hebben. Zo is het bijvoorbeeld bij de bouw van een nieuwe woning gangbaar dat de keuken en sanitair als stelpost opgenomen worden in de overeenkomst. De opdrachtgever kan dan op een later moment de gewenste keuken⁶ en het sanitair uitzoeken. Maar ook kan gedacht worden aan kleinere keuzes als hang- en sluitwerk, of vloerbedekking⁷. Het voordeel hiervan is dat de opdrachtgever op enig later moment, in alle rust, zijn keuze kan maken. Uiteraard kan de aannemer vooraf niet inschatten hoeveel die keuze van de opdrachtgever zal kosten. Daarom wordt een bedrag geschat en dat bedrag wordt als stelpost in de overeenkomst opgenomen. Indien de uiteindelijke keuze van de opdrachtgever goedkoper is dan in de aan-

nemingsovereenkomst is opgenomen dan behoeft de opdrachtgever minder te betalen (hij krijgt geld 'terug'). Indien de keuze duurder uitvalt dan moet hij meer betalen⁸.

7. Stelposten kunnen ook gebruikt worden als in een project het voor de aannemer vooraf moeilijk dan wel onmogelijk is om de exacte kosten te begroten. Dit zal bijvoorbeeld zijn als de aannemer een muur dient te slopen, waarbij het niet duidelijk is of asbest⁹ aanwezig is. Ook wordt een stelpost veelal gebruikt bij het aanbrengen van een fundering¹⁰ indien er vooraf onvoldoende gegevens van de bodem zijn. Hierdoor behoeft een aannemer niet te gaan gokken wat bepaalde werkzaamheden zullen gaan kosten. Achteraf, als er duidelijkheid is over de werkelijke kosten, berekent hij de werkelijke kosten door aan de opdrachtgever.

8. Een nadeel van het gebruik van stelposten is wel dat voor de opdrachtgever de exacte kosten van het te bouwen bouwwerk niet vooraf duidelijk is. Zeker als de bedragen in gehanteerde stelposten relatief laag zijn vastgesteld¹¹, kan dit voor de opdrachtgever uiteindelijk een forse tegenvaller opleveren.

9. Met het opnemen van het leveren van bouw materiaal als stelpost in de overeenkomst (zoals de gevelstenen in kwestie) is niet bepaald wie verantwoordelijk is voor de kwaliteit en tijdige levering van het bouw materiaal. In de UAV '89¹², is in § 37 enkel de wijze van afrekening van stel-

8 Het volgende voorbeeld moge dit verduidelijken. Stel in de aannemingsovereenkomst is voor de levering van de keuken een stelpost opgenomen van € 10.000,00. De opdrachtgever kiest uiteindelijk een keuken uit die € 20.000,00 kost. De aannemer moet deze € 20.000,00 betalen aan de keukenleverancier. De opdrachtgever moet uiteraard het aankoopbedrag van de keuken vergoeden aan de aannemer. Naast vergoeding door de opdrachtgever van het aankoopbedrag van de keuken heeft de aannemer ook recht op een vergoeding van 10% over de aan te schaffen keuken. Dit laatste op grond van § 37 lid 3 UAV '89. In totaal dient de opdrachtgever voor de keuken € 20.000,00 + 10% = € 22.000,00 te betalen. In het voorbeeld is in de aanneemsom voor de keuken een stelpost opgenomen van € 10.000,00. De opdrachtgever moet daarom € 22.000,00 -/- € 10.000,00 = € 12.000,00 bijbetalen voor de keuken van zijn keuze.

Indien de opdrachtgever een keuken uitzoekt die een lagere prijs heeft dan het bedrag van de stelpost, heeft de aannemer nog immer recht op de 10% vergoeding. Stel de door de opdrachtgever uitgezochte keuken kost slechts € 8.000,00. De aannemer heeft dan recht op een vergoeding van € 8.000,00 + 10% = € 8.800,00. De stelpost is € 10.000,00, zodat opdrachtgever € 10.000,00 -/- € 8.800,00 = € 1.200,00 terugkrijgt op deze stelpost.

9 Zie bijvoorbeeld RvA 4 september 2014 No. 34.379, ro. 67

10 Zie bijvoorbeeld RvA 28 juli 2015 No. 35.160, ro. 71

11 Als de aannemer de stelposten moet begroten kan hij in de verleiding komen om lage bedragen op te nemen. De overeen te komen aanneemsom is hierdoor namelijk lager, zodat de opdrachtgever eerder geneigd zal zijn akkoord te gaan met deze offerte van de aannemer. De pijn van het bijbetalen voor opdrachtgever komt pas later, als de opdrachtgever invulling geeft aan de stelpost. Indien de opdrachtgever de hoogte van de stelposten bepaalt, is niet uitgesloten dat hij in zijn optimisme lage bedragen opneemt. Pas bij het daadwerkelijk uitzoeken van de bouwmaterialen blijkt meestal dat de goedkoopste oplossing toch niet is wat de opdrachtgever daadwerkelijk wil. Het gevolg van de lage stelpost is dat de opdrachtgever (fors) moet bijbetalen.

12 In de UAV 2012 is bij § 37 ten opzichte van de UAV '89 enkel lid 4 vervallen. Dit 4e lid handelt over de aannemersvergoeding voor sanitaire artikelen en behang. In de UAV 2012 hebben de sanitaire artikelen en behang geen aparte behandeling meer.

4 Tenzij de wederpartij expliciet instemt met de indiening van een nadere memorie, is het slechts mogelijk één memorie in te dienen. Voor een wederpartij lijkt het echter niet snel zinvol om in te stemmen met de indiening van een nadere memorie, zodat beter niet op een dergelijke coulonce gerekend kan worden.

5 § 37 lid 1 UAV '89, in de UAV 2012 is deze bepaling gelijk gebleven.

6 Zie bijvoorbeeld RvA 26 januari 2015, No. 34.645; RvA 4 februari 2014, No. 34.028 ro. 41.

7 Zie bijvoorbeeld RvA 7 september 2015 No. 34.445, ro. 38

posten opgenomen. Het uitgangspunt¹³ in de UAV '89 is dat de aannemer de voor het werk benodigde bouwstoffen levert en instaat voor de goede hoedanigheid van deze bouwstoffen, dat deze bouwstoffen ook geschikt zijn waar ze voor bedoeld zijn en dat de bouwstoffen voldoen aan de gestelde eisen. Dit is geregeld in § 6 lid 3 sub a UAV '89.

10. De uitzondering¹⁴ op het uitgangspunt dat de aannemer instaat voor de bouwstoffen is als de keuze van de aannemer wordt beperkt door de opdrachtgever. Opdrachtgever is dan op grond van § 5 lid 4 UAV '89¹⁵ aansprakelijk voor de functionele ongeschiktheid van de door hem voorgeschreven bouwmaterialen. De opdrachtgever is eveneens aansprakelijk voor de bouwstoffen die bij een door de opdrachtgever voorgeschreven leverancier moeten worden betrokken, tenzij de aannemer een keuzemogelijkheid had met betrekking tot deze bouwstoffen. Uit deze bepaling blijkt duidelijk dat bij de toepasselijkheid van de UAV de aannemer enkel verantwoordelijk is voor zover hij ook invloed heeft op de keuze. Zodra de opdrachtgever hem alle keuze ontnemt, wordt de aannemer ook bevrijd van de verantwoordelijkheid. Dit wordt niet anders als de aannemer de bouwstoffen wel levert. Indien de aannemer in het geval dat hij geen enkele keuze heeft toch de bouwstoffen moet leveren, blijft de aannemer uiteraard onder andere verantwoordelijk voor het tijdig afroepen/bestellen van de bouwstoffen. Tevens dient de aannemer de leverancier tijdig te betalen opdat de leverancier de bouwstoffen niet weer verwijderd van het werk vanwege bijvoorbeeld een eigendomsvoorbehoud. Echter de opdrachtgever is en blijft aansprakelijk voor de door hem voorgeschreven bouwmaterialen.

11. Nog een stap verder dan het voorschrijven van te gebruiken bouwstoffen is het als de opdrachtgever de bouwstoffen zelf levert. Dit wordt ook wel een directielevering genoemd. Het voordeel van een directielevering is dat de opdrachtgever (of voor hem, diens directie op het werk) zelf zorg draagt voor de levering. Ook de onderhandelingen met de leverancier over de prijs voert de opdrachtgever

zelf.¹⁶ Op grond van § 5 lid 3 UAV '89 is opdrachtgever aansprakelijk voor deze bouwstoffen. Een directielevering is uiteraard niet in de overeenkomst opgenomen als stelpost. De aannemer behoeft immers niets aan te schaffen, zodat er ook geen gelden ten laste van de aanneemsom komen. Een directielevering wordt direct door de opdrachtgever betaald aan de leverancier van de bouwmaterialen.

12. In het onderhavige geschil is tussen partijen de levering van de gevelstenen als stelpost overeengekomen en niet als directielevering. Voor de levering van deze gevelstenen hebben opdrachtgevers vervolgens zelf contact gezocht met de leverancier. Opdrachtgevers hebben de soort gevelstenen uitgezocht, over de prijs onderhandeld, in overleg met de leverancier de hoeveelheid stenen bepaald en zijn overeengekomen dat de levering van de gevelstenen op afroep is. Aanneemster was enkel factuuradres¹⁷. De invloed van aanneemster op de levering van de gevelstenen was derhalve beperkt tot afroepen van de levering van de stenen en het verrichten van een tijdige betaling aangezien de leverancier vooruitbetaling¹⁸ verlangde. Verder hadden opdrachtgevers alles geregeld. In de systematiek van de UAV '89 is aanneemster dan verantwoordelijk voor het tijdig afroepen van de levering van de stenen en voor de tijdige betaling. Verder is aanneemster niet¹⁹ verantwoordelijk voor de gevelstenen.

13. De betaling door aanneemster aan de leverancier van de gevelstenen moet uiteraard verrekend worden met de tussen opdrachtgevers en aanneemster overeengekomen stelpost. Dit is evenwel enkel een financieel administratieve handeling²⁰ en staat los van de verantwoordelijkheid voor de geschiktheid van de stenen om als gevelstenen vermitseld te worden.

14. Appel-arbiters hebben de gang van zaken dat de gevelstenen als stelpost geleverd worden, maar volledig bepaald wordt door opdrachtgevers als een directielevering aangeduid. Dit is evenwel formeel niet juist. Doordat aanneemster de gevelstenen moet betalen is geen sprake van een directielevering. De opdrachtgever (of de directie) stelt immers de bouwmaterialen niet ter beschikking. Echter, gezien de gang van zaken, zoals het zelf onderhandelen

13 M.A. van Wijngaarden, *Handleiding tot de U.A.V.* Kluwer-Samsom 1974, no. 138.

14 Andere uitzonderingen op het uitgangspunt dat de aannemer instaat voor de bouwstoffen tenzij zijn keuze beperkt wordt door de opdrachtgever komen voor, maar aanzienlijk minder vaak. Gedacht kan worden aan de voortschrijdende stand van techniek, bijvoorbeeld het leveren en aanbrengen van asbest als brandwerende afscheiding. Vroeger viel dit onder de noemer van goed en deugdelijk werk. Tegenwoordig is dat niet meer zo. Het lijkt daarom gerechtvaardigd om te schrijven dat de uitzondering op het uitgangspunt is dat de aannemer instaat voor de bouwstoffen als de keuze van de aannemer wordt beperkt door de opdrachtgever.

15 Par. 5 lid 4 UAV '89 luidt als volgt: 'De opdrachtgever is aansprakelijk voor de functionele ongeschiktheid:

a. van door hem voorgeschreven bouwstoffen;
b. van bouwstoffen, die bij een door hem voorgeschreven leverancier moeten worden betrokken, tenzij de aannemer een keuzemogelijkheid had met betrekking tot deze bouwstoffen.

Onder de functionele ongeschiktheid van bouwstoffen wordt verstaan het naar hun aard niet geschikt zijn van deze bouwstoffen voor het doel waarvoor zij blijkens het bestek zijn bestemd.'

16 Voorts behoeft opdrachtgever geen 10% aannemersvergoeding te betalen aan de aannemer, hetgeen hij wel moet als de goederen door de aannemer worden geleverd als stelpost, zie § 37 UAV '89.

17 Ro. 72.

18 Indien de leverancier geen vooruitbetaling zou hebben verlangd, doch op krediet de gevelstenen zou leveren, dan heeft de eventuele wanbetaling van aanneemster op de tijdige levering van de gevelstenen geen invloed.

19 Uiteraard dient aanneemster de gevelstenen wel goed en deugdelijk te verwerken in het bouwwerk. Dit staat evenwel los van de kwaliteit en bruikbaarheid van de gevelstenen.

20 Voor welke financiële afhandeling de aannemer op grond van § 37 lid 3 een vergoeding ontvangt van 10%. Mogelijk hadden opdrachtgevers er beter aan gedaan, de facturatie van de gevelstenen ook via hen te laten lopen. De volle verantwoordelijkheid voor de gevelstenen hadden zij al, dan lijkt het gemak dat de afrekening van de gevelstenen via de aannemer gaat niet op te wegen tegen de kosten van dit gemak. In dit geval hadden de gevelstenen zeer waarschijnlijk beter als directielevering plaats kunnen hebben.

over de prijs en het bepalen van de hoeveelheid gevelstenen door opdrachtgevers, is het niet geheel onbegrijpelijk van appel-arbiters om de levering van de stenen als een directlevering aan te duiden.

Problemen gevelstenen

15. De geleverde gevelstenen bleken gebreken te bevatten en de leverancier heeft een kwart van de gevelstenen vervangen door andere gevelstenen. Met deze vervanging van de gevelstenen was kennelijk het probleem van de gevelstenen niet opgelost, althans niet naar tevredenheid van opdrachtgevers. De metselwerkzaamheden konden niet worden voortgezet. De oplossing van het probleem met de gevelstenen bleek niet eenvoudig op te lossen. In augustus 2008 zijn de problemen met de gevelstenen geconstateerd en een jaar²¹ later (in 2009) vraagt aannemster naar duidelijkheid over de toe te passen stenen. Deze duidelijkheid komt kennelijk niet in 2009. In oktober 2010 schrijft de gemachtigde van aannemster dat aannemster het werk wil afronden, maar dat er wel duidelijkheid moet zijn over de stenen. Op het moment dat de gemachtigde van aannemster schrijft dat aannemster het werk nog altijd wil afronden, maar dat er wel duidelijkheid over de stenen moet zijn, ligt het werk al ruim twee jaar stil. Blijkbaar is er nog altijd geen duidelijkheid over de te gebruiken gevelstenen. Het stilliggen van het werk heeft direct verband met de onvoldoende kwaliteit van de stenen. Zonder geschikte stenen kan er niet gemetseld worden, althans leidt het metselwerk niet tot het gewenste resultaat. Zonder het metselen ontstaat er geen gevel en de gevel is een essentieel onderdeel van het te bouwen bedrijfsgebouw en de bedrijfswoning.

16. Aangezien de verantwoordelijkheid voor de bruikbaarheid van de gevelstenen bij opdrachtgevers ligt, zijn opdrachtgevers ook verantwoordelijk voor de gevolgen van de onbruikbaarheid van deze gevelstenen. De gevolgen dat het werk (ruim) twee jaar geen doorgang heeft gehad dienen door opdrachtgevers gedragen te worden. Hierbij is het dus niet van belang of de levering van de gevelstenen als stelpost is opgenomen in de overeenkomst. Beslissend is de beantwoording van de vraag wie de levering van de gevelstenen bepaalt. In dit geval zijn het opdrachtgevers die de keuze en de leverancier volledig hebben vastgelegd en dus dragen opdrachtgevers de gevolgen van de ongeschiktheid van de gevelstenen. De problemen met de gevelstenen worden niet opgelost en de verhouding tussen partijen verslechtert meer en meer. Op een gegeven moment willen beide partijen niet meer met de ander verder. Aannemster is opdrachtgevers voor aannemster beëindigt het werk in onvoltooide staat.

Schorsing en beëindiging

17. Bij de toepasselijkheid van de UAV '89 of UAV 2012 heeft de opdrachtgever het recht om de uitvoering

21 Rechtsoverweging 83, bij brief van 5 oktober 2009 van de gemachtigde van aannemster worden diverse voorwaarden opgesomd alvorens aannemster haar werk weer hervat. Een voorwaarde is dat er duidelijkheid moet zijn over de toe te passen stenen.

van het werk te schorsen. Voor een opdrachtgever kunnen er allerlei redenen zijn om het werk te schorsen. Zo kan opdrachtgever onvoldoende financiering voor de bouw hebben waardoor hij genoodzaakt wordt om bezuinigingen te vinden in het werk of extra financiering. Ook mogelijk is dat er problemen zijn met de bouwvergunning²². Voorts is het mogelijk dat het door de opdrachtgever te leveren bouw materiaal niet tijdig geleverd kan worden of dat de architect die door opdrachtgever is ingeschakeld niet tijdig het ontwerp gereed heeft. Allemaal redenen voor opdrachtgever om het werk te schorsen. De aannemer dient aan deze opdracht van de opdrachtgever gevolg te geven. Hiermee wordt door de opdrachtgever ingegrepen in de uitvoering van het werk van de aannemer. De aannemer heeft dan ook recht op bijbetaling²³, voor zover van hem meer wordt verlangd dan redelijkerwijs van hem kan worden verwacht. Dit zal snel het geval zijn. De aannemer zal bijvoorbeeld langer bouwhekken moeten huren en de bouwkeet langer moeten laten staan.

18. Daarnaast dient de schade die de aannemer lijdt²⁴ ten gevolge van de schorsing te worden vergoed door de opdrachtgever. Omdat een schorsing van het werk een kostbare kwestie kan zijn, zal de opdrachtgever niet lichtvaardig besluiten om het werk te schorsen.

19. In het onderhavige geschil is het werk door opdrachtgevers noodgedwongen stilgelegd vanwege de problemen met de gevelstenen. Arbiters in eerste aanleg en appel-arbiters hebben dit stilleggen van het werk aangemerkt als een schorsing van het werk door opdrachtgevers ex § 14 lid 1 UAV '89. Terecht stellen appel-arbiters niet de eis dat opdrachtgevers de term "schorsing" gebruiken. Relevant is hetgeen concreet is gebeurd. Aannemster kon de werkzaamheden niet voortzetten omdat er een probleem met de gevelstenen was. Nu de problematiek van de gevelstenen voor verantwoordelijkheid van opdrachtgevers komt, is het zeker gerechtvaardigd dat het stilliggen vanwege deze problematiek voor rekening van opdrachtgevers komt en het aldus als een schorsing van het werk te beschouwen. De exacte bewoordingen van opdrachtgevers zijn niet relevant, stilleggen van het werk of schorsen, allebei komt op hetzelfde neer namelijk dat opdrachtgevers aan aannemster een opdracht hebben gegeven om de werkzaamheden tijdelijk neer te leggen. Ook behoeft de opdracht tot schor-

22 Formeel heet dit uiteraard de omgevingsvergunning, velen in de bouw spreken nog immer over de bouwvergunning. De term bouwvergunning duidt ook meer aan waar een vergunning voor is aangevraagd, dan de term omgevingsvergunning daar deze term ook bijvoorbeeld voor het slopen (sloopvergunning) en het kappen van bomen (kapvergunning) wordt gebruikt.

23 § 32 UAV '89 (UAV 2012).

24 Gedacht kan worden aan de mogelijkheid dat aannemer vrijkomend zand op een ander werk had kunnen gebruiken. Door de schorsing is dat niet meer mogelijk en moet aannemer voor het andere werk elders zand inkopen, terwijl hij later - als het werk weer doorgang vindt - het uit dit werk vrijkomende zand voor een lagere prijs moet verkopen. Deze schade (het verschil tussen de inkoopprijs en de verkoopprijs) dient opdrachtgever aan aannemer te vergoeden. Maar ook de loonkosten van het personeel dat de aannemer beoogd had in te zetten op dit werk op het moment van schorsing, terwijl het niet mogelijk is om het personeel op ander werk in te zetten, dient gedragen te worden door de opdrachtgever die over is gegaan tot schorsing.

sen van het werk niet expliciet te geschieden. Een dergelijke opdracht kan ook impliciet gebeuren, namelijk door de werkzaamheden van aannemer feitelijk te beletten of zelfs door de aannemer met behulp van de politie van het werk te verwijderen²⁵.

20. In beginsel is een schorsing tijdelijk. Doch als de schorsing te lang duurt (langer dan zes maanden) dan is de aannemer bevoegd om het werk in onvoltooid staat te beëindigen. Let wel, dit is een recht van de aannemer en geen plicht. De opdrachtgever behoeft niet separaat in te stemmen met deze beëindiging. Partijen zijn deze wijze van voortijdige beëindiging middels de toepasselijkheid van de UAV '89 immers overeengekomen.

21. Er kunnen allerlei redenen zijn voor de aannemer om geen gebruik te maken van dit recht tot beëindiging in onvoltooid staat. Bijvoorbeeld omdat het om een prestigieus werk gaat dat de aannemer gaarne wil voltooien. Of omdat de aannemer onvoldoende werk heeft om zijn werknemers aan de gang te houden en de aannemer verwacht dat de schorsing tijdelijk is en hij nadien zijn werknemers weer kan inzetten. Ook kan het zijn dat de betreffende aannemer geen drang heeft om zo snel als mogelijk te profiteren van de ellende van de opdrachtgever die noodgedwongen het werk heeft moeten stilleggen.

22. In casu heeft aannemster beduidend langer dan zes maanden gewacht met het beëindigen van het werk in onvoltooid staat. Pas op 14 juni 2011 heeft²⁶ aannemster het werk in onvoltooid staat beëindigd. Dit is bijna drie jaar nadat het werk vanwege de problemen met de gevelstenen noodgedwongen was stilgelegd, terwijl zij al na zes maanden de bevoegdheid had tot het overgaan van het beëindigen van het werk in onvoltooid staat.

23. Na de beëindiging van het werk moet uiteraard financieel afgerekend worden. Het betreft de afrekening in onvoltooid staat. Deze afrekening geschiedt conform § 14 lid 10 UAV '89. De aannemer heeft recht op de aannemingssom, vermeerderd met de kosten die hij als gevolg van de niet-voltooiing heeft moeten maken en vermindert met de hem door de beëindiging bespaarde kosten. Dit is dezelfde methode van afrekenen als dat opdrachtgevers het werk zouden hebben opgezegd. Zoals appel-arbiters overwegen gaat het hierbij niet om de vaststelling van de waarde van het uitgevoerde werk. Het gaat om het vaststellen hoeveel aannemster bespaarde met het niet meer

behoeven uitvoeren van de overige werkzaamheden. In het algemeen is het opzeggen door de opdrachtgever, voor de opdrachtgever een prijzige manier van afscheid nemen van de aannemer²⁷.

Beëindiging van het werk of beëindiging van de overeenkomst

24. Het tweede aspect in het te bespreken vonnis dat de aandacht trekt, is dat appel-arbiters overwegen dat op het moment dat aannemster het werk in onvoltooid staat heeft beëindigd, de overeenkomst tussen opdrachtgevers en aannemster ook beëindigd wordt. De overeenkomst bestaat niet meer, aldus appel-arbiters²⁸.

25. In het BW is in art. 7:764 opgenomen dat *de opdrachtgever* te allen tijde bevoegd is om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk op te zeggen. Ondanks dat in de wettekst is opgenomen dat de overeenkomst opgezegd wordt, blijft de overeenkomst gewoon bestaan. De verplichting van de opdrachtgever tot betalen is en blijft diens primaire verplichting, zij het in een gewijzigde vorm²⁹. De verbintenissen voor de opdrachtgever uit de overeenkomst blijven in beginsel onverlet bij een opzegging van de aannemovereenkomst.³⁰ Opdrachtgever betaalt niet een soort van schadevergoeding wegens schending van de overeenkomst, opdrachtgever komt de overeenkomst na. Hetgeen opdrachtgever betaalt, is dus de aanneemsom³¹. Juist aan de zijde van *de aannemer* wordt de overeenkomst gewijzigd. Hij hoeft verder niet meer te presteren en krijgt wel volledig betaald. De aannemer wordt er niet beter van, voor zover hij geld bespaart door de opzegging worden die besparingen in mindering gebracht op het bedrag dat opdrachtgever aan de aannemer moet betalen.

²⁷ Over deze wijze van afrekenen van het werk is de laatste jaren meer geschreven, zie GS Bijzondere Overeenkomsten, art. 7:764 BW, aant. 5.1 (Strang) en zie P. Vermeij, 'Beëindiging van de overeenkomst van aanneming van werk: opzegging, beëindiging in onvoltooid staat en ontbinding', *TBR* 2010/212, p. 1162-1168; P. Vermeij, noot bij RvA 14 maart 2013, No. 71.733, *TBR* 2013/90, p. 610-612; F.M. van Cassel - van Zeeland, noot bij Rb. Groningen 30 november 2011, L.JN: BU8749, *TBR* 2012/192, p. 1066-1068; alsmede (beknopt) J.S.O. den Houting, 'De mededelingsplicht van de aannemer bij opzegging van een aannemingsovereenkomst', *TBR* 2015/159, p. 945;

²⁸ Ro. 93 en 98.

²⁹ Zie Asser/*Van den Berg* 7-VI, 2013/171 alsmede J.M. Hebly en N. Lorenzo van Rooij, *De Parlementaire Geschiedenis Aanneming van werk*, 2004, p. 97.

³⁰ HR 24 september 1982 (*Syma-System/Wolleswinkel*) *BR* 1982/12, p. 923 m.nt. Pels Rijcken. Dit arrest is geweest onder Oud BW maar uit de Parlementaire Geschiedenis volgt dat op dit punt geen breuk met het oude recht is beoogd door de wetgever, zie *Parl. Gesch. Aanneming van werk* p. 97.

³¹ Een relevant aspect hierbij is dat de betaling van de opdrachtgever aan de aannemer nog altijd gebaseerd is op de aannemovereenkomst, zodat bij te late betaling in het geval van een handelsrelatie, de wettelijke handelsrente verschuldigd is. Als de UAV '89 of UAV 2012 van toepassing zijn, dan is op grond van § 45 lid 2 ook nog een verhoging van de handelsrente met 2 procentpunt mogelijk. Zie RvA 24 april 2007, No. 71.206. Omdat de aannemingsovereenkomst ondanks de opzegging of beëindiging van het werk in onvoltooid staat blijft bestaan, behouden ook beide partijen het recht op ontbinding met een vordering ter zake van wanprestatie. Tevens blijft een eventuele cessie of verpanding van de aanneemsom intact omdat de overeenkomst zelf intact blijft. Zie G. de Grooth, *Praeadvies NJV* 1955, 85e jaargang, p. 191-192.

²⁵ HR 19 december 1930, *NJ* 1931, p. 425.

²⁶ Ro. 86.

26. In de UAV '89 is de beëindiging minder streng geformuleerd dan in de wet. De opdrachtgever is bevoegd om de aannemer op te dragen het werk in onvoltooid staat te beëindigen³². In de UAV '89 is dus niet opgenomen dat de overeenkomst opgezegd wordt. Enkel het werk wordt in onvoltooid staat beëindigd. Deze beëindiging van het werk geschiedt overigens door de aannemer, daar de opdrachtgever "slechts" de opdracht geeft dat de aannemer het werk in onvoltooid staat moet beëindigen. Dat in de UAV '89 de bewoordingen minder streng zijn geformuleerd dan art. 7:764 BW lijkt niet echt een inhoudelijk verschil te weeg te brengen. Het is enkel duidelijker dat de overeenkomst niet opgezegd wordt, maar enkel het werk in onvoltooid staat wordt beëindigd. De overeenkomst blijft in stand.

27. De mogelijkheid die de UAV '89 geeft aan de aannemer om het werk in onvoltooid staat te beëindigen indien het gehele werk langer dan zes maanden is geschorst, lijkt evenmin een einde aan de overeenkomst te brengen. Het is wederom het werk dat in onvoltooid staat wordt beëindigd door de aannemer. De conclusie dat de beëindiging van het werk in onvoltooid staat door de aannemer op grond van § 14 lid 6 UAV '89 niet de overeenkomst tot een einde laat komen, maar enkel het werk, lijkt derhalve gerechtvaardigd. De overweging van appel-arbiters in het te bespreken vonnis dat na de beëindiging in onvoltooid staat door aannemster de overeenkomst niet meer bestond lijkt in het licht van het voorgaande een verschrijving. De aannemingsovereenkomst blijft gewoonweg bestaan, ook als het werk in onvoltooid staat wordt beëindigd.

28. Het logische gevolg van het feit dat de overeenkomst blijft bestaan indien het werk in onvoltooid staat wordt beëindigd, of deze beëindiging nu door de opdrachtgever of door de aannemer wordt gedaan, is dat nadien de overeenkomst nog immer ontbonden kan worden. Uiteraard moet dan wel aan de voorwaarden van ontbinding voldaan worden. De motivering van appel-arbiters in rechts-overweging 93 is derhalve niet dragend. Appel-arbiters hebben aldaar overwogen dat aan de ontbinding van opdrachtgevers bij brief van 4 augustus 2011 geen werking toekomt omdat op dat moment de overeenkomst niet meer bestond. Dit is niet zuiver. De overeenkomst bestond immers wel op 4 augustus 2011, zij het dat het werk in onvoltooid staat was beëindigd. De ontbinding van opdrachtgevers zal evenwel waarschijnlijk geen werking gehad hebben omdat aannemster na de beëindiging in onvoltooid staat nog maar weinig verplichtingen³³ heeft. Daarbij is niet gebleken dat aannemster niet aan de nog op haar rustende verplichtingen heeft voldaan, zodat geen gronden aanwezig zijn voor een ontbinding door opdrachtgevers.

29. Mogelijk dat appel-arbiters deze niet geheel zuivere overweging, dat er geen aannemingsovereenkomst meer is vanwege de beëindiging door aannemster bij brief van 14 juni 2011³⁴, hebben geformuleerd om aan de appellerende opdrachtgevers zo duidelijk mogelijk te maken dat de brief van aannemster van 14 juni 2011 een definitief karakter had. Gezien de proceshouding³⁵ van opdrachtgevers is dit voor hun acceptatie van de beslissing waarschijnlijk geen onverstandige keuze geweest.

F.M. van Cassel - van Zeeland

32 § 14 lid 7 UAV '89.

33 Een verplichting die de aannemer nog kan hebben na een beëindiging in onvoltooid staat is het verwijderen van zijn materieel en materiaal van het werkterrein. Ook zal de aannemer in beginsel de bouwtekeningen moeten overhandigen aan opdrachtgever, alsook eventuele keuringsrapporten van verwerkte bouwstoffen en/of kalendering van de door de aannemer aangebrachte heipalen.

34 Ro. 98.

35 Uit de proceshouding van opdrachtgevers kan opgemaakt worden dat zij weinig vertrouwen hebben in arbitrage, zo blijkt uit ro. 86 dat opdrachtgevers eerst bij de rechtbank een procedure hebben gevoerd. Deze is geëindigd in een onbevoegdverklaring van de rechtbank. Ook hebben opdrachtgevers zich (tevergeefs) beroepen op vernietiging of herroeping van het vonnis in eerste aanleg (ro. 6). Voorts hebben opdrachtgevers een zeer omvangrijke memorie van grieven ingediend en een aanvullende toelichting (welke is geweigerd door appel-arbiters).