

Wie is het eerste in verzuim?

Publicatiedatum: 26-10-2023

Partijen sluiten een overeenkomst voor de herbouw van een door brand verwoeste woning. De aanneemsom wordt deels via een bouwdepot betaald. In januari 2018 legt de gemeente de bouw stil. Na opheffing van de bouwstop raken partijen in geschil over de hervatting van het werk. Volgens aannemer is afgesproken dat eerst overeenstemming zou komen over betaling van openstaande termijnen en meerwerk. In de correspondentie die volgt laat opdrachtgever weten geen nakoming meer te verlangen, maar in plaats daarvan vervangende schadevergoeding in de zin van art. 6:87 BW. In de procedure die volgt stellen partijen over en weer dat de ander in verzuim verkeerde op het moment van de omzettingsverklaring.

Eerste aanleg

De rechtbank heeft geoordeeld dat opdrachtgever op 17 mei 2019 rechtsgeldig een omzettingsverklaring heeft uitgebracht omdat aannemer zijn verplichting om het werk te hervatten niet is nagekomen. Daartoe heeft de rechtbank onder meer overwogen dat partijen geen duidelijke afspraken hebben gemaakt over de tijdstippen van betaling en dat bij gebreke daarvan niet kan worden geconstateerd dat opdrachtgever in de periode vóór 17 mei 2019 tekort is geschoten.

De vordering van aannemer in reconventie tot ontbinding van de overeenkomst ter zake de ruwbouw is afgewezen, omdat opdrachtgever volgens de rechtbank zijn betalingsverplichting mocht opschorten omdat aannemer het werk niet hervatte.

Hoger beroep

Evenals de rechtbank stelt het hof voorop dat het bij de beoordeling van de vorderingen van partijen over en weer in het bijzonder neerkomt op de vraag wie van partijen het eerst in verzuim heeft verkeerd. In dat verband komt relevantie toe aan de vraag voor wie van hen welke verplichtingen voortvloeiden uit de aannemingsovereenkomst. Het hof bespreekt vervolgens twee discussiepunten: (a) welke kosten zijn inbegrepen in de overeengekomen prijs en (b) voor wiens risico komen de gevolgen van de in januari 2018 opgelegde bouwstop.

Aannemer heeft aan opdrachtgever een aantal facturen gezonden (periode: september 2016 t/m november 2018). Daarnaast heeft aannemer aangegeven schade te hebben geleden ten gevolge van het stilleggen van de bouw en dat wijzigingen in het bouwplan (hogere nokhoogte) meerkosten meebrengen.

Naar het oordeel van het hof heeft aannemer na de opheffing van de niet door hem veroorzaakte bouwstop terecht duidelijke afspraken en/of zekerheden mogen verlangen voor betaling door opdrachtgever van zijn werkzaamheden, indien deze niet meer voldoende door het bouwdepot zouden zijn gedekt. Dit geldt temeer vanaf het moment dat opdrachtgever zelf het afmaken van de ruwbouw uitdrukkelijk heeft willen loskoppelen van de afbouw en de vraag of hij die al dan niet door aannemer zou laten uitvoeren. In die situatie mocht hij van aannemer niet verwachten dat deze bereid zou zijn om extra kosten voor de ruwbouw die niet uit het bouwdepot konden worden voldaan op enigerlei wijze te verrekenen met de kosten van afbouw. Uit een brief van aannemer en de getekende aannemingsovereenkomst moet volgens het hof worden geconcludeerd dat een aantal van de hiervoor

bedoelde facturen (periode: september 2016 t/m november 2018) niet in de aanneemsom zijn begrepen. Voor zover deze facturen (in totaal € 12.350,71) uit het depot voor de aanneemsom zijn voldaan, was het bouwdepot voor het desbetreffende bedrag niet meer toereikend voor de voor de ruwbouw overeengekomen bouwsom (€ 93.780 incl. BTW).

Hetzelfde geldt volgens het hof voor de meerkosten die de wijziging in de bouw met zich bracht. Het hof verwerpt het verweer van opdrachtgever dat aannemer hem daarvoor niet zou kunnen aanspreken omdat aannemer op eigen initiatief een hogere kapconstructie zou hebben gebouwd en hem niet op een daaraan verbonden verhoging van de aanneemsom zou hebben gewezen. Opdrachtgever heeft niet betwist dat de verhoging van de nok ten behoeve van het creëren van meer ruimte in de woning tussen partijen is besproken en de wijziging in overleg met en op verzoek van opdrachtgever is doorgevoerd. Het tweede argument (geen waarschuwing) faalt eveneens, omdat opdrachtgever de noodzaak van prijsverhoging zelf had moeten begrijpen.

Het voorgaande geldt eveneens voor de kosten die noodzakelijk gemoeid zijn geweest met de wijzigingen van de vergunningsaanvraag in verband met het gewijzigde bouwplan. Het bouwplan is wat betreft de nokhoogte in overleg met en op verzoek van opdrachtgever gewijzigd. Van een 'te hoog' bouwen door een fout van aannemer is geen sprake geweest. De kosten die gemoeid zijn geweest met de aanvraag van een nieuwe omgevingsvergunning zijn voortgevloeid uit de door opdrachtgever gewenste nokverhoging. Volgens het hof valt niet in te zien waarom die kosten niet voor rekening van opdrachtgever zouden mogen worden gebracht. Opdrachtgever is verantwoordelijk voor vergunningen die noodzakelijk zijn voor de bouw van zijn woning, aldus het hof.

De betwisting door opdrachtgever van een tweetal facturen doet volgens het hof niet af aan de terechte klacht van aannemer in zijn e-mail d.d. 16 januari 2019 dat opdrachtgever in gebreke bleef duidelijkheid te verstrekken over de nakoming van reeds vastgelegde en nieuwe afspraken en de betaling voor die werkzaamheden en meerwerk en dat aannemer de ruwbouw niet zonder de uitvoering van meerwerk kon afronden. Aannemer heeft naar het oordeel van het hof zijn werkzaamheden terecht kunnen opschorten. Opdrachtgever is vanaf veertien dagen na 16 januari 2019, dus per 31 januari 2019 in verzuim komen te verkeren en heeft zijnerzijds niet meer op 17 mei 2019 een rechtsgeldige omzettingsverklaring kunnen uitbrengen.

Gezien het hiervoor overwogene, acht het hof de vordering tot ontbinding van de overeenkomst inzake ruwbouw wegens een tekortkoming van opdrachtgever toewijsbaar. Gevolg hiervan is dat, voor zover de overeenkomst al is uitgevoerd, daaruit ongedaanmakingsverplichtingen voortvloeien en dat aannemer aanspraak kan maken op vergoeding van door hem door de ontbinding geleden schade. Voor zover door aannemer in het kader van de overeenkomst vóór de ontbinding prestaties zijn verricht waarvan geen vergoeding heeft plaatsgevonden, kunnen de ongedaanmakingsverplichtingen worden gesteld op de voor die prestaties verschuldigde vergoedingen, aldus het hof. Het hof gaat vervolgens over tot een beoordeling van individuele, door aannemer gevorderde posten. Daarbij is het hof ervan uitgegaan dat de door aannemer verrichte en door opdrachtgever al betaalde prestaties tegen elkaar wegvallen en niet tot verdere ongedaanmakingsverplichtingen leiden.

Conclusie

Het hof vernietigt het vonnis van de rechtbank, ontbindt de overeenkomst ter zake de ruwbouw en veroordeelt opdrachtgever tot betaling van een drietal posten (isolatiematerialen, meerwerk en kosten bouwstop).

mr. H.P.C. (Hugo) Goedegebure

[Lexence advocaten & notarissen](#)

Voor de volledige tekst van het arrest klik [hier](#).

Bron: Hof Den Bosch 12 september 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:2932

12-09-2023