

Publicatie

Auteur: S.M. van de Pest & J.C. Borman
Verschenen in: Bouwrecht (BR) december, afl. 12, Br 2020/98, p. 637-645
Datum: 1 december 2020
Titel: Noot bij Raad van Arbitrage van de Bouw 6 augustus 2020, nr. 36.954. Aannemingsovereenkomst. Andersluidende betalingsafspraken overeengekomen? Tekortkoming aanneemster door ten onrechte stilleggen werk.

Nr. 36.954

Raad van Arbitrage voor de Bouw,
6 augustus 2020

(mr. A.S. Gratama, L.Th. Verriet en ing.
P.J.H.H.M. Vos)

Met noot S.M. van de Pest & J.C. Borman

(Art. 7:756 lid 1 BW)

Aannemingsovereenkomst. Andersluidende betalingsafspraken overeengekomen? Tekortkoming aanneemster door ten onrechte stilleggen werk.

Arbitraal spoedgeschil tussen professionele opdrachtgeefster en professionele aanneemster over vooruitbetaling van termijnen en stillegging van het werk door aanneemster. Aanneemster voert het werk uit in regie op basis van een door opdrachtgeefster te accorderen open begroting. Voor de uitvoering van de tweede fase van het werk verlangt aanneemster, in afwijking van de betalingscondities in de aannemingsovereenkomst, vooruitbetaling van termijnen van opdrachtgeefster. Ook verlangt zij - aanvullend - een bankgarantie van opdrachtgeefster ter zekerheid van betaling van de tweede fase. Opdrachtgeefster keurt de open begroting goed en komt aanneemster, onder protest, tegemoet voor wat betreft vooruitbetaling van facturen, om te beginnen die voor het te bestellen staal. Aanneemster leidt hieruit af dat een andersluidende betalingsafpraak, inhoudende vooruitbetaling van een verzamelfactuur voor de gehele tweede fase van het werk, is overeengekomen. Zij legt het werk stil, totdat opdrachtgeefster de verzamelfactuur (EUR 693.391,11) heeft betaald en een aanvullende bankgarantie is

verstrekt. Arbiters oordelen dat uit de onverplichte tegemoetkoming aan vooruitbetaling van het staal door opdrachtgeefster een dergelijke betalingsafpraak niet volgt. Aanneemster verlangt ten onrechte betaling van de verzamelfactuur en heeft daarom ten onrechte het werk stilgelegd. De door opdrachtgeefster gevraagde ontbinding van de aannemingsovereenkomst wordt toegewezen.

Het scheidsgerecht

1. Ondergetekenden, MR. A.S. GRATAMA, lid-jurist van het College van Arbiters van de Raad van Arbitrage voor de Bouw, L.Th. VERRIET en ING. P.J.H.H.M. VOS, beiden lid-deskundige van dit College, zijn overeenkomstig de statuten van de Raad benoemd tot scheidslieden in dit geschil. Arbiters hebben hun benoeming aanvaard. De voorzitter heeft verlof verleend tot behandeling als spoedgeschil. Bij brief van 8 mei 2020 is van één en ander mededeling gedaan aan partijen. Aan het scheidsgerecht is toegevoegd mr. M.T.Y. Kokee, secretaris.

(...)

De gronden van de beslissing

de feiten

2. Tussen partijen staat het volgende vast:

a) Op 2 oktober 2017 hebben partijen een aannemingsovereenkomst gesloten voor de (casco) herbouw van het bedrijfspand van opdrachtgeefster, dat in 2013 was afgebrand, uitvoering in regie op basis van een door

opdrachtgeefster te accorderen definitieve begroting.

b) Op de overeenkomst zijn de Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken en van technische installatiewerken 2012 (UAV 2012) van toepassing.

c) Het werk bestaat uit fase A (funderingswerkzaamheden) en fase B (restant van de nieuwbouw). Fase A is in 2018 uitgevoerd en afgerekend.

d) In fase A zijn problemen ontstaan met de (uitvoering van de) funderingspalen die deels vervangen moesten worden. Opdrachtgeefster meent dat zij te veel heeft betaald voor fase A. Zij heeft daarom een deel van de facturen voor fase A onder protest betaald en behoudt zich het recht voor ter zake een vordering in te stellen tegen aanneemster.

e) Tot maart 2019 hebben partijen gesproken over de wijze waarop het werk zou worden voortgezet, waarbij door aanneemster ook het voorstel is gedaan de overeenkomst te beëindigen. Hierover werd geen overeenstemming bereikt. Verder heeft aanneemster een schikkingsvoorstel gedaan met betrekking tot fase A. Dit voorstel is door opdrachtgeefster niet geaccepteerd.

f) In een e-mail van 28 maart 2019 (productie 2) laat opdrachtgeefster het volgende aan aanneemster weten:

“(…). De financiële implicaties van jouw voorstel zijn nog niet te overzien en ik kan me niet permitteren te wachten tot ik hierover meer duidelijkheid heb. Dat betekent dat ik jouw voorstel dan ook moet afwijzen.

Ik moet namelijk met de bouw verder. En dat betekent dat er met spoed staal besteld moet worden. In verband met het bestellen van dat staal heb jij duidelijk aangegeven dat dit zal afhangen van de vraag of er een regeling getroffen gaat worden. Nu die regeling er niet gaat komen, betekent dit dat onze overeenkomst nog steeds staat en dat de werkzaamheden verder uitgevoerd kunnen gaan worden.

Ik verzoek je dan ook vriendelijk zo spoedig mogelijk het staal te bestellen. (...)”

g) In een e-mail van 5 april 2019 (productie 2) deelt aanneemster opdrachtgeefster het volgende mee:

“Hoewel je buitengewoon traag acteert in de onderhandelingen ter beëindiging van de aannemingsovereenkomst, dring je bij mij aan om het staal in te kopen. Daarover het volgende.

(...)

Na ontvangst van de aangepaste en definitieve tekeningen van C. zullen wij, gezien het inmiddels verstreken tijdsverloop, nogmaals prijsopgave bij diverse staalfirma's aanvragen, een en ander zoals afgesproken in onze overeenkomst.

(...)

Gezien de betalingshistorie, verlang ik vooruitbetaling van de opdrachtsom voor het staal alvorens deze definitief te bestellen.”

h) Bij e-mail van 23 april 2019 (productie 3) gaat opdrachtgeefster onder protest akkoord met deze voorwaarde. Zij schrijft:

“In de overeenkomst is opgenomen wanneer er wat betaald moet worden. Jij maakt misbruik van de situatie door daar nu allerlei andere condities aan te gaan verbinden. (...) Je weet dat er grote belangen meespelen bij het snel gereed komen van de bouw. Ik sta met mijn rug tegen de muur, want ik ben voor de voortgang afhankelijk van jou. De manier waarop jij dat nu misbruikt kan ik niet waarderen. Ik ben echter genoodzaakt mijn schade proberen te beperken en zal, het zij onder uitdrukkelijk protest instemmen met jouw voorwaarde om de bestelling van het staal vooraf te betalen. Ik zie graag omgaand de offertes van de bestelling van het staal en tevens alle overige offertes om fase B te kunnen realiseren tegemoet, zodat ik een en ander kan controleren en indien acceptabel, opnieuw opdracht kan verstrekken.”

i) Hierop laat aanneemster bij e-mail van 24 april 2019 (productie 4) het volgende weten:

“Ik bedoel dat voortaan alle termijnen vooraf betaald moeten worden, niet alleen het

leveren en monteren van het staal, graag een schriftelijke bevestiging hiervan. (...)”.

j) Waarop opdrachtgeefster bij e-mail van 29 april 2019 (productie 5) antwoordt:

“Voordat ik weer allerlei toezeggingen ga doen, die ik op basis van onze overeenkomst helemaal niet hoeft te doen, wordt het eerst eens tijd dat er offertes worden opgevraagd. Naar aanleiding daarvan kunnen we dan praten over eventueel aangepaste betalingsvoorwaarden en over een eventueel beëindigingsvoorstel. Ik weet dat jij graag van mij af wilt, maar de financiële implicaties daarvan zijn voor mij nog steeds niet volledig te overzien. Zolang ik daar geen zekerheid over heb, houd ik vast aan onze overeenkomst. Voel je desalniettemin vrij om met een aangepast voorstel te komen. (...)”.

k) Hierna stuurt aannemster een offerte voor het staal, waarop opdrachtgeefster bij e-mail van 28 mei 2019 (productie 6) het volgende laat weten:

“Fijn dat je de offerte voor het staal eindelijk hebt aangevraagd. Ik vraag me wel af waarom die offerte niet al eerder aangevraagd had kunnen worden. (...)”.

Ook de andere offertes om tot uitvoering van fase B over te kunnen gaan, had je al lang aan kunnen vragen. (...) Jij zult hier vast en zeker op reageren met de mededeling dat jij de rest van de offertes pas gaat aanvragen als ik heb toegezegd vooraf te zullen betalen, maar daar ben ik het niet mee eens. Uit de overeenkomst volgt helemaal niet dat ik gehouden ben vooraf te betalen. Dat is een extra voorwaarde die jij volkomen ten onrechte meent te kunnen stellen. Hoewel ik het hier dus volstrekt niet mee eens ben, heb ik geen zin om hierover met jou een discussie te moeten voeren. Dat leidt af en dat vertraagt. Daar ben ik niet bij gebaat. Ik ben dus - zij het onder protest - akkoord met de voorwaarde om vooraf tot betaling over te gaan.

Ik verzoek je dan ook om deze week nog alle offertes aan te vragen en mij de offertes, zodra jij ze ontvangen hebt, te doen toekomen. Dan kan ik ze bestuderen en kunnen we daarna overleggen over het eventuele vervolg.”.

l) Op 19 augustus 2019 heeft aannemster haar open begroting aan opdrachtgeefster voorgelegd.

m) Bij e-mail van 10 september 2019 (productie 8) heeft opdrachtgeefster zich akkoord verklaard met de prijsaanbiedingen voor de staalconstructie, prefab beton, gevelbekleding en dakplaten en betonvloeren. Zij besluit deze e-mail met:

“Om misverstanden te voorkomen wijs ik je er nog wel op dat de discussie ten aanzien van fase A nog steeds geparkeerd is en dat ik mij in dat kader alle rechten voorbehoud. (...) Aangezien onze verstandhouding de laatste maanden is verbeterd en fase B topprioriteit heeft, wil ik deze discussie pas voeren nadat de volledige overeenkomst is uitgevoerd (en fase B is afgerond). Dat neemt niet weg dat ik het wel gepast vind jou hier volledigheidshalve nogmaals op te wijzen.”.

n) In reactie hierop laat aannemster in een e-mail van 16 september 2019 (productie 9) het volgende weten:

“In jouw e-mail geef je aan dat fase A voor jou (nog steeds) niet (financieel) afgerond is en behoudt jij je ter zake alle rechten voor. Dit is en blijft opmerkelijk, omdat ik je alle tijd en gelegenheid hebt gehad tot eventueel nader onderzoek. Ik heb hier dan ook geen goed gevoel bij. Dit, maar zeker ook jouw betalingsgedrag uit fase 1 maakt dat ik, zoals eerder uitdrukkelijk aangegeven, uitsluitend middels voorfinanciering het werk continueer. Alternatief is een ‘on demand’ bankgarantie ter hoogte van de aaneemsom conform onze begroting 19027c02 d.d. 03.09.2019 van € 1.165.768,00 excl. BTW, zijnde € 1.410.579,28 incl. BTW, die geldig is tot twee weken na oplevering of ingebruikneming. Ik verneem graag jouw voorkeur.”

o) Hierop reageert opdrachtgeefster bij e-mail van 17 september 2019 (productie 10) als volgt:

“Wij hebben een contract. Jij hebt het recht mij daaraan te houden en ik heb het recht jou daaraan te houden.

Ten aanzien van fase 1 ben ik, achteraf gezien, gewoon te aardig geweest. Doordat ik het

vriendelijk heb proberen op te lossen en jouw advocaat er met een gestrekt been in is gegaan, moest ik betalen en heb ik betaald. Je hebt altijd geweten dat ik eenvoudig kon betalen maar graag eerst fase 1 volledig wilde afwikkelen. Dat is dus nog niet gebeurd en ten aanzien daarvan behoud ik mij - terecht - alle rechten voor. Ik moet echter door met bouwen en ondertussen zijn we weer een jaar verder. Ten aanzien van fase 2 heb je niet het recht om vooruitbetaling te eisen want dat ben je niet contractueel overeengekomen. Desalniettemin heb ik daarmee ingestemd. Ik begrijp dan ook niet waarom het allemaal zo lang moet duren (...). Hoe dan ook, ik heb geen zin in nog meer vertraging. Ik zit dringend te wachten op het staal en ga dus nogmaals akkoord dat je de factuur daarvan vooruit laat betalen. Stuur me dan ook die factuur en bestel dat staal! (...)"

p) Op 19 september 2019 heeft aanneemster factuur nr. 101103 ten bedrage van € 693.391,11 aan opdrachtgeefster gezonden (productie 12). Deze factuur ziet op vooruitbetaling van de staalconstructie (€ 221.250,00 exclusief btw), prefab beton (€ 21.593,00 exclusief btw), betonvloer (€ 64.727,00 exclusief btw) en dak- en gevelbeplating (€ 213.385,00 exclusief btw) overeenkomstig de door opdrachtgeefster geaccordeerde offertes, vermeerderd met opslagen aanneemsom van 10%.

q) In de begeleidende e-mail (productie 11) vraagt aanneemster om vooruitbetaling van het bedrag van € 693.391,11 en om een 'on demand' bankgarantie van € 717.188,78. Dit bedrag bestaat uit het verschil tussen het totaalbedrag van de begroting van aanneemster voor fase B en het bedrag van factuur 101103 exclusief btw + 21% btw. Verder schrijft aanneemster in deze e-mail onder meer:

"Het is juist dat wij contractueel geen vooruitbetaling zijn overeengekomen. Op grond van de toepasselijke UAV kan ik in de gegeven omstandigheden echter vervangende zekerheid vragen en dat is exact wat ik van je heb gevraagd: een bankgarantie zoals in mijn vorige mail beschreven. Als alternatief heb ik je vooruitbetaling aangeboden, waartoe jij je bereid hebt verklaard en (ook) in je onderstaande e-mail hebt bevestigd."

r) Bij e-mail van 19 september 2019 (productie 13) maakt opdrachtgeefster hier bezwaar tegen:

"Wat jij vraagt is dubbelop. Je weet heel goed dat ik de bouw financier via mijn verzekering en dat de verzekering uitkeert zodra ik jouw facturen bij de verzekering indien. Vanuit die optiek ben ik - met tegenzin en enkel en alleen ter voorkoming van verdere vertraging - reeds meermalen akkoord gegaan met jouw verzoek om vooraf te betalen. Dat betekent wel dat ik dus ook vooraf de nota's dien te ontvangen, zodat ik die kan indienen bij de verzekering en de verzekering kan uitkeren. Anders ontstaat er een nodeloze aanslag op mijn liquiditeit. Nu vraag je, behalve vooruitbetaling, ook nog een bankgarantie. Daar bestaat geen enkele gegronde reden toe. Met mijn toezegging vooruit te zullen betalen, ontvang jij meer dan voldoende genoegzame zekerheid.

Met het oog op het voorgaande: binnen drie dagen na betaling van de factuur ga jij over tot bestelling van het staal. Zodra er verdere werkzaamheden verricht moeten worden en/of er nieuwe bestellingen moeten worden geplaatst, stuur jij mij opnieuw een factuur die ik vooruit zal betalen. Desnoods laat ik C. dat in een overzichtje zetten. Weet iedereen waar die aan toe is.

Indien en voor zover jij nu niet omgaand een voorschotfactuur voor het staal stuurt en niet binnen drie dagen nadat de voorschotfactuur voor het staal is betaald overgaat tot het bestellen van het staal, ontkom ik er niet aan rechtsmaatregelen te nemen en in dat kader behoud ik mij alle rechten voor.

(...) Ik heb de overige offertes ontvangen en ken de levertijden. Als jij 10 dagen daarvoor de nota stuurt, heb ik een week de tijd om te betalen en jij een meerdere dagen om te bestellen. Werkzaamheden factureer je me maar per week vooruit. Zo krijg jij je "zekerheid" en hoef ik niet nodeloos zwaar in te teren op mijn liquiditeit."

s) Bij e-mail van 20 september 2019 (productie 14) antwoordt aanneemster:

"In jouw e-mail geef je nu duidelijk aan dat je bereid bent de te verrichten werkzaamheden vooruit te betalen. Dat vormt een basis voor verdere samenwerking.

Ik begrijp dat een hoge bankgarantie een aanslag op je liquiditeit vormt. Daarmee wil ik je niet onnodig belasten. Ik ben derhalve bereid genoeg te nemen met een bankgarantie als hieronder beschreven ten bedrage van € 200.000,=.

Na ontvangst van de vooruitbetaling en de bankgarantie wordt het inkoop- en werkvoorbereidingsproces in werking gezet. (...)"

t) Bij e-mail van 3 oktober 2019 (productie 15) laat opdrachtgeefster weten dat zij haar advocaat heeft ingeschakeld, omdat zij vindt dat aanneemster onredelijke voorwaarden stelt die in strijd zijn met de overeenkomst en de UAV, nodeloos de bouw vertragen en haar liquiditeit onder druk zetten, en die slechts ten doel hebben haar ertoe te bewegen de samenwerking te beëindigen. In deze brief wordt aanneemster verder gesommeerd om binnen drie dagen opvolging te geven aan het verzoek in de e-mail van 19 september 2019 de voorschotnota voor het staal te sturen.

u) In een e-mail van 7 oktober 2019 (productie 16) schrijft aanneemster:

"We voerden zojuist telefonisch overleg. We hebben, in afwijking en aanvulling, op de tussen ons gesloten aannemingsovereenkomst een aantal werkafspraken gemaakt. Ik ga de projectplanning opstellen met hierin verwerkt de termijnbetalingen, welke per bank op deze data voor mij zichtbaar moeten zijn. De termijnfacturen zul je tijdig ontvangen. Daarop zal een concrete vervaldatum worden vermeld.

Indien betalingen niet tijdig zichtbaar zijn, heeft B. het recht de werkzaamheden per direct te schorsen.

Indien deze project- en betalingsplanning door beide partijen is ondertekend, en factuur nummer 101103 bij ons binnen is, zal ik per direct het inkoop- en werkvoorbereidingstraject opstarten. (...)"

v) Bij e-mail van 16 oktober 2019 heeft aanneemster haar planning naar opdrachtgeefster gestuurd, onder vermelding van:

"Graag ontvang ik uiterlijk 21 oktober 2019 deze planning voor akkoord getekend retour, en betaling van onze factuur met nummer 101103 d.d. 19.09.2019 zichtbaar op onze bankrekening. Aansluitend starten wij met inkoop en voorbereiding van dit project."

w) In een e-mail van 23 oktober 2019 geeft aanneemster aan dat zij geen reactie op haar e-mails van 7 en 16 oktober 2019 heeft ontvangen en verzoekt zij opdrachtgeefster uiterlijk vrijdag 25 oktober 2019 alsnog te reageren.

x) In een e-mail van 31 oktober 2019 (productie 17) schrijft opdrachtgeefster het volgende:

"In mijn email van 3 oktober 2019 heb ik jou gevraagd om de voorschotfactuur voor het staal separaat op te stellen. Daaraan is geen opvolging gegeven.

De voorschotfactuur waarvan jij betaling verlangt, ziet op meer dan alleen het staal. Die factuur heb ik - hoewel in strijd met onze afspraken - desalniettemin voorgelegd aan verzekeraar, maar zij weigeren tot betaling daarvan over te gaan. De verzekeraar eist namelijk separate nota's per onderaannemer / per bestelling. Dus bij dezen nogmaals het verzoek de factuur op te splitsen in afzonderlijke nota's, opdat ik - via de verzekeraar - tot betaling kan overgaan en het staal besteld kan worden."

y) Bij e-mail van 31 oktober 2019 (productie 18) reageert aanneemster als volgt:

"Ik heb je bij e-mails van 7 en 16 oktober jl. heb ik de tussen ons gemaakte afspraken bevestigd. Daaraan geef je eerst geen gevolg en kom je nu weer op terug. Dit werkt zo niet. Aan jouw verzoek kan ik niet voldoen.

In de praktijk werkt het niet om alleen het staal te bestellen, aangezien wij tijdens de montage ook de prefab betonnen elementen nodig hebben, die gelijktijdig ingebracht en moeten worden gemonteerd, direct aansluitend heb ik beplating en kozijnen nodig, anders is de vaart eruit. Dat jouw verzekeraar dit kennelijk niet accepteert, is vervelend, maar komt voor jouw risico. Jij bent immers mijn debiteur en niet jouw verzekeraar, is het een mogelijkheid dat verzekering de verzekeringspenningen aan mij cedeert?

z) Opdrachtgeefster antwoordt op 5 november 2019:

“(…) De verzekering kan niet akkoord gaan met een verzamel factuur. Ik vraag je nogmaals om deelleveringen separaat te factureren. Daar was jij overigens mee akkoord en ondertussen ben jij degene die de afspraak niet nakomt.

Ik zie niet in waarom het zo moeilijk is om een deelfactuur voor iedere separate bestelling toe te sturen op het moment dat er besteld moet worden. Dan betaal ik die deelfacturen en vervolgens bestel jij.

Als ik dus te laat betaal, dan bestel je gewoon niet. Op basis van de planning en overeengekomen offertes kan simpel worden bepaald wanneer welke deelfactuur binnen moet zijn om tijdig betaald en geleverd te krijgen.”

aa) Op 6 november 2019 antwoordt aanneemster:

“We hebben overleg gepleegd over de voortgang van dit werk en daarover (uiteindelijk) afspraken met elkaar gemaakt. Die afspraken heb ik je bevestigd. Daarop reageer je niet en je betaalt niet. Nu kom je weer op zaken terug.

Ik ga hierin niet mee. Ik heb je eerder al uitgelegd waarom jouw betalingsvoorstel voor mij onaanvaardbaar is. Indien jij één of meer facturen niet betaalt - gezien de historie heb ik alle redenen om daarmee rekening te houden - levert mij dat niet alleen reputatieschade op bij de desbetreffende onderaannemer(s), maar ontstaan er voor mij ook direct andere kosten. Immers, het werk wordt in één proces gerealiseerd. Op het moment dat er in dit proces een kink in de kabel komt, ontstaat er direct stagnatieschade (o.a. in de vorm van bouwplaatskosten, onderdekking AK en W&R, maar ook in de vorm van gereserveerde medewerkers die ik op dat moment niet direct elders kan inzetten). Daar komt bij dat jij niet bereid bent om een bankgarantie te stellen, om dit geenszins denkbeeldige risico weg te nemen.

Kortom, ik ben bereid om op basis van de gemaakte (en door mij bevestigde) afspraken verder te gaan. Ik hoor graag of je dit alsnog aanvaardt. Zo niet, dan komt het moment in zicht dat we van elkaar afscheid moeten gaan nemen.”

bb) De gemachtigde van opdrachtgeefster heeft aanneemster bij brief van 13 december 2019 (productie 19) gesommeerd uiterlijk 18 december 2019 schriftelijk te verklaren dat zij zonder aanspraak te maken op een bankgarantie en/of vooruitbetaling en zonder nadere voorwaarden te stellen het werk met gepaste spoed zal hervatten.

cc) Naar aanleiding van deze brief heeft wederom overleg tussen partijen plaatsgevonden, wat echter niet tot overeenstemming heeft geleid.

het geschil in conventie

3. Opdrachtgeefster vordert bij scheidsrechterlijk vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

- te verklaren voor recht dat aanneemster toerekenbaar tekortgeschoten is in de nakoming van de overeenkomst althans jegens opdrachtgeefster een onrechtmatige daad heeft gepleegd door het werk stil te leggen;
- primair, het uitspreken van de ontbinding van de overeenkomst, slechts voor zover dat betreft fase B (partiële ontbinding), of indien dat niet zou kunnen worden toegewezen, te verklaren voor recht dat de tekortkoming genoemde partiële ontbinding rechtvaardigt onder welke voorwaarde opdrachtgeefster de overeenkomst alsdan partieel ontbindt voor wat betreft fase B, dan wel
- subsidiair, voor zover de tekortkoming de ontbinding volgens de Raad niet zou rechtvaardigen, aanneemster te veroordelen tot nakoming te weten de uitvoering van fase B voortvarend ter hand te nemen, zulks uiterlijk binnen vijf werkdagen na vonnis, en, voor zover mogelijk, aanneemster te gebieden zich te onthouden van het stellen, vragen [lees: stellen van vragen] en/of eisen aan opdrachtgeefster strekkende tot vooruitbetaling of zekerheidstelling gedurende fase B, een en ander op straffe van verbeurte van een dwangsom aan opdrachtgeefster van € 5.000,00 per dag of keer dat aanneemster het vonnis niet nakomt, tot een maximum van € 500.000,00;

- in beide gevallen aanneemster te veroordelen tot het betalen van de schade van opdrachtgeefster ten gevolge van het stilleggen van het werk (op te maken bij staat).

4. Aanneemster voert gemotiveerd verweer en concludeert bij arbitraal vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, opdrachtgeefster in haar vorderingen niet-ontvankelijk te verklaren, althans deze af te wijzen, met veroordeling van opdrachtgeefster in de kosten van deze procedure, waaronder begrepen een tegemoetkoming in de kosten van juridische bijstand.

het geschil in reconventie

5. Aanneemster vordert in reconventie, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

1. te verklaren voor recht dat opdrachtgeefster is tekortgeschoten in de nakoming van haar contractuele verplichtingen jegens aanneemster;
2. primair te verklaren voor recht dat het werk is beëindigd in onvoltooide staat en dat afrekening van het werk dient plaats te vinden overeenkomstig het bepaalde in paragraaf 14 lid 10 UAV 2012;

subsidiar

- (a) de overeenkomst partieel, te weten: voor zover deze nog niet is uitgevoerd, te ontbinden;
- (b) opdrachtgeefster te veroordelen tot vergoeding van de door aanneemster geleden schade, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

een en ander met veroordeling van opdrachtgeefster in de kosten van deze procedure, waaronder begrepen een tegemoetkoming in de kosten van juridische bijstand.

6. Opdrachtgeefster voert op haar beurt gemotiveerd verweer tegen de vorderingen in reconventie.

de beoordeling van het geschil in conventie en reconventie

7. Partijen stellen zich over en weer op het standpunt dat de ander in verzuim is. Opdrachtgeefster stelt dat aanneemster (van rechtswege) in verzuim is komen te verkeren op 16 september 2019 doch uiterlijk op 18 december 2019. Aanneemster stelt dat opdrachtgeefster in ieder geval sinds 3 oktober 2019, zijnde de vervaldatum van factuur 101103, in schuldeisersverzuim verkeert, zodat zij gerechtigd is tot schorsing van het werk c.q. opschorting van haar contractuele verplichtingen.

8. Aanneemster stelt zich op het standpunt dat opdrachtgeefster in haar e-mail van 28 mei 2019 (productie 6) heeft ingestemd met vooruitbetaling van alle termijnen. Hierop kan opdrachtgeefster, aldus aanneemster, niet meer terugkomen. Omdat opdrachtgeefster probeerde te tornen aan de gemaakte vooruitbetalingsafspraken, en daarbij in acht nemende dat als opdrachtgeefster in fase B op enig moment wederom haar betalingsverplichtingen niet zou nakomen, dit bij aanneemster direct grote schade zou veroorzaken, verzocht aanneemster aanvullend nog een bankgarantie. Hiertoe was opdrachtgeefster echter niet bereid. Uiteindelijk heeft aanneemster afgezien van een aanvullende bankgarantie. Opdrachtgeefster betaalde echter niet vooruit en kwam derhalve haar verplichtingen niet na.

9. Arbiters stellen voorop dat het contract niet voorziet in vooruitbetaling. In artikel 1 van de overeenkomst zijn de volgende betalingscondities opgenomen: 1e termijn groot € 150.000,00 bij opdrachtverstrekking, 2e termijn groot € 150.000,00 bij gereed fundering, 3e termijn groot € 100.000,00 bij gereed betonwanden en vloer, overige termijnen groot € 100.000,00 naar rato werk conform regietarieven.

10. Desalniettemin heeft opdrachtgeefster (onder protest) ingestemd met vooruitbetaling van het staal toen aanneemster daarom vroeg in haar e-mail van 5 april 2019. Zij heeft bij herhaling gevraagd om een factuur voor het staal zodat zij die (via haar verzekeraar) kon betalen en aanneemster het staal zou kunnen bestellen. Vastgesteld moet worden dat aanneemster hier niet aan heeft meegewerkt. Partijen zijn blijven onderhandelen over nieuwe betalingscondities.

11. Arbiters zijn van oordeel dat, gezien in de context van de verdere correspondentie

tussen partijen, opdrachtgeefster in haar e-mail van 28 mei 2019 nog altijd slechts het oog had op vooruitbetaling van (eerst) het staal. In haar e-mail van 29 april 2019 geeft zij immers aan dat zij nog geen toezeggingen wil doen over andere vooruitbetalingen en eerst offertes wil zien. In de e-mail van 28 mei 2019 verwijst zij naar nader overleg over de overige nog te ontvangen offertes. En in de e-mail van 17 september 2019 gaat zij nogmaals akkoord met vooruitbetaling van de factuur voor het staal.

12. Vervolgens vroeg aanneemster echter betaling vooraf van vier offertes tegelijk (wat op bezwaren van de verzekeraar van opdrachtgeefster stuitte) en daarbij nog een 'on demand' bankgarantie van € 717.188,78 (later verlaagd naar € 200.000,00). Arbiters zijn met opdrachtgeefster van oordeel dat aanneemster daarmee haar hand heeft overspeeld. Aanneemster stelt zich op het standpunt dat zij gerechtigd was zekerheid te vragen vanwege a) het achterhouden van € 291.004,87 in fase A, b) het niet voldoen van factuur nr. 101103 en c) het feit dat opdrachtgeefster een financiële nabrander in het vooruitzicht bleef stellen ter zake van fase A. Hoewel opdrachtgeefster in haar inleidende memorie van eis heeft aangegeven dat fase A in deze procedure buiten beschouwing kan blijven, hebben partijen daarover in de loop van het geding de nodige informatie gegeven, waaruit blijkt dat er problemen zijn geweest met de fundering en partijen elkaar daarvoor verantwoordelijk houden. Vast staat dat opdrachtgeefster uiteindelijk alles heeft betaald wat aanneemster haar in rekening heeft gebracht voor fase A, ook de extra kosten die zij meent niet verschuldigd te zijn. Verder heeft opdrachtgeefster zich bereid verklaard tot vooruitbetaling van facturen voor fase B, waarmee zij aanneemster tegemoet is gekomen en heeft laten zien dat zij bereid is tot betaling. Dat opdrachtgeefster zich het recht voorbehoudt om met betrekking tot fase A nog geld terug te vorderen van aanneemster is haar goed recht. Alles bijeengenomen was er onvoldoende grond om van opdrachtgeefster zekerheid te verlangen.

13. Opdrachtgeefster heeft zich in haar e-mail van 19 september 2019 weliswaar akkoord verklaard met vooruitbetaling van alle facturen, maar niet met vooruitbetaling van de verzamelfactuur. Geconstateerd moet worden

dat zij zich tegen die verzamelfactuur is blijven verzetten.

14. Aanneemster stelt onder punt 5.9 MvA/MvE dat zij de aanvullend verlangde bankgarantie heeft losgelaten tegenover strikte afspraken over vooruitbetaling van termijnen. Die afspraken zijn echter niet komen vast te staan. Aanneemster verwijst ter zake naar haar e-mails aan opdrachtgeefster van 7, 16 en 23 oktober 2019 (productie 16 MvE). Uit die e-mails blijkt echter niet wat die afspraken precies inhielden en er blijkt ook niet uit dat opdrachtgeefster akkoord is. Uit de e-mail van 16 oktober 2019 blijkt wel dat aanneemster onverkort aanspraak maakte op vooruitbetaling van factuur nr. 101103 (de verzamelfactuur). Arbiters achten het niet aannemelijk dat opdrachtgeefster daarmee akkoord is gegaan. Dat het staal, prefab beton, de vloeren en de dak- en gevelbeplating tegelijk moesten worden besteld achten arbiters overigens ook niet aannemelijk. Naar hun oordeel verzette niets zich ertegen om afzonderlijke facturen te verzenden, waar volgens opdrachtgeefster niet veel tijd tussen hoefde te zitten. Het ging haar erom dat de verzekeraar afzonderlijke facturen wenste per onderaannemer of bestelling en per afzonderlijke factuur tot uitbetaling zou overgaan, wat zonder bijkomende feiten en omstandigheden - die niet zijn gesteld of gebleken - niet als een onredelijke of niet-reële eis kan worden gezien. Arbiters volgen aanneemster niet in haar stelling dat het niet accepteren van een verzamelfactuur door de verzekeraar in de risicosfeer van opdrachtgeefster zou liggen, nu vooruitbetaling van facturen immers niet is overeengekomen en een onverplichte tegemoetkoming van opdrachtgeefster betreft. Dat zij daarbij de uitkeringsvoorwaarden van haar verzekeraar heeft laten meewegen is niet meer dan logisch.

15. De conclusie moet dan ook zijn dat partijen uiteindelijk geen algehele overeenstemming hebben bereikt over een andere betalingsregeling dan opgenomen in de overeenkomst. Opdrachtgeefster was niet gehouden factuur nr. 101103 van 19 september 2019 te voldoen en zij is dus niet in verzuim geraakt. Aanneemster is in verzuim geraakt door na een daartoe strekkende sommatie haar werkzaamheden in december 2019 niet voort te zetten.

de vorderingen van opdrachtgeefster

16. Ten aanzien van de gevraagde verklaring voor recht overwegen arbiters dat er geen zelfstandige onrechtmatige daad is gesteld of gebleken, waardoor andere schade zou zijn geleden dan schade uit hoofde van het niet nakomen van de tussen partijen gesloten overeenkomst. De vordering, voor zover strekkende tot een verklaring voor recht dat aanneemster jegens opdrachtgeefster een onrechtmatige daad heeft gepleegd, wordt daarom afgewezen. Voor het overige is de vordering toewijsbaar.

17. De primaire vordering tot ontbinding en de vordering tot schadevergoeding op te maken bij staat zijn eveneens toewijsbaar.

de vorderingen van aanneemster

18. Het voorgaande brengt met zich mee dat de vorderingen van aanneemster moeten worden afgewezen.

de proceskosten en overige vorderingen

19. Gelet op de uitkomst van dit geschil zullen arbiters aanneemster met de proceskosten belasten.

20. 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 € 19.755,60 bedragen (waarvan € 3.406,10 aan btw) en zijn tot een beloop van € 9.755,60 met de door opdrachtgeefster gedane storting verrekend en tot een beloop van € 10.000,00 met de door aanneemster gedane storting.

21. Arbiters bepalen de door aanneemster te betalen tegemoetkoming in de kosten van rechtsbijstand van opdrachtgeefster met inachtneming van de Leidraad vergoeding kosten van processuele bijstand op € 12.000,00 (twee memories (2 punten) + mondelinge behandeling (2 punten) = 4 punten x € 3.000,00 (tarief VII) = € 12.000,00.

22. Ter verrekening van de proceskosten moet aanneemster dus aan opdrachtgeefster € 9.755,60 + € 12.000,00 = € 21.755,60 betalen.

23. Arbiters zullen de veroordelingen, zoals gevorderd, uitvoerbaar bij voorraad verklaren.

24. Wat meer of anders is gevorderd, zal worden afgewezen.

Noot

Inleiding

1. Bij vluchtige lezing van het vonnis lijkt de zaak redelijk recht toe recht aan. Aanneemster doet, naar achteraf blijkt, ten onrechte een beroep op opschorting en legt het werk stil, zonder dat daarvoor een grondslag kan worden gevonden in hetgeen partijen zijn overeengekomen. Aanneemster schiet daardoor tekort, hetgeen tot de gevraagde ontbinding van de aannemingsovereenkomst door arbiters leidt. Ondanks het voor de hand liggende eindoordeel van arbiters, biedt het vonnis de gelegenheid tot het bespreken van een aantal lessen voor de contracterende (bouw)praktijk.

2. De volgende feiten zijn van belang. Aanneemster verlangt, in afwijking van de aannemingsovereenkomst, vooruitbetaling ten behoeve van de tweede fase van het werk. Het gaat in eerste instantie slechts om de vooruitbetaling van het te bestellen staal, maar na goedkeuring van de open begroting door opdrachtgeefster verlangt aanneemster vooruitbetaling van alle bestellingen in de tweede fase. Daarnaast vraagt aanneemster, zodra discussie ontstaat over vooruitbetaling van de gehele tweede fase, van opdrachtgeefster een aanvullende bankgarantie tot het gehele belang van de tweede fase. Dit alles is ingegeven door discussie tussen partijen over de uitvoering van de werkzaamheden in de eerste fase van het werk. Met de gevraagde vooruitbetaling stemt opdrachtgeefster, onder protest, in. Opdrachtgeefster wil verdere vertraging in de uitvoering van het werk voorkomen en geeft aan dat zij - met de rug tegen de muur - bereid is om de facturen vooruit te betalen op het moment dat bestellingen van onderdelen aan de orde is. Aan de - aanvullende - bankgarantie wil opdrachtgeefster niet voldoen. Omdat opdrachtgeefster blijft weigeren de werkzaamheden integraal vooruit te betalen, worden de werkzaamheden door aanneemster stilgelegd.

3. De vordering van opdrachtgeefster, strekkende tot (partiële) ontbinding van de aannemingsovereenkomst ten gevolge van de stillegging wordt toegewezen. Arbiters veroordelen aanneemster tot vergoeding van

de als gevolg daarvan door opdrachtgeefster geleden schade, nader op te maken bij staat. Welke lering kan hieruit getrokken worden?

Terughoudendheid bij gevolgtrekking uit een onverplichte tegemoetkoming

4. Ten eerste dat terughoudendheid is gepast bij het trekken van conclusies uit wat arbiters noemen: ‘onverplichte tegemoetkomingen’. Dit zijn tegemoetkomingen die door de schuldenaar onverplicht, in afwijking van de overeenkomst, worden gedaan. Arbiters kwalificeren de verklaring van opdrachtgeefster dat zij bereid is facturen vooruit te betalen als zo een onverplichte tegemoetkoming, omdat vooruitbetaling niet uit het overeengekomen betalings-schema van de aannemingsovereenkomst volgt.

5. Opdrachtgeefster is, buiten haar betalingsverplichting uit hoofde van de aannemingsovereenkomst om, aanneemster tegemoetgekomen met vooruitbetaling van facturen. Maar, zij heeft zich daarmee niet ook zonder meer aan vooruitbetaling van alle toekomstige door aanneemster nog te plaatsen bestellingen, opgenomen in één verzamelfactuur, gecommitteerd. Het betoog van aanneemster dat opdrachtgeefster door haar onverplichte tegemoetkoming een andersluidende betalingsafpraak was overeengekomen, die tot vooruitbetaling van die verzamelfactuur zou moeten strekken, volgen arbiters dan ook niet. Enigszins vergelijkbaar is het oordeel van arbiters over het ‘coulancehalve’ aanbieden van herstel in het geval van een gesteld gebrek aan het werk. Een dergelijk tegemoetkomend aanbod wordt in de regel, als uit de formulering daarvan een uitdrukkelijk onverplicht herstel blijkt, niet ten nadele van de aanbieder van het herstel uitgelegd.¹ Uit zo een coulancehalve aanbod wordt in beginsel ook geen (aansprakelijkheid voor een) gebrek afgeleid. Hetzelfde gaat i.c. voor opdrachtgeefster op: haar onverplichte tegemoetkoming wordt door arbiters niet ruim en zeker niet ten nadele van haar uitgelegd.

6. Arbiters oordelen dat pas sprake kan zijn van een andersluidende overeenkomst indien deze duidelijk is en vaststaat dat partijen daarmee akkoord zijn gegaan. Aanneemster kon dat niet bewijzen, waarbij ook de noodzaak tot bestelling van alle onderdelen voor de tweede fase in één keer, door arbiters niet aannemelijk werd geacht. Maar, stel nu dat aanneemster vooruitbetaling van de factuur had verlangd voor alleen het door haar bestelde staal, ter uitvoering van de tweede fase van het werk. Zou opdrachtgeefster deze factuur onbetaald hebben gelaten, dan menen wij dat arbiters anders zouden hebben geoordeeld. Uit de door opdrachtgeefster gedane onverplichte tegemoetkoming zou dan zeer waarschijnlijk wel een tot betaling van die factuur strekkende overeenkomst kunnen worden gedestilleerd. Kortom, aanneemster heeft haar hand overspeeld door met een beroep op de onverplichte tegemoetkoming in één keer vooruitbetaling van al haar toekomstige bestellingen te verlangen. Zover strekte de onverplichte tegemoetkoming van opdrachtgeefster niet, aldus arbiters. De stillegging van het werk door aanneemster, ingegeven door de niet-betaling van deze verzamelfactuur door opdrachtgeefster, levert jegens opdrachtgeefster dan ook een tekortkoming op.

Remedies bij (dreigende) tekortkoming

7. Een tweede les, die voortborduurt op de eerste, is dat contractpartijen niet (te) lichtvaardig dienen te denken over de opschorting van hun verplichtingen uit de overeenkomst (i.c. het stilleggen van het werk door aanneemster). Opschorting is ingevolge par. 45 lid 2 UAV eerst aan de orde indien opdrachtgeefster ondanks schriftelijke aanmaning en een termijn van 14 dagen nalatig blijft in haar betalingsverplichting. Blijkt achteraf dat het werk ten onrechte is stilgelegd, kan dit verstrekende gevolgen hebben voor een aanneemster. Juist voor contractpartijen in de bouw geldt dat het “wachten” op een tekortkoming niet is vereist, nu de belangen bij behoorlijk en tijdig presteren groot zijn.²

8. Voor contractpartijen in de bouw geldt ingevolge art. 7:756 lid 1 BW een

¹ RvA 10 augustus 2016, 34.498, r.o. 21.

² Vgl. MvT, *Kamerstukken II 1992/93*, 23095, 3, p. 25.

verruiming van de algemene bevoegdheid tot ontbinding uit Boek 6 BW. De rechter, waarmee gelijkgesteld worden arbiters en naar onze mening ook bindend adviseurs in een Fast Track Bindend Advies procedure bij de Raad, kan al bij een waarschijnlijke tekortkoming partiële ontbinding van de aannemingsovereenkomst worden gevraagd.³ Naast deze mogelijkheid tot anticipatieve ontbinding, bestaat op grond van par. 46 lid 1 en 2 UAV 2012 de bevoegdheid om, vóór oplevering van het werk, maatregelen te treffen bij het ontstaan van ontoelaatbare vertraging (zie ook par. 43 lid 2 UAV-GC 2005). Voorts kan genoegzame zekerheid van de contractpartij die (dreigend) tekortschiet, worden afgedwongen (par. 43a UAV 2012). Specifiek voor de aannemer geldt in het geval opdrachtgever weigert om op verzoek genoegzame zekerheid te verstrekken nog een bijzondere bevoegdheid. Aan hem komt ingevolge par. 43a lid 8 UAV 2012 een bevoegdheid tot schorsing van de uitvoering van het werk toe, dan wel beëindiging van het werk in onvoltooide staat conform par. 14 UAV 2012 (zie ook par. 38 lid 7 UAV-GC 2005 jo. par. 16 UAV-GC 2005).

9. De vraag die zich aandringt, is of aannemster i.c. tot stillegging van het werk bevoegd was, als gevolg van de door haar verlangde en door opdrachtgeefster niet verstrekte zekerheid in de vorm van vooruitbetaling en/of een bankgarantie. Hoewel niet expliciet genoemd in het vonnis, gaan wij ervan uit dat aannemster haar vordering tot zekerheid op par. 43a UAV 2012 baseert. Arbiters beantwoorden deze vraag ontkennend. Zij leiden uit de tegemoetkoming van opdrachtgeefster om de individuele facturen vooruit te betalen juist een betalingsbereidheid af, hetgeen niet leidt tot een verplichting tot stellen van zekerheid. Ook wijzen arbiters op de betalingen die eerder al in de eerste fase van het werk door opdrachtgeefster, weliswaar onder protest, zijn verricht. Met andere woorden, van een waarschijnlijke tekortkoming lijkt helemaal geen sprake te

zijn. Een grond om dan van opdrachtgeefster zekerheid te verlangen, ontbreekt dan ook.

10. Over betalingsonbereidheid merken de arbiters nog kort op dat die niet enkel uit een eerder onder protest verrichte betaling door opdrachtgeefster kan worden afgeleid. Dit komt overeen met de rechtspraak van de RvA waaruit volgt dat “slecht betalingsgedrag”, bijvoorbeeld betaling na de betalingstermijn, op zichzelf geen grond voor het verlangen van genoegzame zekerheid oplevert.⁴ Die zekerheid lijkt daarmee echt alleen bedoeld te zijn voor die gevallen waarin facturen onbetaald blijven.⁵

11. Kort en goed, aannemster heeft zoals arbiters het zelf duiden haar hand overspeeld, door in weerwil van de betalingscondities vooruitbetaling te verlangen voor haar werkzaamheden met alle verstrekkende en schadelijke gevolgen van dien. Deze uitspraak laat eens te meer zien dat stillegging van het werk door de aannemer in geval van discussie over betaling risicovol is.

Auteurs: Susanne van de Pest & Jan Borman

³ Zie voor een geslaagd beroep op deze anticipatieve ontbinding in een arbitraal geding Henriquez in: *BR* 2015/116.

⁴ Zie voor dit oordeel: RvA 18 augustus 2000, nr. 20.737, p. 9, dat in appel in stand blijft: RvA 29 juli 2003, nr. 70.534.

⁵ RvA 27 april 2012, nr. 33.758, r.o. 15.