

Jurisprudentie – IV. Aanneming van werk

TBR 2021/145

Raad van Arbitrage voor de Bouw, 13 juli 2020, No. 36.945, (Spoedbodemeschil: te late oplevering, direct verzuim, bevoegdheid tot (partiële) ontbinding, afrekening)

(Mr. E.J. van Sandick, ir. G.J.W.M. van Bebber en ing. F.M.M. Kleissen)

UAV:

Snelle behandeling. Ontbinding. Opzegging. Oplevering. Bouwtijdverlenging. Afrekening. Meerwerk. Verzuim. Korting. Proceskosten.

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

De gronden van de beslissing In conventie en in reconventie De bevoegdheid

4. De bevoegdheid van arbiters tot beslechting van dit geschil bij scheidsrechterlijk vonnis staat onbetwist tussen partijen vast. In artikel 12 van de tussen partijen tot stand gekomen koop-/aannemingsovereenkomst is een arbitraal beding opgenomen dat verwijst naar de Raad en zijn statuten/arbitrageregulement. Van toepassing is het arbitrageregulement van 15 februari 2016.

De feiten

5. Tussen partijen staat het volgende vast:
a. Partijen hebben op 19 december 2017 een koop-/aannemingsovereenkomst gesloten met betrekking tot een eengezinswoning te X.. De koop-/aanneemsom bedraagt € 259.000,00 inclusief btw.
b. Artikel 7 lid 1 van de overeenkomst luidt:

“De ondernemer verbindt zich de woning binnen 160 werkbare werkdagen ná de dag waarop de ruwe begane grondvloer gereed is geheel voor bewoning gereed op te leveren aan de verkrijger, de woning wordt uiterlijk 1 maart 2019 opgeleverd voor bewoning aan verkrijger, mocht dit niet het geval zijn, dan zal er een direct opeisbare boete van € 50,00 per dag in mindering gebracht worden op de betalen bouwotermijnen.”

c. en lid 3 van datzelfde artikel:

“De ondernemer is verplicht na aanvang van de funderingswerkzaamheden van het complex, waarvan de woning deel uitmaakt, de werkzaamheden regelmatig voort te zetten.”

d. Artikel XI van de tot de overeenkomst behorende Algemene Bepalingen bepaalt:

“Tekortkoming (wanprestatie)

1. Bij niet of niet tijdige nakoming van deze overeenkomst anders dan door niet toerekenbare tekortkoming (overmacht) is de nalatige aansprakelijk voor alle daaruit voor de wederpartij ontstane schade met kosten en rente, ongeacht het feit of de nalatige in verzuim is in de zin van het volgende lid.

2. Indien één van de partijen, na bij deurwaardersexploot in gebreke te zijn gesteld, gedurende acht dagen tekortschiet in de nakoming van één of meer van haar verplichtingen – daaronder begrepen het niet tijdig betalen van de waarborgsom of het niet tijdig doen stellen van een correcte bankgarantie – is deze partij in verzuim en heeft de wederpartij de al dan niet subsidiaire keus tussen:

a. uitvoering van deze overeenkomst te verlangen, in welk geval de partij die in verzuim is na afloop van voormelde termijn van acht dagen voor elke sedertdien ingegane dag tot aan de dag van nakoming een onmiddellijk opeisbare boete verschuldigd is van drie pro mille van de koop-/aanneemprijs; of

b. deze overeenkomst door een schriftelijke verklaring voor ontbonden te verklaren en betaling van een onmiddellijk opeisbare boete te vorderen van tien procent van de koop-/aanneemprijs.

3. Betaalde of verschuldigde boete strekt in mindering op eventueel verschuldigde schadevergoeding met rente en kosten.

4. Eventueel over de boete verschuldigde omzetbelasting is daarin begrepen.

5. De in lid 2 omschreven wijze van ingebrekestelling alsmede de daar omschreven boeteregeling hebben geen toepassing meer nadat aan de notaris uit schriftelijk onderzoek in de openbare registers is gebleken, dat de overdracht is geschied overeenkomstig het bepaalde in artikel I lid 1 vermeld en nadat de ondernemer, voor het hem toekomende en eventuele in artikel IX lid 3 bedoelde schuldeisers, ieder voor het hun toekomende, door de notaris zijn betaald.”

e. Vanaf oktober 2018 hebben opdrachtgevers aannemster in diverse e-mails erop gewezen dat zij volgens artikel 7 lid 3 van de koop-/aannemingsovereenkomst verplicht was de werkzaamheden regelmatig voort te zetten, maar dat er volgens hen regelmatig weinig tot geen activiteit op de bouwplaats was.

f. Op 1 maart 2019 is de woning niet opgeleverd.
g. In de per deurwaardersexploot aangeboden brief van opdrachtgevers van 1 maart 2019 wijzen opdrachtgevers erop dat zij schade lijden als gevolg van het niet tijdig opleveren van de woning, en dat zij aanspraak maken op vergoeding daarvan en van in het contract opgenomen boetes. Zij gunnen aan-

¹ Frank van Cassel - van Zeeland is advocaat te Houten.

neemster een termijn van acht dagen om te reageren.

h. Na afloop van die acht dagen schrijven opdrachtgevers aanneemster opnieuw aan, per brief van 9 maart 2019. Zij constateren dat aanneemster niet heeft gereageerd.

i. In hun brief van 19 augustus 2019 verzoeken opdrachtgevers aanneemster nogmaals te reageren op de brieven van 1 en 9 maart 2019.

j. Op 17 oktober 2019 heeft D. de staat van de woning geïnspecteerd. D. heeft aanneemster op 9 oktober 2019 uitgenodigd om daarbij aanwezig te zijn.

k. Op 25 november 2019 heeft de toenmalige gemachtigde van opdrachtgevers aanneemster nog tot het eind van het jaar de tijd gegeven om de bouw te voltooien en de in het rapport van D. genoemde gebreken en tekortkomingen te herstellen. Op 16 december 2019 zond deze nog een herinnering, en op 8 januari 2020 nog een ingebrekestelling met een termijn van acht dagen.

l. Per brief van 26 februari 2020 ontbinden opdrachtgevers de overeenkomst (partieel).

m. Op 9 maart 2020 vindt er een spoedplaatsopneming plaats door ir. Van Bebber (arbitrator in dit geschil). Deze opname heeft plaatsgevonden aan de hand van een door opdrachtgevers opgestelde lijst van 207 punten.

n. Opdrachtgevers hebben aan E. en F. opdracht gegeven de woning en tuin af te bouwen.

Het geschil

6. Opdrachtgevers vorderen bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, aanneemster te veroordelen om binnen veertien dagen aan opdrachtgevers te voldoen:

I. € 6.700,00, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 1 maart 2019;

II. € 38.964,65, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 1 maart 2019;

III. € 29.162,97, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 26 februari 2020;

IV. € 93.550,36, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 26 februari 2020;

V. met veroordeling van aanneemster om binnen 48 uur na datum van het vonnis over te gaan tot verzending van alle bouw-gerelateerde tekeningen die nodig zijn om de herstelwerkzaamheden en het afbouwen van de woning door derden te laten uitvoeren zoals, maar niet beperkt tot, de technische bouwtekeningen en installatietekeningen van elektra en cv-installatie;

VI. met veroordeling van aanneemster tot een dwangsom van € 10.000,00 per keer dat aanneemster niet aan de veroordelingen onder V voldoet alsmede € 5.000,00 per dag of dagdeel dat aanneemster niet aan de veroordelingen onder V voldoet;

VII. met veroordeling van aanneemster in de kosten van het geding, inclusief de kosten voor de spoedplaatsopneming, nakosten en vergoeding van de

kosten van processuele bijstand tijdens opdrachtgevers.

7. Opdrachtgevers stellen daartoe dat aanneemster op meerdere punten tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen en dat zij daarom de overeenkomst partieel hebben mogen ontbinden. Zij vorderen de (meer)kosten van herstel van gebreken en voltooiing van het werk en aanvullende schadevergoeding/boetes.

8. Aanneemster erkent dat de woning later is opgeleverd dan was overeengekomen, maar stelt dat zij recht had op bouwtijdverlenging in verband met meerwerk en problemen met de boorpalen. Zij stelt dat het werk op het moment van ontbinding nagenoeg opleveringsgereed was en voorts dat de gestelde tekortkomingen de ontbinding niet rechtvaardigen, zodat deze moet worden aangemerkt als een opzegging van de overeenkomst door opdrachtgevers. Omdat de afrekening in dat geval resulteert in een nog aan aanneemster toekomend bedrag heeft zij een vordering in reconventie ingesteld.

9. Zij vordert, bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, opdrachtgevers te veroordelen om binnen veertien dagen na de datum van het vonnis aan aanneemster te voldoen:

I. € 43.550,89, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 20 februari 2020;

II. met veroordeling van opdrachtgevers in de kosten van het geding, waaronder de kosten van rechtsbijstand zijdens aanneemster, alsmede de arbitragekosten.

De beoordeling van het geschil

In conventie

Ontbinding

10. Tussen partijen is in geschil of opdrachtgevers terecht de buitengerechtelijke ontbinding van de overeenkomst hebben ingeroepen. Opdrachtgevers stellen dat aanneemster tekort is geschoten door de werkzaamheden in strijd met artikel 7 lid 3 van de overeenkomst niet regelmatig voort te zetten, doordat de woning niet op de in artikel 7 lid 1 van de overeenkomst opgenomen fatale opleverdatum van 1 maart 2019 is opgeleverd, en zelfs een jaar daarna nog bij lange na niet opleveringsgereed is.

11. Aanneemster betwist dit. Zij stelt dat zij recht heeft op bouwtijdverlenging vanwege diverse meerwerkopdrachten. Het aantal werkbare werkdagen van 160 uit de overeenkomst is daardoor verhoogd naar 215,5 dagen. Aanneemster stelt dat zij dit bij brief van 13 maart 2019 aan opdrachtgevers heeft meegedeeld.

12. Aanneemster stelt voorts dat het bouwproject drie maanden heeft stilgelegen in

verband met een probleem aan de boorpalen. Hier- van heeft zij opdrachtgevers bij brief van 28 mei 2018 in kennis gesteld.

13. Beide oorzaken tezamen leiden volgens aanneemster tot een uiterste opleverdatum van 1 november 2019. Op 19 december 2019 heeft een vooroplevering van het werk plaatsgevonden, waaruit blijkt dat de bouw in de laatste fase was beland. Een en ander leidt volgens aanneemster tot de conclusie dat de door opdrachtgevers gestelde tekortkomingen de partiële ontbinding niet rechtvaardigen.

14. De brief waarin aanneemster heeft verzocht om bouwtijdverlenging wegens meerwerk dateert van na de overeengekomen uiterste opleverdatum van 1 maart 2019. Opdrachtgevers stellen terecht dat het op de weg van aanneemster had gelegen al bij het aanvaarden van de meerwerkopdrachten aan te geven of deze tot verlenging van de bouwtijd zouden leiden. Gebleken is dat het grootste deel van het meerwerk al is overeengekomen bij het aangaan van de koop-/aannemingsovereenkomst. Desondanks hebben partijen toen uitdrukkelijk een uiterste opleverdatum van 1 maart 2019 in het contract opgenomen. Daar kan aanneemster later, zonder een nadere toelichting, die ontbreekt, niet op terugkomen, en zeker niet nadat die uiterste opleverdatum inmiddels was verstreken.

15. Opdrachtgevers betwisten voorts de ontvangst van de brief van 28 mei 2018 waarin aanneemster onder meer aankondigt dat het werk in verband met ontstane vertraging bij het doormeten van de boorpalen door de Omgevingsdienst later zal worden opgeleverd. Opdrachtgevers stellen dat zij die brief nooit hebben kunnen ontvangen, omdat deze is gestuurd naar een adres waar zij pas maanden later zijn gaan wonen. Ter onderbouwing van dat standpunt hebben zij e-mails uit januari 2019 overgelegd waaruit blijkt dat de adreswijziging eerst toen aan aanneemster is doorgegeven. Het had op de weg van aanneemster gelegen te bewijzen dat die brief desondanks door opdrachtgevers is ontvangen. Dit bewijs heeft zij echter niet geleverd. Ook de stelling van aanneemster dat zij destijds een en ander met opdrachtgevers heeft besproken en dat de brief daarvan alleen een bevestiging was, heeft zij, na betwisting daarvan door opdrachtgevers, niet aannemelijk gemaakt. Bovendien hebben opdrachtgevers een brief van de Omgevingsdienst in het geding gebracht waarin deze verklaart niet bekend te zijn met enige keuring van palen, nog daargelaten het antwoord op de vraag of de vermeende problemen met de palen hadden kunnen leiden tot enige bouwtijdverlenging.

16. Dit betekent dat het beroep op termijnsverlenging van aanneemster niet slaagt.

17. Aanneemster heeft geen argumenten aangevoerd op grond waarvan moet worden aangenomen dat de overeengekomen uiterste opleverdatum van 1 maart 2019 niet fataal is. De woning had dus uiterlijk op 1 maart 2019 opgeleverd moeten zijn. Nu die datum niet is gehaald, is aanneemster van rechtswege in verzuim. Alleen al op die grond hadden opdrachtgevers de bevoegdheid om de overeenkomst met aanneemster (ge-deeltelijk) te ontbinden.

18. Voor zover aanneemster nog heeft gesteld dat de woning op het moment van ontbinding bijna gereed was, zodat de tekortkoming gelet op haar geringe betekenis, de ontbinding niet rechtvaardigt, faalt dit verweer. De ontbinding heeft plaatsgevonden een jaar nadat de fatale opleverdatum verstreken was, en uit de opname van het werk op 9 maart 2020 blijkt naar het oordeel van arbiters dat het werk nog altijd niet opleveringsgereed was.

19. Gevolgen van deze ontbinding zijn dat opdrachtgevers recht hebben op vergoeding van de schade die zij als gevolg van de ontbinding lijden en de (méér) kosten van het afronden van het werk door derden.

20. Opdrachtgevers hebben in hun memorie van eis becijferd hoe de afrekening er volgens hen uit zou moeten zien. Bij voltooiing van het werk door aanneemster zouden zij het navolgende bedrag verschuldigd zijn:

- aanneemstermijn 7	€ 32.418,00
- aanneemstermijn 8	€ 32.418,00
- aanneemstermijn 9	€ 10.806,00
- meerwerk	<u>€ 32.629,66</u>
- totaal	€ 108.271,66

21. Opdrachtgevers stellen dat daarop de volgende bedragen in mindering gebracht moeten worden:

- aanneemstermijn 7 (deels voldaan) -/-	€ 21.068,00
- boete 1/3/19 t/m 14/10/19	-/- € 11.350,00
- reeds betaald meerwerk	-/- <u>€ 9.556,50</u>
- totaal nog te voldoen aan aanneemster	€ 66.297,16

22. Deze opstelling laten opdrachtgevers vervolgens voor wat hij is en zij vorderen de volgende bedragen:

- boete 15/10/19 t/m 25/2/20	€ 6.700,00
- schadevergoeding ex art XI lid 1	€ 38.964,65
- boete ex art XI lid 2	€ 29.162,97
- vervangende schadevergoeding	€ 93.550,36

23. Met die vordering miskennen opdrachtgevers dat zij - naast eventuele boetes en aanvullende schadevergoeding - alleen recht hebben op de kosten die zij méér hebben moeten besteden om het werk door derden te laten afmaken. Zij zouden bij de toewijzing van hun onder overweging 22 weergegeven vordering immers een woning krijgen waar zij bij correcte nakoming door aannemster nog € 108.271,66 minus € 21.068,00 (de al deels betaalde termijn 7) en € 9.556,50 (reeds betaald meerwerk) = € 77.647,16 voor hadden moeten betalen. Ter zitting erkenden opdrachtgevers desgevraagd dat die verrekening nog dient plaats te vinden.

Boete wegens te late oplevering

24. Opdrachtgevers maken aanspraak op de in artikel 7 lid 1 van de overeenkomst opgenomen boete van € 50,00 per dag wegens de te late oplevering, door hen berekend vanaf 1 maart 2019 tot en met 14 oktober 2019 op € 11.350,00 (dit bedrag hebben opdrachtgevers al meegenomen in de opstelling die resulteert in het bedrag van € 66.297,16) en vanaf 15 oktober 2019 tot en met 25 februari 2019 op € 6.700,00.

25. Aannemster heeft bij pleidooi gesteld dat onder “dag” in artikel 7 lid 1 niet moet worden verstaan “kalenderdag”, maar “werkdag”. Zij beroept zich daartoe op de UAV en jurisprudentie van de Raad. In de UAV is inderdaad bepaald dat geen korting kan worden opgelegd voor dagen die geen werkdag zijn. In dit geval zijn echter niet de UAV van toepassing verklaard. De tussen partijen gesloten koop-/aannemingsovereenkomst noch de toepasselijke Algemene Bepalingen bevat een dergelijke bepaling. De jurisprudentie die aannemster bedoelt heeft betrekking op gevallen waarin de UAV van toepassing waren.

26. De tekst in artikel 7 van de koop-/aannemingsovereenkomst maakt onderscheid tussen werkbare werkdagen en dagen. Voor zover al niet duidelijk mocht zijn wat met dagen bedoeld is, mogen opdrachtgevers als consument uitgaan van de voor hen meest gunstige uitleg. Dat is in dit geval dat met dag wordt bedoeld kalenderdag. Beide bedragen (totaal € 18.050,00) kunnen in beginsel worden toegewezen.

Schadevergoeding ex artikel XI lid 1

27. Artikel XI lid 1 van de tot de koop-/aannemingsovereenkomst behorende Algemene Bepalingen bepaalt kort gezegd dat bij niet of niet tijdige nakoming de nalatige aansprakelijk is voor alle daaruit voor de wederpartij ontstane schade met kosten en rente. Opdrachtgevers vorderen daarom vergoeding van dubbele woonlasten, reiskosten en buitengerechtelijke incassokosten.

28. De stelling van aannemster dat de Algemene Bepalingen in hun geheel alleen betrekking hebben op de juridische levering van de grond is niet juist. De Algemene Bepalingen bevatten ook bepalingen die zien op het aannemingsdeel van de overeenkomst (bijvoorbeeld artikel II “feitelijke levering van de woning (oplevering) of de artikelen III en IV over de onderhoudstermijn en aansprakelijkheid voor gebreken). Dat het eerste lid van artikel XI louter ziet op de juridische levering van de grond blijkt niet uit de tekst ervan. Aan opdrachtgevers komt dan ook vergoeding van schade toe.

29. Het derde lid van artikel XI bepaalt echter dat betaalde of verschuldigde boete in mindering strekt op die schadevergoeding.

30. De buitengerechtelijke incassokosten komen mogelijk op grond van artikel 6:96 lid 2 sub c voor toewijzing in aanmerking. Arbiters zullen daarover beslissen aan het slot van dit vonnis, als duidelijk is of opdrachtgevers terecht een vordering hebben ingesteld.

31. Dan blijven over het gevorderde bedrag aan dubbele woonlasten van € 14.391,68 en extra reiskosten van € 3.980,00 (in hun toelichting op de vordering spreken opdrachtgevers nog over een verhoging van die bedragen “p.m.”, maar uit hun petitum blijkt niet dat zij die verhoging ook hebben gevorderd). Dat opdrachtgevers gedurende de periode van bouwtijdoverschrijding dubbele woonlasten hebben gehad is aannemelijk en dat het opdrachtgevers niet is gelukt om in die periode woonruimte te huren in X, hebben zij eveneens aannemelijk gemaakt. Uit het overzicht van de berekening van die kosten (productie 33) blijkt echter dat opdrachtgevers een vergoeding vorderen over 398 (kalender)dagen tot 26 februari 2020. De periode van 1 maart 2019 tot 26 februari 2020 omvat 362 dagen (of 363 inclusief 26 februari 2020). Correctie van de gevorderde bedragen leidt tot een schadevergoeding (van respectievelijk € 16.709,92 of € 16.756,08) die lager is dan het toegekende bedrag aan boete wegens te late oplevering van € 18.050,00. Een redelijke uitleg van artikel XI lid 3 brengt mee dat dit hogere bedrag aan opdrachtgevers kan worden toegewezen.

32. Aannemster heeft nog een beroep gedaan op matiging van de boete. Zij gaat daarbij uit van een gevorderde boete van € 27.268,00. Dat berust op een onjuiste lezing van de memorie van eis. Opdrachtgevers vorderen immers een boete van € 18.050,00. Voor zover aannemster haar beroep op matiging ook in dat geval gestand doet, wijzen arbiters dat af. Aannemster beroept zich ook hier op het boorpalenprobleem en het extra meerwerk. Zoals al werd overwogen geven die omstandigheden aannemster geen recht

op termijnsverlenging. Bovendien kan de rechter (of hier arbiters) een boete volgens artikel 6:94 BW alleen matigen wanneer de billijkheid dat klaarlijk eist. Daarvan is slechts sprake wanneer toepassing van een boetebeding tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt. Dat dit boetebeding, dat bovendien tot stand is gekomen na onderhandeling tussen partijen, tot een dusdanig onbillijk resultaat leidt heeft aanneemster verder niet onderbouwd.

Boete ex artikel XI lid 2 sub b

33. Opdrachtgevers vorderen verder betaling van de boete van 10% van de koop-/aaneemsom volgend uit artikel XI lid 2 sub b. Aanneemster heeft bij pleidooi gesteld dat die boete ziet op de juridische levering van de grond, en dat die levering tijdig heeft plaatsgevonden. Zij betwist daarom een boete van 10% verschuldigd te zijn.

34. Dit standpunt van aanneemster volgen arbiters. In artikel XI lid 3 (zie feiten sub d.) is immers bepaald dat de boeteregeling van lid 2 geen toepassing meer heeft nadat is gebleken dat de overdracht is geschied volgens artikel I lid 1 (juridische levering registergoed). Nu vaststaat dat de juridische levering van de grond heeft plaatsgevonden, hebben opdrachtgevers niet ook nog recht op deze boete.

35. Dit laat onverlet dat opdrachtgevers recht hebben op vergoeding van schade die zij als gevolg van de ontbinding lijden.

Kosten voltooiing werk

36. Opdrachtgevers vorderen vergoeding van de kosten van afbouw van de woning, bestaand uit een bedrag van € 85.195,31 aan kosten van E. en een bedrag van € 8.355,05 aan kosten van F.

37. Aanneemster stelt dat de kosten voor afbouw van E. buitensporig hoog zijn. Zij stelt dat dit mogelijk het gevolg is van het feit dat E. (vermoedelijk) familie is van eiseres sub 2. Arbiters zijn van oordeel dat de kosten van E., zoals deze blijken uit haar begroting, en gerelateerd aan de bij de spoedplaatsopneming waargenomen stand van het werk, niet buitensporig hoog zijn. De door aanneemster opgevoerde kosten voor voltooiing van het werk komen arbiters juist te laag voor. Of de eigenaar van het bouwbedrijf familie is van eiseres sub 2 is daarom niet relevant.

38. Partijen verschillen op een aantal punten van mening over de stand van het werk en de verplichtingen van aanneemster. Aanneemster heeft verweer gevoerd tegen de lijst van 207 punten die ten grondslag heeft gelegen aan de spoedplaatsopneming op 9 maart 2020.

39. Aanneemster stelt dat het proces-verbaal van spoedplaatsopneming een feitelijke weergave van de stand van het werk betreft en dat daarin geen beoordeling van het uitgevoerde werk heeft plaatsgevonden. Dat mag zo zijn, maar arbiters zijn op grond van die opname goed in staat om de stand van het werk op dat moment te beoordelen.

40. Aanneemster stelt voorts dat opdrachtgevers ten tijde van de plaatsopneming al ruim 14 dagen aan het klussen waren in de woning, zodat bepaalde punten ook door henzelf veroorzaakt kunnen zijn. Opdrachtgevers betwisten dit. Het had op de weg van aanneemster gelegen dit verweer verder te onderbouwen. Dat heeft zij echter onvoldoende gedaan. Aanneemster heeft alle 207 punten uit de plaatsopneming in haar memorie van antwoord besproken, maar bij geen van die punten heeft zij het standpunt ingenomen dat de vermeende tekortkoming het gevolg is van door opdrachtgevers zelf uitgevoerde werkzaamheden. Aan dit verweer gaan arbiters dan ook verder voorbij.

41. Bij het grootste deel van de punten uit de lijst heeft aanneemster in haar memorie van antwoord aangegeven dat deze nog niet gereed waren omdat de woning nog niet opgeleverd was. Daarvoor geldt dus dat die punten terecht in de offerte van E. zijn opgenomen. Zowel die punten als de punten die aanneemster niet gemotiveerd betwist heeft, zullen arbiters in het navolgende buiten beschouwing laten. De overige - betwiste - punten zullen zij hieronder achtereenvolgens bespreken. Voor zover het verweer van aanneemster faalt, hoeft geen correctie plaats te vinden op de vordering van opdrachtgevers. Dat zullen arbiters hieronder dus niet nader motiveren. Wanneer het verweer van aanneemster slaagt, zal vervolgens bekeken moeten worden of E./F. voor dat betreffende punt kosten heeft begroot. Wanneer dat het geval is, zijn die kosten dan dus ten onrechte in die opstellingen opgenomen en dienen deze in mindering gebracht te worden.

42. Ter zitting bleken partijen het er niet over eens welke stukken behoren tot de contractstukken. Opdrachtgevers stellen dat zij alleen beschikken over de bestektekening (de door aanneemster ter zitting overgelegde bestektekening 12), en niet ook nog over de door aanneemster als productie 3.2 overgelegde verkoopbrochure van H. met daarin onder meer een technische omschrijving en een afwerkstaat. Opdrachtgevers stellen dat zij ook niet met H., maar met I. zaken hebben gedaan.

43. Aanneemster erkent dat I. de verkoop van de woningen uit dit project heeft overgenomen van H., maar stelt dat daarbij diezelfde verkoopbrochure is gebruikt. Gelet op de

betwisting door opdrachtgevers, had het op de weg van aanneemster gelegen aannemelijk te maken dat die brochure inderdaad voor of bij het aangaan van de overeenkomst aan opdrachtgevers is verstrekt. Enig bewijs heeft zij echter niet geleverd. Dat betekent dat de verkoopbrochure niet kan worden aangemerkt als contractstuk. Arbiters zullen bij de beoordeling van de afzonderlijke punten dus uitgaan van de bij het aangaan van de overeenkomst aan opdrachtgevers verstrekte bestektekening.

2. schoorsteen afwerking niet waterdicht

44. De schoorsteen wordt niet gebruikt en is aan de bovenzijde dichtgezet met bitumen zonder enige overlap. Aanneemster stelt dat dit een gebruikelijke afwerking is. Dit standpunt delen arbiters niet. Deze afwerking is niet waterdicht en zal dus hersteld moeten worden.

3. dakdoorvoer cv en ventilatie plaatsen zoals afgesproken

45. Opdrachtgevers stellen dat aanneemster had toegezegd dat de leidingen van de cv en dergelijke door de schoorsteen zouden lopen. Aanneemster betwist dit en stelt ter onderbouwing daarvan dat de aanvankelijk op de meerwerklijst opgenomen plaatsing van zonnepanelen aan de achterzijde van de woning later is doorgehaald.

46. Arbiters overwegen dat op de bestekstekening op het dak van de woning geen afvoerpijpjes zichtbaar zijn. Naar het oordeel van arbiters hadden opdrachtgevers mogen verwachten dat deze waren weggewerkt in de schoorsteen, die immers nu geen enkele functie heeft. Dat de zonnepanelen niet zijn geplaatst door aanneemster doet daar niet aan af.

5. en 16. dakpannen vastmaken

47. Aanneemster stelt dat de dakpannen gewoon vast lagen. Arbiters is gebleken dat de noodzakelijke (volgens de NPR 6708) verankering rond dakvensters, schoorstenen e.d. niet heeft plaatsgevonden. Op dat punt voldoet de uitvoering dus niet.

7. schilderwerk dakgoot en dakkapel herstellen

48. Uit het proces-verbaal van plaatsopneming blijkt dat vooral het binnenschilderwerk niet gereed was. Het buitenschilderwerk was grotendeels wel uitgevoerd, maar plaatselijk gebrekkig. De opgenomen kosten voor herstel en voltooiing van het schilderwerk achten arbiters redelijk.

8. vervangen dak aanbouw, bijkeuken en garage ivm rot hout en afwatering

49. Ter gelegenheid van de plaatsopneming is gebleken dat het afschot niet juist was en dat de dakopstanden te gering waren. E. heeft daarvoor terecht kosten opgenomen.

9. loodflappen in gevel tbv dakbedekking te laag

50. Dit punt houdt verband met punt 8 en zal bij dat herstel meegenomen worden.

10. afvoer aansluiten op hoofdriool

51. Bij de plaatsopneming heeft de heer Van Bebber niet kunnen zien of de afvoer was aangesloten op het hoofdriool. Aanneemster stelt dat zij die aansluiting al in december 2019 had verzorgd. Opdrachtgevers betwisten dit.

52. In dit geval had het op de weg van opdrachtgevers gelegen bewijs bij te brengen van hun stelling. Dit hebben zij echter nage laten. Arbiters zullen het ter zake door E. begrote bedrag voor die aansluiting van € 770,00 exclusief btw vermeerderd met de opslag voor winst en risico van 10%, dus totaal (-/-) € 1.024,87 inclusief btw in mindering brengen op het aan opdrachtgevers toekomende bedrag voor voltooiing van het werk.

11. isolatiewaarde verminderd door vuil in spouwmuur, blijvende schade

53. Op dit punt voert aanneemster inhoudelijk verweer, echter niet gebleken is dat E. hiervoor kosten in haar begroting heeft opgenomen. Dat betekent dat dit punt geen onderdeel uitmaakt van de vordering van opdrachtgevers en dus verder buiten beschouwing kan blijven.

12. grond ophogen

54. Uit het proces-verbaal van plaatsopneming blijkt dat het maaiveld aan de achterzijde van de woning ongeveer 40 centimeter onder de onderzijde van de dorpel gelegen was. Aanneemster stelt dat volgens de verkoopbrochure de uitkomende grond zou worden verspreid over het terrein, zodat opdrachtgevers daarna zelf voor het op hoogte brengen van de grond tot de gewenste hoogte moesten zorgen.

55. Arbiters overwegen dat niet de verkoopbrochure, maar alleen de bestekstekening tussen partijen is overeengekomen. Daarop ligt de tuin in lijn met het peil van de woning. Voorts is het gebruikelijk bij dergelijke turn-key opgeleverde woningen dat de tuin op hoogte wordt gebracht. Dat in dit geval anders is overeengekomen is niet komen vast te staan. De kosten van F. zijn terecht gevorderd.

13. draadgaashekwerk op erfafscheiding plaatsen, hederen en beukenhaag plaatsen

56. Volgens aanneemster is op de bestekstekening alleen een draadgaashek aangegeven bij de bouwnummers 17 en 18, en niet bij de woning van opdrachtgevers (bouwnummer 12). Dit volgen arbiters niet. Het pijltje op de tekening wijst naar een doorgetrokken lijn die doorloopt rond de percelen van alle woningen van de bouw-

nummers 10 tot en met 25. De kosten van F. zijn dus terecht gevorderd.

14. eenvoudige bestrating naar voordeur/achterdeur aanleggen conform Bouwbesluit

57. Op dit punt voert aanneemster inhoudelijk verweer, echter niet gebleken is dat E./F. hiervoor kosten in hun begroting hebben opgenomen. Dat betekent dat dit punt geen onderdeel uitmaakt van de vordering van opdrachtgevers en dus verder buiten beschouwing kan blijven.

17. verleggen regenafvoer

58. Ook bij dit punt is niet komen vast te staan dat deze kosten zijn begroot door E./F.

18. plaatsen langere paal hoekkozijn

59. Aanneemster heeft niet betwist dat dit hoekdetail door haar is uitgevoerd zoals is te zien op de door opdrachtgevers in het geding gebrachte foto's. Zij beroept zich erop dat deze wijze van uitvoeren is goedgekeurd door de gemeente.

60. Dit detail voldoet naar het oordeel van arbiters niet aan de eisen van goed en deugdelijk werk en zal hersteld moeten worden. Dat de gemeente de uitvoering heeft goedgekeurd doet daar niet aan af.

19. dicht metselen muur

61. Met het herstel van punt 18 zal ook de slordig dichtgemetselde muur moeten worden afgebroken en weer opgemetseld.

26. stalen paal onder afdak garage

62. Aanneemster betwist dat dit was overeengekomen. Arbiters constateren dat op tekening een stalen kolom (kleur RAL 9010) is aangegeven. Die kosten zijn dus terecht begroot.

27. stalen latei in verf zetten

63. Aanneemster geeft in haar memorie van antwoord aan dat haar onduidelijk is welke latei hier bedoeld is.

64. Uit de tekst van de plaatsopneming blijkt dat het gaat om de nog onbehandelde stalen latei boven de garagedeur. Enig ander verweer heeft aanneemster niet gevoerd.

30. metselwerk zijwand uitbouw herstellen

65. Ten aanzien van het niet juist uitgevoerde metselwerk stelt aanneemster dat dit een fout is van de timmerman. Verder stelt zij dat dit een punt is dat nog hersteld zou worden voordat de woning zou worden opgeleverd.

66. Aanneemster is aansprakelijk voor fouten van haar hulppersonen, zoals deze timmerman. Voor het overige erkent aanneemster dit

punt kennelijk. Dit punt zal dus op kosten van aanneemster hersteld moeten worden.

32. betimmering uitbouw symmetrisch maken

67. Aanneemster betwist dat is overeengekomen dat de uitvoering symmetrisch moet zijn. Arbiters is niet gebleken dat E. deze kosten in haar begroting heeft meegenomen. Zij laten dit punt dan ook verder buiten beschouwing.

42. kozijnen voorzien van architraven jaren 30-stijl

68. Aanneemster betwist dat dit tussen partijen is overeengekomen. Opdrachtgevers zijn hier verder niet meer op teruggekomen, terwijl zij van dit punt de bewijslast dragen. Nu niet is komen vast te staan dat dit behoorde tot het aangenomen werk, hebben opdrachtgevers geen recht op vergoeding van die kosten. De totale kosten voor het aftimmeren van de deurkozijnen zijn volgens E. € 1.146,00. Omdat aanneemster in ieder geval had moeten zorgen voor enige aftimmering, zullen arbiters niet het gehele bedrag in mindering brengen op de vordering van opdrachtgevers. Zij bepalen het in mindering te brengen bedrag in redelijkheid op € 400,00 exclusief btw, dus € 532,40 inclusief winst en risico en btw.

60. geplaatste UTP-kabel verwisselen voor speaker-kabels

61. geplaatste UTP verwisselen voor S/FTP

69. Opdrachtgevers stellen dat aanneemster niet de juiste kabels heeft aangebracht. Zij verwijzen daartoe naar een telefoongesprek dat zij voerden met aanneemster en de elektriciens op 22 februari 2019. Een opname van dat gesprek hebben zij overgelegd als productie 49. Arbiters hebben dit geluidsbestand niet kunnen beluisteren (de melding was dat het bestand mogelijk beschadigd was), maar zelfs wanneer zij er veronderstellenderwijs van uitgaan dat in dat gesprek is toegezegd dat speakerkabels zouden worden aangebracht, leidt dit nog niet tot de conclusie dat deze werkzaamheden behoorden tot het aangenomen werk en/of het al overeengekomen meerwerk. In de ná dit telefoongesprek opgestelde definitieve meerwerklijst zijn immers alleen loze leidingen met trekdraad opgenomen. De kabels zelf maken dus geen deel uit van het overeengekomen meerwerk. Wanneer het de bedoeling was dat deze kabels desondanks door de elektriciens zouden worden aangebracht (zoals mogelijk in dat telefoongesprek op 22 februari 2019 is afgesproken), dan had dit alsnog tot een meerprijs geleid. Het is immers niet aannemelijk dat dit kosteloos zou gebeuren. Dat betekent dat de kosten die E. heeft begroot voor het alsnog aanbrengen van die speakerkabels voor rekening van opdrachtgevers zelf komen.

70. E. heeft voor alle elektrawerkzaamheden een bedrag van € 12.000,00 exclusief btw begroot. Arbiters bepalen het bedrag voor de spea-

kerkabels in redelijkheid op € 240,00 exclusief btw, dus € 319,44 inclusief winst en risico en btw. Dat bedrag zullen zij in mindering brengen op het aan opdrachtgevers toekomende bedrag.

70. stalen constructie controleren en impregneren

71. Aanneemster verwijst voor dit punt naar punt 63. Bij punt 63 heeft zij aangegeven dat dit door de schilder eenvoudig bij te werken is. Dat betekent dus dat zij het punt erkent. Bij punt 70 heeft zij voorts gesteld dat de constructeur van de gemeente de uitvoering heeft gecontroleerd en goed bevonden heeft.

72. Arbiters zijn van oordeel dat de kolom niet op de juiste wijze is geplaatst. De kolom steunt op de begane grondvloer door middel van een houten plankje. De kolom dient deugdelijk te worden verankerd aan de onderconstructie en de ruimte tussen de kolom en de vloer dient te worden ondersabeld. Het werk voldoet op dit punt niet aan de eisen van goed en deugdelijk werk. Dat de gemeente de uitvoering heeft gecontroleerd doet daar niet aan af.

72. leidingwerk keuken controleren

73. Uit het proces-verbaal van plaatsopneming blijkt dat het opdrachtgevers niet duidelijk was of de leidingen in de keuken wel waren aangesloten. Dit was tijdens de plaatsopneming niet te controleren. Aanneemster stelt dat zij het leidingwerk heeft uitgevoerd conform opgave opdrachtgevers. Dat zij al was toegekomen aan het aansluiten van deze leidingen heeft zij niet gesteld.

74. Arbiters gaan ervan uit dat voor zover leidingen in de woning nog niet waren aangesloten, dit door E. is gebeurd, of zal worden gedaan. Het door E. begrote bedrag van € 12.000,00 (exclusief btw en opslagen) voor het afmonteren van de gehele elektrische installatie – minus het bedrag voor de speakerkabels – komt arbiters redelijk voor. Zij zullen hierop dan ook verder geen correctie aanbrengen.

73. kozijn controleren, stellen schuren (deur sluit en opent niet goed)

75. Aanneemster stelt dat opdrachtgevers dit moeten opnemen met de leverancier. Die leverancier is aan te merken als een hulppersoon van aanneemster, waarvoor aanneemster aansprakelijk is. De uitvoering van de onderdorpel voldoet niet aan de eisen van goed en deugdelijk werk. Dit geldt zowel voor het doorhangen ervan als de ondersteuning door schuin op de kant geplaatste bakstenen. Dit punt zal dus op kosten van aanneemster hersteld moeten worden.

76. ontbrekende veiligheidsglazen lichtstraat plaatsen

79. lichtstraat aftimmeren

76. Dat de beglazing nog geplaatst moet worden heeft aanneemster niet betwist.

77. Ook ten aanzien van het aftimmeren erkent aanneemster dat dit nog had moeten gebeuren.

77. stucplaten vervangen (nat geregend)

78. Gesteld noch gebleken is dat E. de vervanging van stucplaten heeft begroot. Arbiters gaan dus verder aan dit punt voorbij.

98a omkasting verdeler vloerverwarming aanbrengen

79. Aanneemster stelt dat het aanbrengen van een omkasting niet behoort tot het aangenomen werk.

80. Dat E. voor dit punt kosten heeft opgenomen in haar begroting is arbiters niet gebleken. Er hoeft dus geen verdere correctie plaats te vinden.

109. plafond aftimmeren

81. Dit punt heeft betrekking op de berging. Opdrachtgevers stellen dat het aanbrengen van een plafond behoorde tot het aangenomen werk. Aanneemster betwist dit.

82. Opdrachtgevers dragen op dit punt de bewijslast. Uit de contractstukken (koop-/aannemingsovereenkomst, Algemene Bepalingen, bestektekening) blijkt niet dat het aanbrengen van een plafond tot de verplichtingen van aanneemster behoort. In een berging is dit ook niet ongewoon. Arbiters zullen daarom een bedrag in mindering brengen op de door E. begrote kosten. Arbiters bepalen dat bedrag op € 400,00 exclusief btw en opslagen, dus € 532,40 inclusief btw en 10% winst en risico.

131 a, b en c uitstekende leiding uithakken, vochtige vloer, latei niet behandeld, muurafwerking

83. Bij al deze punten zijn arbiters van oordeel dat afwerking nog noodzakelijk is, zoals ook aanneemster ten aanzien van de punten 131, 131b en 131c erkent. Omdat het risico van het werk tot de ontbinding voor aanneemster was, is zij ook verantwoordelijk voor het wegnemen van enig vochtprobleem (punt 131a). Wat daar ook de oorzaak van was.

152. muren gladstrijken

84. Bij dit punt stelt aanneemster dat de wanden in deze ruimte (toilet) niet behangklaar opgeleverd hoefden te worden, maar dat deze betegeld zouden worden.

85. Dat moge zo zijn, maar zonder extra egaliseringswerkzaamheden waren de betreffende wanden naar het oordeel van arbiters niet geschikt om betegeld te worden.

155. afschot vloer controleren

86. Gebleken is dat de vloer in de douche nog niet was afgesmeerd. Aanneemster stelt dat zij dit niet had gedaan in verband met het door opdrachtgevers gewenste afschot. Arbiters constateren dat aanneemster dus niet betwist dat het op afschot afsmeren nog diende te gebeuren

156. doucheafvoer controleren

87. Dit punt was ten tijde van de plaatsopneming niet te controleren. Dat E. voor dit punt kosten heeft begroot is niet komen vast te staan. Arbiters passeren dit punt dan ook verder.

165. latei boven deurkozijn vervangen.

166. nieuw deurkozijn plaatsen na vervangen latei

88. Aanneemster erkent dat de latei was gebroken en vervangen diende te worden. Ten aanzien van het kozijn stelt zij dat het kozijn al op de bouw aanwezig was, maar dat zij dit vanwege de ontbinding heeft moeten verwijderen. Daarmee erkent aanneemster dus dat opdrachtgevers deze werkzaamheden nog moesten verrichten. De opmerking van aanneemster bij nummer 166, dat zij niet begrijpt wat er niet goed is aan dit kozijn kunnen arbiters in dit licht dan ook niet plaatsen.

176. dakdoorvoeren dichtmaken en afwerken

177. draden zonnepanelen isoleren

89. Dat hier nog enige (afwerk)werkzaamheden verricht moesten worden is aanneemster bekend. De kosten daarvoor zijn begrepen in de post van E. van € 12.000,00. Zoals arbiters hiervoor al oordeelden is deze post redelijk.

178. schoorsteenplaat afwerken, binnenkant isoleren

90. Opdrachtgevers stellen - onder meer onder verwijzing naar de als productie 46 overgelegde foto van de binnenzijde van de schoorsteen - terecht dat sprake is van een koudebrug en dat het noodzakelijk is de schoorsteen te isoleren.

194. ventilatierooster in ramen plaatsen conform Bouwbesluit

91. Naar het oordeel van arbiters stelt aanneemster terecht dat in deze ruimte volgens het Bouwbesluit geen ventilatieroosters verplicht zijn. De ruimte is op de bestektekening immers niet aangeduid als slaapkamer, maar als "multikamer". Dat is geen verblijfsruimte, en daarvoor geldt die eis van voldoende ventilatie dan ook niet. Dat de ventilatieroosters door E. zijn begroot, is arbiters echter niet gebleken. Er hoeft dus geen correctie plaats te vinden.

198. plafond dakkapel isoleren

201. bakstenen in muur vervangen

92. Voor deze beide punten geldt dat niet is komen vast te staan dat E. daarvoor kosten heeft opgenomen in haar begroting. Deze punten maken dus geen deel uit van de vordering van opdrachtgevers.

Slotsom meerkosten voltooiing

93. De vordering van opdrachtgevers (kosten E. en F.) bedroeg € 93.550,36 inclusief btw. Daarop moet in mindering worden gebracht een bedrag van € 2.409,11 (€ 1.024,87 + € 532,40 + € 319,44 + € 532,40). Totaal kan worden toegewezen (vóór verrekening met het nog aan aanneemster toekomende bedrag) € 91.141,25 inclusief btw.

Afgifte tekeningen

94. Opdrachtgevers vorderen afgifte van alle bouwgerelateerde tekeningen die nodig zijn om de herstelwerkzaamheden en het afbouwen van de woning door derden te laten uitvoeren zoals, maar niet beperkt tot, de technische bouwtekeningen en installatietekeningen van elektra en cv-installatie op straffe van verbeurte van een dwangsom.

95. Aanneemster stelt iedere wettelijke of contractuele grondslag voor deze vordering ontbreekt.

96. Arbiters stellen voorop dat de door opdrachtgevers bedoelde tekeningen geen deel uitmaken van de tussen partijen gesloten overeenkomst. Bovendien is de woning al in een dusdanig stadium dat dergelijke tekeningen voornamelijk nodig of nuttig zouden zijn voor het aanbrengen van leidingen en dergelijke. Die zijn echter voor het grootste deel al aangelegd en de locatie ervan is door middel van de plaatsopneming goed in beeld gebracht. Arbiters zullen de vordering dan ook afwijzen.

Verrekening

97. De afrekening van het werk ziet er dus als volgt uit:

bij voltooiing door aanneemster nog verschuldigd	€ 77.647,16
af: kosten voltooiing door opdrachtgevers +/-	€ 91.141,25
af: boete te late oplevering -/-	€ 18.050,00
toe te wijzen (-/-)	€ 31.544,09

98. Opdrachtgevers vragen over de boete wegens te late oplevering van € 6.700,00 de wettelijke rente vanaf 1 maart 2019 en over de kosten van voltooiing de wettelijke rente vanaf 26 februari 2020. Volgens hun memorie van eis heeft het bedrag van € 6.700,00 betrekking op de periode van 15 oktober 2019 tot het moment van ontbin-

ding. De wettelijke rente vanaf 1 maart 2019 kan alleen al daarom niet worden toegewezen. Arbiters wijzen daarom over het gehele toe te kennen bedrag de wettelijke rente toe vanaf 26 februari 2020.

Buitengerechtelijke incassokosten en kosten spoedplaatsopneming

99. Opdrachtgevers vorderen vergoeding van buitengerechtelijke incassokosten van € 20.592,97. Daarin is begrepen het bedrag van de spoedplaatsopneming. Die was naar het oordeel van arbiters noodzakelijk om de toestand van het werk op het moment van ontbinding vast te leggen. Aanneemster heeft de hoogte van die vordering niet betwist. Arbiters zullen het bedrag van € 6.667,10 inclusief btw dan ook toewijzen.

100. Voor het overige zullen arbiters de buitengerechtelijke kosten toewijzen gebaseerd op de staffel van Wet normering buitengerechtelijke incassokosten en het bijbehorende Besluit. Uitgaand van het toegewezen bedrag van € 31.544,09 kan aan opdrachtgevers een bedrag worden toegewezen van € 1.090,44 inclusief btw. Over deze twee bedragen zullen arbiters de gevorderde wettelijke rente toewijzen vanaf de datum van aanhangigmaking, te weten 3 april 2020.

Slotsom

101. Totaal kan aan opdrachtgevers worden toegewezen € 39.301,63 (€ 31.544,09 + € 6.667,10 + € 1.090,44), zoals gevorderd te voldoen binnen veertien dagen na datum van dit vonnis, te vermeerderen met de wettelijke rente over € 31.544,09 vanaf 26 februari 2020 en over € 7.757,54 (€ 6.667,10 + € 1.090,44) vanaf 3 april 2020.

In reconventie

102. Nu per saldo een bedrag toekomt aan opdrachtgevers, moet de vordering in reconventie van aanneemster - die bovendien is gebaseerd op de opzegging van de aannemingsovereenkomst, en niet op ontbinding - worden afgewezen.

In conventie en in reconventie

103. Uit de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de toepasselijke algemene voorwaarden tot stand zijn gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval is arbiters niet gebleken dat de in dit geding aan de orde zijnde bedingen als oneerlijk zijn aan te merken.

De proceskosten en overige vorderingen

104. Gelet op de mate waarin partijen (vooral) in principiële en in financiële zin in het gelijk en ongelijk zijn gesteld en op de aan de behandeling van de respectieve geschil-

punten toe te rekenen proceskosten, zullen arbiters aanneemster met $\frac{3}{4}$ deel en opdrachtgevers met $\frac{1}{4}$ deel van de proceskosten belasten.

105. De door de Raad gemaakte kosten hebben tot en met het depot van dit vonnis ter griffie van de rechtbank te Amsterdam met inachtneming van het Waarborgsom-/moderatieschema van de Raad € 23.517,79 bedragen (waarvan € 4.059,04 aan btw) en zijn tot een beloop van € 15.171,47 met de door opdrachtgevers gedane stortingen verrekend en tot een beloop van € 8.346,32 met de door aanneemster gedane stortingen.

106. Aangezien aanneemster voor $\frac{3}{4}$ in het ongelijk is gesteld en opdrachtgevers voor $\frac{1}{4}$, is de meerdere mate van ongelijk van aanneemster $\frac{1}{2}$ ($\frac{3}{4} - \frac{1}{4}$). Arbiters bepalen de door aanneemster te betalen tegemoetkoming in de kosten van rechtsbijstand van opdrachtgevers naar deze meerdere mate van ongelijk van aanneemster en met inachtneming van de Leidraad vergoeding kosten van processuele bijstand, op € 4.500,00 (twee memorieën (2 punten) + één mondelinge behandeling (3 punten) = 5 punten (à € 1.800,00) = € 9.000,00 x $\frac{1}{2}$ (factor meerdere mate van ongelijk)).

107. Ter verrekening van de proceskosten moet aanneemster dus aan opdrachtgevers $\frac{3}{4}$ x € 23.517,79 -/- € 8.346,32 + € 4.500,00 = € 13.792,02 betalen, zoals gevorderd binnen veertien dagen na datum van dit vonnis. (*Enz., enz., Red.*)

NOOT

Een snelle behandeling

1. Een snelle behandeling is op zich niet een bijzondere reden om een vonnis te bespreken, maar eigenlijk toch ook weer wel. Het te bespreken geschil betreft een spoedgeschil en dan geen kort geding; het is een spoedbodemgeschil. De memorie van eis is op 3 april 2020 ingediend en de uitspraak door de Raad van Arbitrage² wordt al op 13 juli 2020 gedaan. Dit is een doorlooptijd van iets meer dan 3 maanden. Dit is zeer snel: als het er echt om spant, dan kunnen partijen bij de Raad een snelle beslissing krijgen. Zoals geschreven, het gaat om een bodemgeschil. Het is derhalve geen voorlopige voorziening, maar een reguliere uitspraak in eerste aanleg. Deze uitspraak is snel en het recht op een eerlijk proces voor beide partijen blijft volledig in stand.

De casus

2. Partijen hebben een koop-/aannemingsovereenkomst gesloten voor de bouw van de woning van opdrachtgevers. De koop-/aannemingsom bedraagt € 259.000,-.

² Ten tijde van het geschil en het uitbrengen van het vonnis nog geheten Raad van Arbitrage voor de Bouw, thans geheten Raad van Arbitrage in Bouwgeschillen.

Overeengekomen is de woning op te leveren binnen 160 werkbare werkdagen, maar uiterlijk 1 maart 2019. Aannemster overschrijdt de overeengekomen opleverdatum fors en opdrachtgevers ontbinden na enkele aanmaningen de overeenkomst partieel. Het werk wordt door derden afgevoerd en opdrachtgevers trachten de rekening hiervan bij aannemster neer te leggen. Aannemster accepteert dit niet. Zij betwist het recht van opdrachtgevers om de overeenkomst buitengerechtelijk te ontbinden.

Ontbinding

3. Om te kunnen ontbinden moet aan diverse voorwaarden voldaan worden. Een niet-gerechvaardigde ontbindingsverklaring heeft niet het daarmee beoogde rechtsgevolg. Een dergelijke verklaring leidt op zichzelf niet tot ontbinding van de overeenkomst.³ Als het zo is dat opdrachtgevers ten onrechte ontbonden hebben, is het gevolg dat zij niet ontbonden hebben. Een partij die - naar later blijkt - een dergelijke onterechte ontbindingsverklaring heeft afgelegd, komt daarmee meestal zelf in verzuim. Veelal zal een dergelijke onterechte ontbindingsverklaring als mededeling gezien kunnen en mogen worden dat de ontbindende partij tekort zal schieten in de nakoming. Als dat zo is, staat het verzuim vast. Maar in het geval dat er geen verplichtingen meer nagekomen hoeven te worden door degene die ten onrechte de ontbindingsverklaring uitbrengt, kan die persoon ook niet tekortschieten. Een onterechte ontbindingsverklaring veroorzaakt in die situatie logischerwijze geen verzuim.

Onterechte ontbinding wordt mogelijk opzegging

4. Er is nog een andere mogelijkheid dan degene die zich beroept op een onterechte ontbinding niet zelf in verzuim geraakt. De bijzondere overeenkomst 'Aanneming van Werk'⁴ kent de specifieke regeling dat een opdrachtgever te allen tijde bevoegd is de overeenkomst geheel of gedeeltelijk op te zeggen.⁵ Met het opzeggen van de aannemingsovereenkomst komen opdrachtgevers niet in verzuim. Opdrachtgevers kunnen altijd opzeggen en dat hoeft zelfs niet gemotiveerd. Indien de onterechte ontbinding als opzegging beschouwd moet worden, zijn opdrachtgevers logischerwijze niet in verzuim. Opzeggen van de aannemingsovereenkomst mag zonder enige grond. De gronden hoeven dus ook niet getoetst te worden. De opzegging is vormvrij en kan ook stilzwijgend⁶. Het komt in de rechtspraak herhaaldelijk voor dat een ongegronde ontbinding wordt geduid als een opzegging.⁷

5. Voor opdrachtgevers is er praktisch weinig verschil. Ten onrechte ontbinden en in verzuim komen te verkeren, of terecht opzeggen en niet in verzuim verkeren zijn

voor opdrachtgevers allebei kostbare aangelegenheden. In de situatie dat opdrachtgevers namelijk opzeggen, zal er financieel afgerekend moeten worden. Opdrachtgevers moeten bij opzegging de voor het gehele werk geldende prijs betalen, verminderd met de besparingen die voor aannemster uit de opzegging voortvloeien. Dit kan een stevig bedrag zijn. Door Van den Berg wordt het zelfs een financiële aderlating genoemd.⁸

6. Het is geen automatisme dat een ongegronde ontbinding wegens vermeende wanprestatie beschouwd moet worden als een opzegging. De vraag die bij een onterechte ontbinding naar voren komt, is of de handelingen van opdrachtgevers als opzegging van de aannemingsovereenkomst gezien moeten worden. Zolang er nog een weg terug is voor opdrachtgevers kunnen zij er nog altijd voor kiezen om bij nader inzien toch de aannemer het werk af te laten maken. Van den Berg betoogt dan ook terecht dat men niet te gemakkelijk moet aannemen dat in geval van een onterechte ontbinding sprake is van opzegging.⁹ Eerst als er geen weg meer terug is voor opdrachtgevers, is het gerechtvaardigd om te gaan oordelen dat er sprake is van een opzegging door opdrachtgevers.

7. Verder kan de conversie van een onterechte ontbinding in een opzegging veelal ook gepareerd worden door de aannemer. In het geval de aannemer betoogt dat er niet is opgezegd en de opdrachtgever dit bevestigt of onvoldoende weerspreekt, is het niet logisch om een opzegging aan te nemen. De beide partijen zijn het immers met elkaar eens dat er niet is opgezegd. Bij de onterechte ontbinding zijdens opdrachtgever resteert dan enkel het verzuim van opdrachtgever, met de daarbij behorende juridische mogelijkheden voor de aannemer. Veelal neemt de aannemer een dergelijk standpunt echter niet in. Het is voor de aannemer vaak aantrekkelijker om te betogen dat het samenspel van gebeurtenissen gekwalificeerd moet worden als opzegging. In die situatie behoeft hij niet zelf de ontbinding van de overeenkomst in te roepen, zodat hij niet de kans loopt zulks ten onrechte te doen.¹⁰

8. Een voorwaarde voor de conversie van een onterechte ontbinding naar een rechtsgeldige opzegging moet gevonden worden in een of meerdere nadere acties van opdrachtgevers. Als opdrachtgevers andere handelingen hebben verricht waarmee duidelijk is dat zij niet langer wensen dat aannemster het werk afmaakt, volgt daaruit de conclusie van opzegging. Veelal gebeurt dit door het inroepen van de ontbinding en het feitelijk handelen van de opdrachtgever. De opdrachtgever gaat het werk zelf afmaken of laat dat door een nieuwe aannemer doen. Er ontstaat een onomkeerbare situatie. Zelfs als beide partijen het nog zouden willen, dan kan aannemer het werk niet meer afmaken. Het werk is immers inmiddels gewijzigd, zo niet al volledig

3 HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1684, NJ 2012/684 m.nt. Tjong Tjin Tai (G4 Beheer/Hanzevast).

4 Boek 7 titel 12 BW.

5 Art. 7:764 BW.

6 C.E.C. Jansen, *Aanneming van werk*, Mon. BW. B84, 2013/60.

7 Asser/*Van den Berg* 7-VI 2017/176, zie ook P. Vermeij, 'Beëindiging van de overeenkomst van aanneming van werk: opzegging, beëindiging in onvoltooid staat en ontbinding', *TBR* 2012/212 p. 1161-1162, allebei met verwijzingen naar rechtspraak.

8 Asser/*Van de Berg* 7-VI 2017/173.

9 Asser/*Van den Berg* 7-VI 2017/176.

10 Dit laatste als bijvoorbeeld de opdrachtgever wel ten onrechte de ontbinding heeft ingeroepen, maar desondanks niet zelf in verzuim raakt omdat opdrachtgever geen verplichtingen meer hoeft na te komen.

door opdrachtgever in eigen beheer voltooid. In de situatie dat de ingeroepen ontbinding ten onrechte is, is de andere rechtsfiguur, zijnde de opzegging, de logische conclusie.

9. Beide partijen hebben er belang bij om de reden van de beëindiging van de samenwerking bij de andere partij te leggen. Voor zowel opdrachtgevers als voor aannemster is er een groot financieel belang. Gaat het om een terechte ontbinding, of betreft het handelen van opdrachtgevers een opzegging. De inzet is hoog: of opdrachtgevers worden schadeloosgesteld door aannemster of opdrachtgevers moeten juist aan aannemster betalen. In onderhavige casus twisten partijen over de rechtmatigheid van de door opdrachtgevers ingeroepen buitengerechtelijke ontbinding.

Te late oplevering, of niet?

10. In het onderhavige geschil draait het om de vraag of aannemster te laat heeft opgeleverd of niet. In de overeenkomst is een uiterste opleveringsdatum van 1 maart 2019 opgenomen. Opdrachtgevers stellen dat zelfs een jaar later de woning bij lange na niet opleveringsgereed was.

11. Tegen het feit dat op 1 maart 2019 niet was opgeleverd, en ook niet kort nadien, voert aannemster geen verweer. Toch stelt aannemster dat het werk niet te laat klaar zou zijn. Dit is nogal een straffe stelling, nu er sprake is van een overschrijding van de overeengekomen datum met bijna een jaar.

12. Aannemster beroept zich op een recht van bouw-tijdverlenging van 50,5 dagen vanwege diverse meerwerkopdrachten. Daarnaast heeft werk drie maanden stilgelegen door problemen met de boorpalen. Met deze twee oorzaken samen komt aannemster tot een uiterste opleverdatum van 1 november 2019. Op die dag was het werk evenwel ook niet gereed en evenmin aangeboden voor oplevering. Pas op 19 december 2019 heeft er, aldus aannemster, een vooroplevering van het werk plaatsgevonden. De bouw was toen, volgens aannemster, in de laatste fase beland. De partiële ontbinding is volgens aannemster dan ook niet gerechtvaardigd.

13. Arbiters komen aan beoordeling van deze stelling van aannemster echter niet toe. Er is namelijk geen reden voor bouw-tijdverlenging. De door aannemster naar voren gebrachte wijzigingen in het werk zijn reeds bij het aangaan van de koop-/aannemingsovereenkomst overeengekomen. Desondanks hebben partijen toen uitdrukkelijk een uiterste opleverdatum van 1 maart 2019 in het contract opgenomen. Als aannemster inderdaad door dit meerwerk meer bouw-tijd nodig had, dan had zij dat op het moment van sluiten van de overeenkomst reeds moeten melden en een latere opleveringsdatum dienen overeen te komen met opdrachtgevers.

14. De geschetste problemen met de boorpalen ogen enigszins bevreemdend. Aannemster stelt namelijk dat de Omgevingsdienst de boorpalen heeft doorgemeten en dit tot drie maanden vertraging heeft geleid. Opdrachtgevers hebben zulks evenwel nagevraagd bij de Om-

gevingsdienst en deze dienst heeft schriftelijk verklaard niet bekend te zijn met enige keuring van de palen. Aannemster heeft hier geen verdere opheldering over verschaft. Verder stelt aannemster dat zij op 28 mei 2018 bij brief aan opdrachtgevers deze problematiek heeft gemeld aan opdrachtgevers. Deze stelling is ongeloofwaardig. Opdrachtgevers hebben namelijk aan aannemster het betreffende adres pas in januari 2019 bekend gemaakt, dit is ongeveer acht maanden later dan de betreffende brief verzonden zou zijn. De onderbouwing van aannemster op dit onderdeel faalt derhalve en arbiters komen er niet aan toe om in te gaan op eventuele problemen met de boorpalen wel recht geven op bouw-tijdverlenging.

15. In beginsel geeft een dergelijke problematiek geen recht op bouw-tijdverlenging. Dergelijke problemen liggen in de risicosfeer van aannemster. Dit kan anders zijn als er omstandigheden zijn waarmee de betreffende aannemer in redelijkheid geen rekening hoeft te houden en de gevolgen ook van dien aard zijn dat een onverkort vasthouden aan de overeengekomen bouwtermijn, of vaste opleverdatum, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet verwacht mag worden. Gezien de strenge maatstaf betreft dit echter een uitzondering.

16. Arbiters concluderen tot een terechte ontbinding door opdrachtgevers. Aansluitend moet er financieel afgerekend worden. Opdrachtgevers hebben recht op vergoeding van de extra kosten voor het in eigen beheer laten voltooien van het werk. Daarnaast hebben ze recht op schadevergoeding vanwege de overschrijding van de bouw-tijd.

Financiële afrekening; extra kosten

17. Opdrachtgevers hebben recht op vergoeding van de extra kosten die zij moeten maken om het werk af te maken. Uitgaande van die situatie, waarin aannemster volledig de kosten draagt van het afmaken van de woning, verkrijgen opdrachtgevers een woning die aan de overeenkomst voldoet. Opdrachtgevers zijn met die voltooiing van de woning dan ook de volledige aanneemsom verschuldigd aan aannemster. Dit wordt hierna toegelicht.

18. Op het moment van de ontbinding hadden opdrachtgevers een deel van de laatste termijnen en de termijn van meerwerk nog niet voldaan. Deze moeten ze alsnog voldoen. Indien opdrachtgevers deze termijnen niet zouden hoeven te betalen aan aannemster, terwijl aannemster wel alle kosten van het afmaken van de woning aan opdrachtgevers moet vergoeden, dan komen opdrachtgevers in een betere positie te verkeren dan dat zij waren als aannemster vlekkeloos en tijdig de overeenkomst was nagekomen. In de berekening van het bedrag dat aan opdrachtgevers toekomt, moet hier dan ook voor gecorrigeerd worden. Opdrachtgevers hadden dit evenwel miskend, zodat arbiters deze correctie zelf toepassen.

19. Opdrachtgevers hebben door de Raad van Arbitrage een spoedplaatsopneming laten doen aan de hand van een lijst van 207 punten. Aannemster heeft in de on-

derhavige arbitrale procedure al deze punten besproken. Bij het grootste deel van de punten uit de lijst heeft aanneemster als verweer opgenomen dat deze nog niet gereed waren, omdat de woning nog niet opgeleverd was. Dit verweer van aanneemster brengt arbiters tot de conclusie dat deze punten terecht gevorderd worden door opdrachtgevers. De werkzaamheden waren immers nog niet gereed en moesten nog afgemaakt worden. De kosten van het afmaken kunnen opdrachtgevers bij aanneemster in rekening brengen, waartoe arbiters beslissen. De andere punten bespreken arbiters inhoudelijk en dit leidt op een paar punten tot een beperkte correctie. Op het door opdrachtgevers gevorderde bedrag van € 93.550,36 wordt € 2.409,11 in mindering gebracht, zodat toegewezen wordt € 91.141,25. Op dit bedrag brengen arbiters uiteraard nog de niet betaalde termijnen in mindering. Dat betreft € 77.647,16, zodat voor de extra kosten aan opdrachtgevers toekomt € 13.494,09.

Financiële afrekening; korting wegens te late oplevering

20. Voor de overschrijding van de bouwtijd, de te late oplevering, is door partijen een boete van € 50,00 per dag overeengekomen. Verder is contractueel bepaald dat opdrachtgevers recht hebben op vergoeding van de daadwerkelijk door hen geleden schade, voor zover die de € 50,00 per dag overschrijdt. De werkelijke schade overschrijdt deze € 50,00 per dag echter niet. Opdrachtgevers lijden namelijk € 16.709,92 of € 16.756,08 aan schade, terwijl het bedrag voor boete wegens te late oplevering tot een bedrag van € 18.050,00 optelt. Dit betreft de periode 1 maart 2019 tot en met 25 februari 2020. Arbiters zien geen reden om dit bedrag te matigen, ondanks dat aanneemster daar wel een beroep op doet. Arbiters vinden dat de billijkheid dit niet klaarblijkelijk eist. De toepassing van het boetebeding leidt niet tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat.

Datum verzuim

21. Een aspect dat bespreking verdient in deze noot is de overweging van het scheidsgerecht in rechts-overweging 17. Arbiters komen tot de conclusie dat 1 maart 2019 een fatale termijn is. Nu die datum niet is gehaald, is aanneemster van rechtswege in verzuim. Alleen op die grond hadden opdrachtgevers de bevoegdheid om de overeenkomst te ontbinden, aldus arbiters.

22. In de bouw is het niet ongebruikelijk dat er te laat wordt opgeleverd. Veelal is er ook een bedrag aan korting of boete overeengekomen voor iedere dag dat te laat opgeleverd wordt. Uit deze veelgebruikte bepaling zou men de conclusie kunnen trekken dat op zichzelf te laat opleveren niet een tekortkoming is die direct tot (gedeeltelijke) ontbinding aanleiding kan geven. Een geringe overschrijding van de overeengekomen opleveringsdatum zal daarbij veelal een tekortkoming zijn van een dermate geringe betekenis

dat deze tekortkoming de (partiële) ontbinding van de overeenkomst met haar gevolgen niet rechtvaardigt.¹¹

23. Het is inderdaad zo dat aanneemster in verzuim¹² is door het te late opleveren. Het is een tekortkoming die niet meer hersteld kan worden. Maar dat alleen al op de grond van het overschrijden van de opleveringsdatum van 1 maart 2019 opdrachtgevers de bevoegdheid hadden om de overeenkomst (gedeeltelijk) te ontbinden kan mogelijk als te kort door de bocht beoordeeld worden.

24. In onderhavige casus, met een overschrijding in de orde van een jaar waarbij de oorspronkelijke bouwperiode zelf iets minder was dan een jaar¹³, is de tekortkoming van aanneemster niet dermate gering dat aan opdrachtgevers niet de bevoegdheid tot (partiële) ontbinding toe zou komen. Bovendien kan gewezen worden op het feit dat de woning van opdrachtgevers ook na het verstrijken van de opleveringsdatum niet werd afgebouwd en dat aanneemster niet meer van zich liet horen.¹⁴ Arbiters hebben dat in rechtsoverweging 17 noch in rechtsoverweging 18 expliciet in aanmerking genomen terwijl die omstandigheden aan het besluit van opdrachtgevers, om de overeenkomst buitengerechtelijk te ontbinden, lijken te hebben bijgedragen. Aan opdrachtgevers is terecht vergoeding van de extra kosten van het afbouwen van de woning in eigen beheer toegewezen.

Afsluiting

25. Aangezien opdrachtgevers her en der te veel hebben gevorderd alsmede de onbetaald gelaten laatste termijnen niet in mindering hebben gebracht, worden zij voor 25% in het ongelijk gesteld door arbiters. Een deel van de forse proceskosten moeten ze daarom zelf betalen. De grootste rekening komt echter bij aanneemster te liggen die 75% van de kosten van arbitrage draagt alsmede de volledige kosten van de spoedplaatsopneming moet betalen en een bedrag aan tegemoetkoming in de kosten van rechtsbijstand aan opdrachtgevers moet voldoen.

26. Al met al een duidelijke beslissing die het geschil tussen partijen snel en correct tot een einde heeft gebracht.

F.M. van Cassel - van Zeeland

¹¹ De uitzondering zoals geformuleerd in art. 6:265-1 BW.

¹² In gelijke zin Hof Arnhem-Leeuwarden, 20 november 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:10102.

¹³ Uit het vonnis volgt niet wanneer aanneemster gestart is met de werkzaamheden, zodat niet berekend kan worden hoeveel tijd aanneemster heeft gehad tot 1 maart 2019. Wel is in het vonnis vermeld dat de overeengekomen bouwtijd 160 werkbare werkdagen is. Er zitten globaal 180 à 200 werkbare werkdagen in een jaar. Het betreft aldus een overeengekomen bouwtijd van 10 à 11 maanden.

¹⁴ In de feiten, rechtsoverweging 5, is vermeld dat opdrachtgevers aan aanneemster verzoeken om te reageren op hun brieven van 1 maart 2019 en 9 maart 2019. Hieruit volgt de conclusie dat aanneemster niet gereageerd had op die brieven. Ten aanzien van de brieven van opdrachtgevers van 19 augustus 2019, 25 november 2019, 16 december 2019 en 8 januari 2020 is niet bij de feiten opgenomen in hoeverre er een reactie van aanneemster is geweest. Gelet op de context lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat aanneemster niet heeft gereageerd.