

Ontbinding overeenkomst gevorderd door opdrachtgevers. Conversie door arbiter.

RvA bouwgeschillen 17-06-2021, 36.968 (Uitspraak), m.nt. J.M. Henriquez

Instantie

Raad van Arbitrage in bouwgeschillen

Datum

17 juni 2021

Magistraten

Arbiter S.E. De Bijll Nachenius

Zaaknummer

36.968

Noot

J.M. Henriquez

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

JCDI

JCDI:ADS290898:1

Vakgebied(en)

Burgerlijk procesrecht / Arbitrage

Verbintenissenrecht / Algemeen

Verbintenissenrecht / Overeenkomst

Brondocumenten

Uitspraak, Raad van Arbitrage in bouwgeschillen, 17-06-2021

Wetingang

Art. 6:60, 7:764 BW

Essentie

Ontbinding overeenkomst gevorderd door opdrachtgevers. Conversie door arbiter.

Samenvatting

Arbiter is van oordeel dat geen sprake kan zijn van ontbinding van de overeenkomst, maar dat sprake is van opzegging, zoals ook door aanneemster is aangevoerd. Vanwege de opzegging heeft aanneemster recht op betaling van de aanneemsom plus meerwerk, minus minderwerk, plus of minus afrekening stelposten, minus de door haar bespaarde kosten, minus al gedane betalingen.

Partij(en)

SCHEIDSRECHTERLIJK VONNIS

in een geschil tussen

1. A.,

2. B.,

hierna te noemen "opdrachtgevers",

eisers in conventie,

verweerders in reconventie,

en

C.,

hierna te noemen "aanneemster",

verweerster in conventie,

eiseres in reconventie.

Uitspraak

HET SCHEIDSGERECHT

1.

Ondergetekende, mevrouw IR. S.E. DE BIJLL NACHENIUS, lid-deskundige van het College van Arbiters van de Raad van Arbitrage in bouwgeschillen (voorheen geheten Raad van Arbitrage voor de Bouw), is overeenkomstig de statuten van de RvA benoemd tot enig arbiter in dit geschil. Arbitrer heeft haar benoeming schriftelijk aanvaard. Bij brief van 24 juli 2020 is daarvan mededeling gedaan aan partijen. Aan het scheidsgerecht is toegevoegd mr. N.S. van der Rassel, secretaris.
(...)

De feiten

6.

Tussen partijen staat het volgende vast:

- a. Op 18 oktober 2017 hebben opdrachtgeefster sub 2 en aannemster een schriftelijke aannemingsovereenkomst gesloten voor de bouw van een woning aan de D. te X. voor een aanneemsom van € 326.700 inclusief btw (productie 1).
- b. Tot de contractstukken behoren de calculatie 16/00858 van 7 april 2017 en de tekening met nummer 16055.
- c. Afgesproken is dat betaling plaatsvindt naar rato van de verrichte werkzaamheden.
- d. De bouw van de woning is gestart in mei 2017.
- e. Op 7 november 2017 mailt aannemster aan opdrachtgevers: "*Hierbij bevestigen wij dat we hebben afgesproken dat de oplevering van onze werkzaamheden 2e week van december is.*" (productie 2).
- f. De woning is op 27 juli 2018 opgeleverd.
- g. Op 28 december 2018 is opdrachtgever sub 1 een procedure tegen aannemster gestart bij de Rechtbank Zeeland-West Brabant (productie A).
- h. Bij vonnis van 16 oktober 2019 heeft de Rechtbank opdrachtgever sub 1 niet-ontvankelijk verklaard in zijn vorderingen, omdat hij geen partij is bij de aannemingsovereenkomst (productie G).
- i. Op 30 januari 2020 hebben partijen een arbitrage-overeenkomst gesloten. In artikel 1.1 van die overeenkomst staat: "*Partijen wensen dat ter zake de discussiepunten zoals gevoerd bij de rechtbank Zeeland-West Brabant de Raad van Arbitrage voor de Bouw uitspraak zal doen. [...]*". In artikel B staat dat door aannemster geen beroep op 'niet-ontvankelijkheid wegens een onjuiste procespartij' wordt gedaan en in artikel C dat: "*[Opdrachtgevers] zich op het standpunt stellen dat [aannemster] toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van de aannemingsovereenkomst. [Opdrachtgever sub 1] heeft bij de rechtbank bij dagvaarding gevorderd de aannemingsovereenkomst gedeeltelijk te ontbinden, [aannemster] te veroordelen de € PM zijnde herstelkosten van de gebreken van de woning, te veroordelen in de buitengerechtelijke incassokosten € 625 + rente, kosten IBT Veenendaal € 1.964,43 + rente en de proceskosten.*" (productie H).
- j. Op 20 juli 2018 hebben opdrachtgevers aan aannemster een e-mail gestuurd met de volgende inhoud: "*Zoals gisteren afgesproken, heb ik nu 20000 euro overgemaakt, we gaan maandag 23 juli verhuizen. [...] 5 procent bij de notaris zijn we bezig, hij belt vandaag terug. De factuurnummers 18-00305 en 18-00320 zijn vervallen.*" (productie 15).
- k. Opdrachtgevers hebben € 284.100 van de aanneemsom aan aannemster betaald.
- l. Er staat € 16.335 in depot bij een notaris.

Het geschil in conventie

7.

Opdrachtgevers stellen dat aannemster toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar uit de aannemingsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen. Zij heeft een aantal werkzaamheden niet uitgevoerd en er zijn gebreken, aldus opdrachtgevers. Ook is het werk, zo stellen opdrachtgevers, te laat opgeleverd. Zij vorderen, na wijziging van eis:

"Dat het de Raad van Arbitrage moge behagen, bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

- i. te verklaren voor recht dat [aannemster] tekortgeschoten is in de nakoming van de aannemingsovereenkomst;
- ii. de aannemingsovereenkomst te ontbinden;
- iii. [aannemster] te veroordelen aan [opdrachtgevers] tegen behoorlijk bewijs van kwijting te betalen een bedrag ad € 55.817,03 ex artikel 6:271 BW, althans een bedrag dat U in goede justitie meent te moeten toewijzen, te

- vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag van opeisbaarheid tot aan de dag der algehele voldoening;
- iv. [aanneemster] te veroordelen aan [opdrachtgevers] tegen behoorlijk bewijs van kwijting te betalen een bedrag ad € 19.652,28 uit hoofde van aanvullende schadevergoeding wegens een vertraging in de nakoming, gelet op de vertraging in de oplevering ex artikel 6:74 jo. artikel 6:85 jo. artikel 6:277 BW, althans een bedrag dat U in goede justitie meent te moeten toewijzen, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag van opeisbaarheid tot aan de dag der algehele voldoening;
- v. [aanneemster] te veroordelen om aan [opdrachtgevers] te betalen een bedrag groot € 3.286,36 aan de kosten van het onderzoek en de rapportages van IBT Veenendaal B.V. en Bureau voor de Bouwpathologie ex artikel 6:96 lid 2 onder b BW;
- vi. [aanneemster] te veroordelen om aan [opdrachtgevers] te betalen een bedrag ad € 1.280,06 aan buitengerechtelijke incassokosten, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag van opeisbaarheid tot aan de dag der algehele voldoening;
- vii. [aanneemster] te verplichten om [haar] medewerking te verlenen bij de vrijgave van het depot ad € 16.335 dat [opdrachtgevers] bij de notaris in depot hebben gesteld, binnen twee weken na dagtekening van het in dezen te wijzen vonnis, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 500 per dag of gedeelte van een dag dat [aanneemster] in gebreke is om aan de veroordeling te voldoen, met een maximum van € 10.000;
- viii. [aanneemster] te veroordelen om een lijst met alle onderaannemers die aan het project hebben gewerkt en een lijst met de bestelde materialen aan [opdrachtgevers] te verstrekken binnen twee maanden na dagtekening van het in dezen te wijzen vonnis, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 500 per dag of gedeelte van een dag dat [aanneemster] in gebreke is om aan de veroordeling te voldoen, met een maximum van € 10.000;
- ix. [aanneemster] te veroordelen in de kosten van deze procedure, waaronder het salaris van gemachtigde, te vermeerderen met nakosten, onder bepaling dat [aanneemster] de wettelijke rente over de proceskosten verschuldigd wordt wanneer deze niet binnen veertien dagen na betekening van het in dezen te wijzen vonnis zijn betaald.”

8.

Het onder iii genoemde bedrag is als volgt opgebouwd:

aanneemsom € 326.700

reeds betaald € 284.100

subtotaal € 42.600

saldo meer- en minderwerk € 20.115,15 -/-

subtotaal € 22.484,85

herstelkosten € 78.301,88

totaal € 55.817,03

9.

Het onder iv. genoemde bedrag is als volgt opgebouwd:

hypotheek € 1.300

huur € 8.400

verhuiskosten € 2.436,94

stukadoor € 3.600

vloerverwarming € 3.915,34

totaal € 19.652,28

10.

Aanneemster voert gemotiveerd verweer en concludeert tot niet-ontvankelijkverklaring van opdrachtgevers in hun vorderingen, althans tot afwijzing daarvan, met veroordeling van opdrachtgevers, bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis, in de proceskosten en ‘de onbevoegdheid uit te spreken ten aanzien van de vertragingsschade/vertragingskosten’.

Het geschil in reconventie

Aanneemster stelt dat opdrachtgevers hun betalingsverplichtingen op grond van de aannemingsovereenkomst niet nakomen en vordert:

“Dat het uw Raad van Arbitrage voor de Bouw behage, uitvoerbaar bij voorraad:

gedaagden in reconventie – hoofdelijk des dat de een betalende de ander zal zijn bevrijd – te veroordelen tot betaling van een bedrag groot € 35.250,90 incl. BTW, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 3 april 2019 (zijnde de dag waarop de oorspronkelijke conclusie van antwoord in reconventie ingediend was bij de rechtbank Zeeland-West Brabant) tot de dag der algehele voldoening, met veroordeling van gedaagde in reconventie in de proceskosten.”

12.

Voornoemd bedrag is als volgt opgebouwd:

restant factuur 18-00305 (termijn 11) van 2 juli 2018 € 250
factuur 18-00320 (termijn 12) van 11 juli 2018 € 12.100
factuur 19-00055 (termijn 13) van 19 februari 2019 € 30.250
factuur 19-00056 (meer-/minderwerk) van 19 februari 2019 € 4.566,10 -/-
bespaarde kosten € 2.783 -/-
totaal € 35.250,90

13.

Oprachtgevers voeren gemotiveerd verweer en concluderen tot niet-ontvankelijkverklaring van aanneemster in haar vorderingen, althans tot afwijzing daarvan, met veroordeling van aanneemster in de proceskosten, waaronder niet alleen begrepen de kosten van het scheidsgerecht maar ook de kosten van juridische bijstand, te vermeerderen met de wettelijke rente over het bedrag van de proceskosten vanaf 14 dagen na betekening van het vonnis tot aan de dag der algehele voldoening.

(...)

22.

Een fatale opleverdatum zijn partijen, naar het oordeel van arbiter, niet overeengekomen. Uit de schriftelijke aannemingsovereenkomst blijkt dit ook niet.

23.

Oprachtgevers stellen dat partijen hebben afgesproken dat de facturen met nummers 18-00305 en 18-00320 zouden komen te vervallen. Ter onderbouwing van dit standpunt verwijzen zij naar hun e-mail van 20 juli 2018 (zie rechtsoverweging 6 j).

24.

Aanneemster heeft de gestelde afspraak tussen partijen betwist. Zij heeft, zo stelt zij, mondeling op de onjuiste inhoud van voornoemde e-mail gereageerd. Arbiter overweegt dat uit de e-mail van 20 juli 2018 een dergelijke afspraak tussen partijen met zo veel woorden ook niet valt op te maken. Arbiter passeert de stelling van opdrachtgevers dan ook.

25.

Het voorgaande betekent dat opdrachtgevers, zoals aanneemster ook aanvoert, als eerste in verzuim zijn komen te verkeren door de facturen van 2 en 11 juli 2018 (voorafgaande aan de oplevering van het werk) onbetaald te laten. Van verzuim van aanneemster door het werk niet in de tweede week van december 2017 op te leveren, zoals door opdrachtgevers is gesteld, is, gelet op wat daarover hiervoor is overwogen, geen sprake. De gestelde gebreken zijn eerst bij oplevering of daarna geconstateerd.

26.

Gelet hierop is arbiter van oordeel dat geen sprake kan zijn van ontbinding van de overeenkomst maar dat sprake is van opzegging, zoals ook door aanneemster is aangevoerd. Arbiter zal de vorderingen sub i en ii van opdrachtgevers dan ook afwijzen.

27.

Vanwege de opzegging heeft aanneemster recht op betaling van de aanneemsom plus meerwerk, minus minderwerk, plus of minus afrekening stelposten,
minus de door haar bespaarde kosten, minus al gedane betalingen.
(...)

Noot

Auteur: J.M. Henriquez^[1]

Noot

1. Inleiding

Een belangrijk onderdeel van het arbitraal vonnis (en de uitkomst in de procedure) wordt gevormd door de conclusie van arbiter dat er geen gronden zijn die ontbinding door opdrachtgevers van de aannemingsovereenkomst rechtvaardigen,^[2] maar dat daarentegen sprake is van opzegging van de aannemingsovereenkomst door opdrachtgevers. In deze annotatie wordt stilgestaan bij deze 'conversie' die arbiter heeft toegepast en de rechtmatigheid daarvan.^[3] Het is van belang om te weten dat opdrachtgevers en aannemer in oktober 2017 een aannemingsovereenkomst hebben gesloten. Op de aannemingsovereenkomst zijn geen algemene voorwaarden van toepassing verklaard, waardoor titel 7.12 BW het primaire juridische kader vormt.^[4] De bevoegdheid van arbiter van de Raad van Arbitrage in bouwgeschillen tot beslechting van het geschil vloeit voort uit een in 2020 door partijen gesloten arbitrageovereenkomst. Voorts is het van belang dat opdrachtgevers menen dat aannemer is tekort geschoten in de nakoming van diens verplichtingen uit hoofde van de aannemingsovereenkomst^[5] en om die reden hebben zij betaling van een deel van de termijnfacturen opgeschort. Aannemer heeft zich in de procedure – zeer beknopt weergegeven – op het standpunt gesteld dat zij niet is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit hoofde van de aannemingsovereenkomst en dat opdrachtgevers hun betalingsverplichting dienen na te komen.

2. Schuldeisersverzuim

Arbiter gaat mee met het betoog van aannemer dat opdrachtgevers hun betalingsverplichting moeten nakomen en concludeert in alinea 25 uit het arbitraal vonnis: *“Het voorgaande betekent dat opdrachtgevers (...) als eerste in verzuim zijn komen te verkeren door de facturen (...) onbetaald te laten”*.

Met andere woorden, nu opdrachtgevers hun betalingsverplichting jegens aannemer hebben opgeschort en er geen grond aanwezig is ter rechtvaardiging van die opschorting zijn opdrachtgevers in verzuim geraakt. Kortom, volgens arbiter is hier sprake van schuldeisersverzuim.^[6]

Het verzuim van schuldeisers^[7] wordt geregeld in afdeling 6.1.8 BW ('schuldeisersverzuim'). Afdeling 6.1.8 BW vormt het kader voor de beoordeling van het schuldeisersverzuim, nu titel 7.12 BW geen eigen regeling kent voor schuldeisersverzuim en er daarmee geen lex specialis is voor aanneming van werk. Afdeling 6.1.8 BW kent bepalingen die kunnen worden ingeroepen of aangewend om de gevolgen van schuldeisersverzuim te regelen.

3. De rechtsgevolgen van schuldeisersverzuim

Een voorbeeld daarvan is art. 6:60 BW, waarin een arbiter op vordering van de schuldenaar (in dit geval de aannemer) kan bepalen dat deze van zijn verbintenis jegens de opdrachtgevers bevrijd zal zijn, al dan niet onder door de arbiter te stellen voorwaarden. Een van zo'n voorwaarde kan ook de vergoeding van diens schade omvatten. Lastig aan de toepassing van art. 6:60 BW is dat de schuldenaar dit in rechte moet vorderen en als hij dat niet doet de arbiter niet buiten de rechtsstrijd van partijen mag treden.^[8]

Welke andere mogelijkheden heeft een arbiter op basis van afdeling 6.1.8 BW om de rechtsgevolgen van schuldeisersverzuim (financieel) te regelen? Art. 6:63 BW kent aan de schuldenaar, binnen de grenzen van de redelijkheid, een recht op vergoeding van kosten toe. Deze kostenvergoeding is een species van de wettelijke verplichting tot schadevergoeding.^[9] De bepalingen van afdeling 6.1.10 BW zijn daarom ook van toepassing op wettelijke verplichtingen tot vergoeding van kosten.^[10]

Dit betekent dat een arbiter, indien de conclusie wordt getrokken dat sprake is van schuldeisersverzuim, binnen de kaders van afdeling 6.1.8 BW tot een financiële afwikkeling kan komen tussen opdrachtgevers en aannemer die recht doet aan de feitelijke situatie: de nog verschuldigde termijnfacturen (voor het reeds verrichte werk door aannemer) dienen door opdrachtgevers aan aannemer te worden betaald^[11] en aannemer heeft daarenboven een recht op kostenvergoeding op grond van art. 6:63 BW.

4. Verzuim van opdrachtgever leidt niet (zonder meer) tot opzegging van de overeenkomst

Arbiter heeft echter voor een ander pad gekozen, waar juridisch gezien de nodige vraagtekens bij geplaatst kunnen worden (en dat geldt temeer nu arbiter geen inzicht heeft gegeven in de overwegingen om dat andere pad te kiezen). Nadat arbiter in het arbitraal vonnis tot de conclusie is gekomen dat opdrachtgevers in verzuim zijn, oordeelt arbiter – zonder nadere uitleg of motivering – dat sprake is van opzegging door opdrachtgevers. Opzegging is een eenzijdige rechtshandeling. Er geldt voor opzegging geen vormvoorschrift. Opzegging kan daarom stilzwijgend of uitdrukkelijk geschieden.

Uit het arbitraal vonnis blijkt dat aannemer heeft aangevoerd dat sprake is van een (stilzwijgende) opzegging van de aannemingsovereenkomst. Hoewel het niet expliciet in het arbitraal vonnis staat, kan er vanuit worden gegaan, mede gelet op het betoog van opdrachtgevers, dat zij dat hebben betwist of in ieder geval daar niet in mee zijn gegaan. De wil van opdrachtgevers was namelijk nooit gericht op het rechtsgevolg opzegging ex art. 7:764 BW, nu zij juist gronden meenden te hebben ter rechtvaardiging van de ontbinding en dat in de procedure hebben gevorderd.

Art. 25 Rv verplicht een arbiter om de juridische grondslag van de vordering of het verweer zo nodig ambtshalve vast te stellen, dus ook wanneer partijen de rechtsregels waarop hun vordering of verweer steunt, niet hebben genoemd of de verkeerde rechtsregels hebben genoemd.^[12] Het is dus mogelijk dat arbiter een andere juridische duiding geeft aan de feiten die naar voren zijn gebracht, dan partijen betogen. Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden is evenwel niet

toegestaan als zij ertoe noodzaakt dat de *feiten* die een partij aan haar vordering of verweer ten grondslag heeft gelegd, anders worden geduid dan de desbetreffende partij zelf doet.^[13]

Wanneer de opdrachtgevers het rechtsgevolg van ontbinding van een aannemingsovereenkomst willen bewerkstelligen, dan is de subjectieve wil op dát rechtsgevolg gericht en komt hun verklaring daarmee overeen. Wanneer een arbiter op basis van de feiten en hetgeen partijen in de procedure naar voren brengen besluit dat er geen grondslag voor ontbinding is, dan zal de eerste stap zijn om te analyseren hoe de feitelijke situatie dan wel kan worden geduid. In de meeste gevallen, zo ook hier, zal sprake zijn van schuldeisersverzuim van de zijde van opdrachtgevers. Dat is het startpunt voor de juridische gevolgtrekkingen.^[14]

Arbiter heeft in het arbitraal vonnis de feiten beschouwd, concludeert vervolgens dat sprake is van schuldeisersverzuim (overeenkomstig afdeling 6.1.8 BW) en in plaats van het geschil af te wikkelen overeenkomstig de mogelijkheden die dezelfde afdeling in het BW daarvoor aanreikt (art. 6:63 BW), maakt arbiter een sprong naar titel 7.12 BW om tot een financiële afwikkeling te komen op grond van een opzeggingsbepaling die opdrachtgevers nooit hebben willen inroepen (art. 7:764 lid 2 BW) en zonder dat arbiter uitlegt waarom de gedragingen van opdrachtgevers moeten worden geduid als een opzegging.

Het is deze 'conversie' en het automatisme waarmee het in dit vonnis en in sommige andere vonnissen van arbiters van de Raad van Arbitrage in bouwgeschillen wordt toegepast, waar ik enige moeite mee heb. Niet in de laatste plaats omdat een afwikkeling via de opzeggingsbepaling (art. 7:764 lid 2 BW) inhoudt dat de aannemer aanspraak behoudt op de volledige winst over het gehele werk – dus ook over het niet uitgevoerde deel daarvan^[15] terwijl een aannemer op grond van art. 6:63 BW in beginsel alleen recht heeft op vergoeding van kosten. Arbiter in deze zaak heeft niet gemotiveerd hoe het ten onrechte opschorten van enkele facturen door opdrachtgever leidt tot de conclusie dat sprake is van een stilzwijgende opzegging, terwijl dat cruciaal is voor een beter begrip van het vonnis.^[16]

5. Voorbeelden uit de jurisprudentie van hoe het anders kan (en moet)

Hoe kan het dan wel? Enkele voorbeelden van hoe andere arbiters van de Raad van Arbitrage in bouwgeschillen (in hoger beroep) dit in het verleden op een juridisch nauwkeuriger manier hebben beoordeeld, dan wel uitgelegd, wordt geboden door onderstaande reeks uitspraken.^[17]

RvA 2 augustus 2004, nr. 70.637:

“Op pagina 14 van het vonnis stellen arbiters in eerste aanleg vast dat de ongegrondheid van de ontbinding door opdrachtgever met zich brengt dat de feitelijke beëindiging van de overeenkomst moet worden beschouwd als een beëindiging van het werk in onvoltooide staat als bedoeld in paragraaf 14 lid 7 UAV 1989 of opzegging als bedoeld in artikel 7A:1647 BW (oud). Arbiters in eerste aanleg concluderen vervolgens dat aannemster dus recht heeft op een afrekening als bepaald in paragraaf 14 lid 10 UAV 1989 of in artikel 7A:1647 BW (oud). Appèlarbiters zijn van oordeel dat deze stelling in zijn algemeenheid niet juist is. Er bestaat ook een mogelijkheid van een beëindiging van een overeenkomst zonder dat die beëindiging als een eenzijdige opzegging door opdrachtgever heeft te gelden.”

Zie ook RvA 26 mei 2005, nr. 70.859:

“Appèlarbiters zijn van oordeel dat het eventueel onterecht een beroep doen op ontbinding niet gelijk kan worden gesteld aan een opzegging, zodat na een rechterlijke beslissing over het beroep het werk gewoon voortgezet kan worden.”

In RvA 25 november 2006 (nr. 70.833) hebben arbiters als volgt overwogen:

“Appèlarbiters zijn met opdrachtgever van oordeel dat een ontbinding door een partij zonder geldige reden niet zonder meer beschouwd kan worden als een eenzijdige opzegging van de overeenkomst in de zin van artikel 1647 BW of paragraaf 14 lid 7 UAV, met alle daaraan verbonden consequenties. (...) De ontbinding door opdrachtgever zonder geldige reden moet naar het oordeel van appèlarbiters beschouwd worden als een aan opdrachtgever toerekenbare tekortkoming.”

Eveneens kan worden verwezen naar RvA 2 april 2008, nr. 29:874:

“Arbiters zijn van oordeel dat een eventuele onterechte ontbinding niet gelijk staat aan een opzegging.”

6. Conclusie

De crux in dit soort situaties is of aan de hand van gedragingen van opdrachtgever kan worden aangenomen dat sprake is van een stilzwijgende opzegging door opdrachtgever. Die gedragingen moeten worden gezien tegen de achtergrond van de opzeggingsbevoegdheid, namelijk als een uitvloeisel van het algemeen beginsel dat een schuldeiser als regel niet verplicht is de hem verschuldigde prestatie aan te nemen.

Het enkele feit dat een opdrachtgever in verzuim is (in casu met de betaling van enkele termijnfacturen) kan in mijn optiek niet zonder meer worden uitgelegd als een stilzwijgende opzegging van de aannemingsovereenkomst door opdrachtgever, met alle gevolgen van dien.

Temeer nu in dit geval opdrachtgevers meenden dat aannemer was tekortgeschoten in de nakoming van enkele verplichtingen uit hoofde van diezelfde aannemingsovereenkomst, dat het tekortschieten door aannemer de aanleiding vormde om tot opschorting van enkele termijnfacturen over te gaan en dat er gronden aanwezig waren ter rechtvaardiging

van vordering tot ontbinding van de overeenkomst in de procedure.

De 'conversie' die arbiter in dit geschil heeft toegepast, waarmee vanuit het verzuim van opdrachtgevers een sprong is gemaakt naar opzegging op grond van art. 7:764 BW, is juridisch niet goed te verklaren en vergt in ieder geval meer uitleg ten aanzien van de omstandigheden op grond waarvan arbiter heeft geconcludeerd dat de feiten moeten worden geïnterpreteerd als een stilzwijgende opzegging van de aannemingsovereenkomst door opdrachtgever. Dit is in het bijzonder het geval, nu arbiter binnen de kaders van afdeling 6.1.8 BW (eveneens) tot een financiële afwikkeling had kunnen komen tussen opdrachtgevers en aannemer die recht doet aan de feitelijke situatie.

Ik sluit mijn annotatie dan ook af met een oproep aan arbiters van de Raad van Arbitrage in bouwgeschillen om terug te gaan naar de lijn zoals eerder uitgezet en hierboven is weergegeven, waarin het uitgangspunt is geformuleerd dat een eventuele ontbrekende ontbinding niet automatisch mag worden beschouwd als een opzegging.

Voetnoten

[1.]

Jacob Henriquez is advocaat en partner Bouw & Vastgoed bij Ploum.

[2]

Opdrachtgever vorderde in de arbitrage ontbinding van de aannemingsovereenkomst (zie alinea 7 sub ii uit het arbitraal vonnis). Zie in dat kader tevens alinea 26 uit het arbitraal vonnis.

[3]

Zie in dat kader ook *BR* 2015/116.

[4]

Omdat geen algemene voorwaarden op de aannemingsovereenkomst van toepassing zijn verklaard, is art. 7:764 BW derhalve relevant voor de opzegging en de gevolgen van die opzegging zoals die door arbiter is gehanteerd.

[5]

Het zou gaan om een drietal tekortkomingen, te weten: (i) een aantal werkzaamheden is niet door aannemer uitgevoerd, (ii) er zijn gebreken in het werk en (iii) aannemer heeft het werk laat opgeleverd (zie alinea 7 uit het arbitraal vonnis).

[6]

En de wettelijke bepaling die het beste aansluit op de casus uit het arbitraal vonnis is art. 6:59 BW: "*De schuldeiser komt eveneens in verzuim, wanneer hij ten gevolge van hem toe te rekenen omstandigheden niet voldoet aan een verplichting zijnerzijds jegens de schuldenaar en deze op die grond bevoegdlijk de nakoming van zijn verbintenis jegens de schuldeiser opschort*". Weliswaar wordt de schuldenaar in het geval van artikel 6:59 BW niet feitelijk verhinderd om zijn verbintenis na te komen, maar wel roept de schuldeiser een juridisch beletsel voor de nakoming op, aangezien hij de schuldenaar ertoe noopt om van zijn opschortingsbevoegdheid gebruik te maken, vgl. C.A. Streefkerk, *Schuldeisersverzuim (Mon. BW nr. B32c)* 2018/12.

[7]

De opdrachtgevers zijn in casu schuldeisers.

[8]

Vgl. o.a. HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1357: "*Het staat de rechter niet vrij zijn beslissing te baseren op rechtsgronden of verwerpen die weliswaar zouden kunnen worden afgeleid uit in het geding gebleken feiten en omstandigheden, maar die door de desbetreffende partij niet aan haar vordering of verweer ten grondslag zijn gelegd. Daardoor wordt de wederpartij immers tekortgedaan in haar recht zich daartegen naar behoren te kunnen verdedigen.*".

[9]

Vgl. C.A. Streefkerk, *Schuldeisersverzuim (Mon. BW nr. B32c)* 2018/18.1.

[10]

S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding algemeen 1 (Mon. BW nr. B34)* 2020/26.

[11]

Er is immers geen rechtvaardiging voor opschorting van die betalingen, aldus arbiter.

[12]

Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/99.

[13]

Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/99.

[14]

Aangenomen kan worden dat arbiter de genomen beslissing niet op andere feiten heeft gestoeld – immers, arbiter concludeert dat sprake is van schuldeisersverzuim.

[15]

Asser/Van den Berg 7-VI 2017/173.

[16]

Omdat opzegging een eenzijdige rechtshandeling is, zal uit de gedragingen van opdrachtgever duidelijk moeten blijken dat sprake is van opzegging, vgl. Asser/Van den Berg 7-VI 2017/176. Zie voor een voorbeeld waarin uit de gedragingen van opdrachtgever wel een opzegging kon worden aangenomen: Rb. Amsterdam 8 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:4446.

[17]

Zie verder P. Vermeij, *TBR* 2010/212 voor een overzicht van de jurisprudentie over dit onderwerp.