

Kroniek bouwarbitrage



In deze kroniek wordt een selectie van de gepubliceerde uitspraken van de Raad van Arbitrage voor de Bouw (hierna: RvA) besproken over de periode vanaf 1 juli 2015 tot en met 31 december 2016. De kroniek bestaat uit twee delen. Dit eerste deel ziet met name op onderwerpen die betrekking hebben op formele verweren die een verdere inhoudelijke beoordeling van geschillen overbodig maken.

1. Inleiding

In dit eerste deel worden de volgende onderwerpen besproken:

- ontvankelijkheid, bevoegdheid en algemene voorwaarden;
- verjaring;
- rechtsverwerking;
- vervaltermijnen;
- klachtplicht.

In het tweede deel zal de focus liggen op onderwerpen die betrekking hebben op de inhoudelijke beoordeling van geschillen door de RvA. Daarbij zullen de volgende onderwerpen aan bod komen:

- meer- en/of minderwerk;
- kostenverhogende omstandigheden;
- toerekenbare tekortkoming;
- beëindiging in onvoltooid staat;
- faillissement, retentierecht en opschorting;
- oplevering;
- bouwtijd.

2. Ontvankelijkheid, bevoegdheid en algemene voorwaarden

In een groot aantal arbitragezaken wordt de bevoegdheid van de RvA door een van de partijen betwist.

Omdat de bevoegdheid van de RvA schriftelijk tussen partijen moet worden overeengekomen, komt in arbitrageprocedures vaak de vraag aan de orde of tussen partijen een overeenkomst tot arbitrage tot stand is gekomen. Veelal zullen arbiters daarbij simpelweg, aan de hand van de contractstukken en overige omstandigheden van het geval, dienen te beoordelen in hoeverre partijen voor dat geschil een overeenkomst met arbitraal beding zijn over-

eengekomen.¹ Indien er meerdere geschillen zijn, kan het ook zo zijn dat arbiters zich slechts ten aanzien van een van deze geschillen bevoegd verklaren, zoals ook volgt uit de vonnissen van de RvA van 28 oktober 2016 (nr. 35.757) en 4 januari 2016 (nr. 72.008).

2.1. Verkeerde aanduiding procespartij

In de zaken die tot de uitspraken van 26 augustus 2016 (nr. 35.775 en 35.776) hebben geleid was in de memorie van eis de naam van verweerster onjuist weergegeven. In de memorie van eis was verweerster aangeduid als 'Aannemingsbedrijf B. B.V.' terwijl dit 'Aannemingsmaatschappij B. B.V.' had moeten zijn. Verweerster betoogde op grond hiervan dat de RvA zich onbevoegd diende te verklaren. Aangezien in de memorie van eis wel was verwezen naar het juiste adres van 'Aannemingsmaatschappij B. B.V.', ook het uittreksel uit de Kamer van Koophandel van deze vennootschap was overgelegd en de overgelegde stukken betrekking hadden op de rechtsverhouding met Aannemingsmaatschappij B. B.V., was arbiter van oordeel dat sprake was van een verschoonbare kennelijke verschrijving. Het verweer van verweerster ging dan ook niet op.

In de zaak met nummer 35.358 heeft de aannemer in zijn memorie van antwoord in conventie (tevens eis in reconventie) zijn naam onjuist weergegeven. Door de opdrachtgever werd vervolgens betoogd dat aannemer gelet hierop geen verweer voerde en in reconventie niet-ontvankelijk moest worden verklaard in haar vordering. Omdat uit de stukken bleek dat over de hoedanigheid van aannemer als contractspartij en als procespartij geen enkel misverstand kon bestaan, oordeelde de arbiter in zijn vonnis van 25 februari 2016 dat sprake was van een verschoonbare kennelijke fout waar opdrachtgever geen nadeel van ondervond.

2.2. Is de positie van de oorspronkelijke partij overgenomen?

Of een overeenkomst tussen partijen tot stand is gekomen komt vaak aan de orde wanneer de positie van een van de oorspronkelijke partijen is of wordt overgenomen door een andere partij. Dit leidt er geregeld toe dat onduidelijk is in hoeverre partijen aan de oorspronkelijke overeenkomst met arbitraal beding gebonden zijn.

In de zaak die tot de uitspraak van de RvA van 24 september 2015 (nr. 33.169) heeft geleid was sprake van zo'n si-

* Mr. R.W. Keus is cassatieadvocaat bij Van den Berg advocaten te Den Haag. Mr. H.N.T. Hoogwout is advocaat bij Geelkerken Linskens advocaten te Leiden.

1. Zie onder meer RvA 23 juli 2015, nr. 35.406; RvA 17 september 2015, nr. 35.473; RvA 1 oktober 2015, nr. 35.471; RvA 9 februari 2016, nr. 35.478; RvA 11 februari 2016, nr. 35.600; RvA 1 juni 2016, nr. 35.528 en RvA 25 augustus 2016, nr. 35.438.

tuatie. De positie van een partij was wegens ‘organisatorische redenen’ lopende de uitvoering van het werk overgenomen door een nieuw opgerichte vennootschap (met een overigens zelfde handelsnaam). De oude vennootschap werd vervolgens ontbonden. De nieuwe vennootschap bleef tijdens de uitvoering van het werk consequent stellen dat er niets was gewijzigd in de samenwerking, maar stelde achteraf wel dat er geen sprake was van contractovername en dat zij niet gebonden was aan een oorspronkelijk overeengekomen arbitragebeding. In deze zaak oordeelden arbiters dat de nieuwe vennootschap, gelet op haar mededelingen, zelf heeft veroorzaakt dat de wederpartij er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat is uitgegaan van een contractovername. Dit heeft volgens arbiters tot gevolg dat partijen gebonden zijn aan de overeenkomst en het oorspronkelijk overeengekomen arbitragebeding.

Een net wat andere situatie deed zich voor in de zaak waarin de RvA op 24 februari 2016 (nr. 35.567) vonnis heeft gewezen. Een nieuwe eigenaar van een woning wilde, op basis van een door de vorige eigenaar met een aannemster gesloten koop- en aannemingsovereenkomst met arbitragebeding, een geschil voorleggen aan de RvA. De aannemster stelde zich op het standpunt dat tussen haar en de nieuwe eigenaar geen overeenkomst (met arbitraal beding) tot stand was gekomen en dat de nieuwe eigenaar geen aanspraak kan maken op het arbitraal beding dat opgenomen was in de met de vorige eigenaar gesloten overeenkomst. De arbiter gaat hierin niet mee. Volgens de arbiter volgt uit de koopovereenkomst tussen de oude en nieuwe eigenaar dat het arbitraal beding is overgegaan op de nieuwe eigenaar, en volgt dit ook uit artikel 6:251 lid BW. Het arbitraal beding zou immers een kwalitatief recht zijn dat slechts belang heeft zolang de schuldeiser het goed behoudt. Dit zou volgens de arbiter in lijn zijn met vaste jurisprudentie van de RvA.

In dit kader zijn verder nog de uitspraken van de RvA van 4 februari 2016 (nr. 72.043) en 3 maart 2016 (nr. 35.636) interessant, waarin is overwogen dat ontbonden vennootschappen toch procesbevoegdheid kunnen hebben. Ook wijzen wij nog op de uitspraak van de RvA van 14 juni 2016 (nr. 33.259) waarin een rechtsopvolger onder bijzondere titel in de gelegenheid wordt gesteld het geding over te nemen.

2.3. Niet ter hand gesteld?

Omdat de bevoegdheid van de RvA veelal voortvloeit uit een bepaling van de algemene voorwaarden, wordt door de partij die de bevoegdheid van de RvA bestrijdt vaak het verweer gevoerd dat de algemene voorwaarden niet ter hand zouden zijn gesteld en daarom vernietigbaar zijn.

Zo ook in de zaak die tot de uitspraak van de RvA van 24 augustus 2015 (nr. 35.468) heeft geleid. In deze zaak werd uiteindelijk van doorslaggevend belang geacht dat

de opdrachtgever door ondertekening van het opdrachtdeel van de overeenkomst heeft verklaard kennis te hebben genomen van de voorwaarden. Hij had namelijk diens handtekening gezet direct onder een daartoe strekkende verklaring dat hij van de genoemde voorwaarden kennis had genomen. Een soortgelijk geval deed zich ook voor in de zaak waarin op 17 september 2015 (nr. 35.473) vonnis is gewezen.

Voor het bevestigen van de ontvangst van de algemene voorwaarden is het overigens, zoals uit de uitspraak van 7 april 2016 (nr. 35.709) volgt, op zichzelf niet voldoende dat een opdrachtbevestiging wordt ondertekend waarin terloops is aangegeven dat de algemene voorwaarden zijn bijgevoegd.

De hiervoor al genoemde uitspraak van 24 augustus 2015 is overigens ook nog interessant, omdat de arbiter niet een duidelijk onderscheid lijkt te maken tussen het van toepassing zijn van algemene voorwaarden en de terhandstelling. Terhandstelling is immers niet noodzakelijk om algemene voorwaarden van toepassing te laten zijn, maar juist beslissend voor de vraag of eenmaal van toepassing zijnde algemene voorwaarden kunnen worden vernietigd.² Opvallend is verder nog dat de arbiter overweegt dat het voor een terhandstelling voldoende is een link op te nemen naar een website waarop de algemene voorwaarden zijn terug te vinden. Weliswaar biedt artikel 6:234 lid 2 BW³ de mogelijkheid om bekend te maken waar van de voorwaarden langs elektronische weg kennis kan worden genomen, maar dit geldt als uitzondering voor het geval het redelijkerwijs niet mogelijk is de voorwaarden via elektronische weg ter beschikking te stellen.

2.4. Verwijzing naar verschillende sets algemene voorwaarden

Allereerst kan zich de situatie voordoen dat beide partijen een andere set algemene voorwaarden van toepassing verklaren; de zogenaemde ‘battle of forms’. In beginsel geldt dan de eerste set algemene voorwaarden die van toepassing is verklaard, tenzij de andere partij bij het van toepassing verklaren van zijn tweede set algemene voorwaarden de toepasselijkheid van de eerste set algemene voorwaarden uitdrukkelijk van de hand wijst. Dit volgt uit artikel 6:225 lid 3 BW. Zo werd ook geoordeeld in de vonnissen van de RvA van 1 juli 2015 (nr. 34.730) en 22 juni 2016 (nr. 35.311).

Wanneer een partij verwijst naar verschillende sets algemene voorwaarden kan ook onduidelijk zijn welke algemene voorwaarden van toepassing zijn dan wel voorrang hebben. Wanneer beide sets algemene voorwaarden verschillende geschillenbeslechtters aanwijzen, is het tevens de vraag wie bevoegd is kennis te nemen van het geschil.

Uitgangspunt is, zoals arbiter in zijn vonnis van 24 augustus 2015 (nr. 35.468) vooropstelt, dat voorwaarden naast elkaar en alternatief op de overeenkomst van toepassing

2. En zoals arbiter bedoeld zal hebben – door de vernietiging – niet meer van toepassing zijn.

3. Indien de overeenkomst niet langs elektronische weg tot stand is gekomen, is voor deze wijze van terhandstelling de toestemming van de wederpartij nodig (artikel 6:234 lid 3 BW).

kunnen worden verklaard. In lijn met het arrest van de Hoge Raad van 24 april 2015⁴ overweegt arbiter vervolgens dat wanneer voorwaarden naast elkaar van toepassing zijn en bedingen tegenstrijdig zijn, aan de hand van de Haviltex-maatstaf dient te worden beoordeeld welk beding prevaleert. In het specifieke geval waarover arbiter had te oordelen ging het om een beding dat de RvA als geschillenbeslechter aanwees en een daarmee tegenstrijdig beding dat de burgerlijke rechter aanwees. Uiteindelijk overweegt de arbiter dat hij zichzelf onbevoegd dient te verklaren doordat, mede gelet op het uitgangspunt van de wet dat zaken door een burgerlijke rechter worden beslist, het beding dat verwijst naar de burgerlijke rechter voorrang geniet.

2.5. *Gebruiker komt geen beroep toe op vernietiging*

In het vonnis van 29 juni 2016 (nr. 35.691) wordt tot uitgangspunt genomen dat een gebruiker van algemene voorwaarden niet zelf een beroep kan doen op vernietiging daarvan.

2.6. *Ambtshalve toetsing onredelijk bezwarend beding*

Gelet op de per 1 januari 2015 in werking getreden nieuwe arbitragewet wordt door de arbiters van de RvA, indien sprake is van een overeenkomst met een consument, ambtshalve voor de na 1 januari 2016 binnengekomen procedures getoetst of het arbitraal beding onredelijk bezwarend jegens de consument is. Daarbij dient beoordeeld te worden of de consument een maand de tijd heeft gekregen om zich te bezinnen op de vraag of zij arbitrage als geschilbeslechting aanvaardt. In de hiervoor al genoemde zaak van de RvA waarin op 7 april 2016 (nr. 35.709) vonnis is gewezen, leidt zo'n toetsing ertoe dat het arbitraal beding wordt vernietigd en arbiter niet bevoegd is kennis te nemen van het geschil tussen partijen, omdat onvoldoende is komen vast te staan dat opdrachtgever een maand de tijd heeft gehad om zich te bezinnen op de vraag of zij arbitrage als geschilbeslechting aanvaardt.

3. Verjaring

Met een geslaagd beroep op verjaring kan worden voorkomen dat (op zichzelf terechte) rechtsvorderingen worden toegewezen. Voor rechtsvorderingen wegens een gebrek in het opgeleverde werk geldt, gelet op het bepaalde in artikel 7:761 lid 1 BW, een verjaringstermijn van twee jaar nadat de opdrachtgever heeft geprotesteerd.⁵ Indien de opdrachtgever de aannemer een termijn heeft gesteld waarbinnen het gebrek kan worden weggenomen, begint de verjaringstermijn pas te lopen vanaf het einde van die termijn of eerder indien de aannemer aangeeft het gebrek niet te zullen herstellen.

In een aantal uitspraken van de RvA komen ook de (enigszins) van artikel 7:761 lid 1 BW afwijkende verjaringstermijnen van artikel 7:23 lid 2 BW en artikel 3:307 en 3:310 BW voor.⁶ Voor de verjaringstermijn van artikel 7:23 lid 2 BW geldt dat deze weliswaar ook twee jaar be-

draagt, maar begint te lopen nadat is 'geklaagd' dat het gekochte niet voldoet aan de overeenkomst.

3.1. *Verjaringstermijn na herstel*

Bij een beroep op verjaring is een belangrijke vraag wat precies het moment is waarop de verjaringstermijn is gaan lopen. In de zaak die tot de uitspraak van de RvA van 26 oktober 2016 (nr. 80.925) heeft geleid, ging het om een rechtsvordering die verband hield met gebreken aan dakpannen. Reeds begin 2010 was over het schiefliggen van enkele dakpannen geklaagd, waarna deze door de aannemer recht zijn gelegd. Vervolgens is in 2013 weer over het schiefliggen van dakpannen geklaagd. De arbiter oordeelt dat in dit geval voor de aanvang van de verjaringstermijn uitgegaan dient te worden van oktober 2013. Kennelijk werd daarbij door hem van belang geacht dat naar aanleiding van de eerdere klacht tot herstel was overgegaan, waarna de problemen zich weer pas na enige tijd voordeden.

Dat naar aanleiding van eerdere klachten naar tevredenheid herstel had plaatsgevonden werd ook van belang geacht in de vonnissen van de RvA van 24 juni 2016 (nr. 35.765) en 14 oktober 2015 (nr. 35.445). De verjaringstermijn gaat pas weer lopen nadat over de nieuw geconstateerde gebreken is geklaagd.

Daarnaast is het van belang goed voor ogen te houden op welke gebreken het beroep op verjaring betrekking heeft. In het vonnis van 2 november 2015 (nr. 35.102) oordeelden arbiters dat weliswaar eerder was geklaagd over andere gebreken (waarvoor herstelwerkzaamheden waren uitgevoerd), maar dat toen (anders dan aannemer betoogde) nog niet was geklaagd over de gebreken ten aanzien waarvan het beroep op verjaring was gedaan, omdat die problematiek zich pas later heeft geopenbaard. Er kon volgens arbiters derhalve pas worden geklaagd op het moment dat de problematiek zich had geopenbaard, waardoor de verjaringstermijn daarvoor dus nog niet kon lopen.

3.2. *Stuitingshandeling*

Door het doen van een stuitingshandeling gaat een nieuwe verjaringstermijn lopen. Zoals in het vonnis van de RvA van 18 juli 2016 (nr. 35.568) wordt overwogen, stelt artikel 3:317 lid 1 BW aan een stuiting de eis dat ofwel sprake is van een schriftelijke aanmaning tot nakoming van de verbintenis of dat schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt. Daarnaast wordt de verjaringstermijn ook gestuit door het instellen van een eis en andere daden van rechtsvervolgning (artikel 3:316 lid 1 BW) en door erkenning (artikel 3:318 BW).

In het vonnis van 28 oktober 2016 (nr. 35.599) merkte de arbiter een e-mailbericht, waarin gerefereerd werd aan eerdere besprekingen over tijdens de bouw gemaakte fouten, aan als stuitingshandeling, omdat hieruit volgt

4. HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1125, NJ 2015/222.

5. Artikel 7:761 lid 2 BW bepaalt daarnaast nog dat een rechtsvordering in ieder geval verjaart twintig jaren na de oplevering in geval van aanneming van bouwwerken en door verloop van tien jaren na de oplevering in alle andere gevallen.

6. RvA 27 november 2015, nr. 34.697; RvA 2 november 2015, nr. 35.102; RvA 10 augustus 2016, nr. 34.498; RvA 4 juli 2016, nr. 35.131; RvA 4 juli 2016, nr. 35.306; RvA 10 maart 2016, nr. 32.565 en RvA 16 maart 2016, nr. 71.955.

dat het recht op nakoming werd voorbehouden. De vraag kan gesteld worden of de schuldenaar hiermee inderdaad zijn recht op nakoming ondubbelzinnig heeft voorbehouden.

Brieven waarin partijen aansprakelijk worden gesteld en aanspraak wordt gemaakt op herstel⁷ worden aangemerkt als stuitingshandelingen. Er moet dan natuurlijk wel vast komen te staan dat de brief door de aannemer is ontvangen, hetgeen de opdrachtgever in de zaak met nummer 34.954 blijkt het op 8 september 2016 gewezen vonnis niet lukte ten aanzien van een aan een aannemer per gewone post verzonden brief. In die zaak deed de opmerkelijke situatie zich voor dat de aannemer stelde geen enkele brief te hebben ontvangen, maar dat maakte het oordeel niet anders.

3.3. *Andere verjaringstermijn?*

Het hiervoor genoemde vonnis van 8 september 2016 is ook van belang, omdat in die zaak door een van de partijen het verweer werd gevoerd dat de vordering tot nakoming was omgezet in een vordering tot betaling van vervangende schadevergoeding, wat tot gevolg zou hebben dat niet een verjaringstermijn van twee jaar maar van vijf jaar (ex artikel 3:307 BW) zou gelden. De arbiter gaat in dit verweer niet mee. Ook zo'n vordering tot betaling van vervangende schadevergoeding heeft volgens de arbiter immers betrekking op een vordering wegens een gebrek in het opgeleverde werk, waardoor de verjaringstermijn ex artikel 7:761 lid 1 BW twee jaar bedraagt.

3.4. *Verjaringsberoep onaanvaardbaar of verwerkt?*

In een aantal zaken werd nog het verweer gevoerd dat een beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Dit verweer slaagt in de meeste gevallen niet. In het vonnis van 26 oktober 2015 (nr. 35.523) wordt in dat kader onder meer overwogen dat het op de weg van degene die een beroep wil doen op een rechtsvordering is om de termijnen te bewaken, en in het vonnis van 21 oktober 2016 (nr. 80.926) wordt overwogen dat de omstandigheid dat voor soortgelijke gebreken al eerder wel tot herstel is overgegaan niet meebrengt dat een beroep op verjaring als onaanvaardbaar is aan te merken.

In het vonnis van de RvA van 27 november 2015 (nr. 34.697) overweegt de arbiter dat onder omstandigheden denkbaar is dat een debiteur zijn recht om zich op verjaring te beroepen verwerkt. In de zaak waarover de arbiter had te oordelen, oordeelt hij ook dat het verjaringsberoep niet kan worden tegengeworpen. Daarbij achtte hij met name van belang dat de debiteur niet de door hem aangekondigde rechtsmaatregelen heeft getroffen tot het doen vervallen van de bankgarantie, maar dat hij vervolgens lange tijd heeft gewacht totdat opdrachtgevers hun rechtsvordering tot schadevergoeding hebben ingesteld.

3.5. *Garantie en verjaring*

In de hiervoor al genoemde uitspraak van 21 oktober 2016 (nr. 80.926) stelt de arbiter voorop dat ook klachten

uit hoofde van garantie onderhevig zijn aan de regels van verjaring. In het vonnis van de RvA van 18 april 2016 (nr. 35.401) wordt door arbiters in dat kader overwogen dat het feit dat de garantietermijn na het verloop van de verjaringstermijn nog doorliep het niet anders maakt. Als de klacht eenmaal is gemeld, gaat de verjaringstermijn volgens arbiters lopen en heeft het na verloop van de verjaringstermijn, maar binnen de garantietermijn voor de tweede keer melden van een gebrek, geen helende werking ten aanzien van het verjaard zijn van de rechtsvordering voor deze klacht.

3.6. *Verrekening*

In het vonnis van 30 maart 2016 (nr. 35.678) wordt nog overwogen dat een bevoegdheid tot verrekening op grond van artikel 6:131 BW niet eindigt door verjaring van de rechtsvordering. Overigens geldt dit in beginsel ook voor de bevoegdheid tot opschorting, gelet op artikel 6:56 BW.

4. **Rechtsverwerking**

Een ander verweer waarmee eventueel een verdere inhoudelijke beoordeling van het geschil kan worden voorkomen, is het beroep op rechtsverwerking. Van rechtsverwerking is sprake indien door de houding of gedraging van een van de (contracts)partijen, het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat die partij daarna nog een beroep kan doen op bepaalde rechten. Indien een beroep op rechtsverwerking slaagt, betekent dit dat de andere partij zijn (contractuele) rechten heeft verspeeld. Ook dit verweer werd in een groot aantal zaken gevoerd.

4.1. *Enkel tijdsverloop onvoldoende*

In het vonnis van de RvA van 10 augustus 2016 (nr. 34.498) worden de uitgangspunten ten aanzien van rechtsverwerking door arbiters op papier gezet. Zo overwogen zij dat rechtsverwerking niet te snel kan worden aangenomen, dat rechtsverwerking op zich niet aan een termijn is gebonden, dat uit de houding van de schuldeiser moet blijken dat hij zijn recht op nakoming prijsgeeft en dat de schuldenaar dit in redelijkheid zo heeft mogen opvatten. Arbiters overwogen verder dat door enkel tijdsverloop geen rechten worden verwerkt, ook niet wanneer door dat tijdsverloop een (rechts)vordering verjaart. Omdat in het specifieke geval alleen erg laat een beroep werd gedaan op verrekening van kortingen, leverde dat op zichzelf volgens arbiters geen rechtsverwerking op. Ook in een groot aantal andere vonnissen van de RvA werd overwogen dat enkel tijdsverloop (en stilzitten) niet voldoende is om rechtsverwerking tot gevolg te hebben.⁸

4.2. *Onvoorwaardelijke betaling*

Wanneer tot onvoorwaardelijke betaling van facturen is overgegaan of onvoorwaardelijke betalingstoezeggingen zijn gedaan, leidt dit er in de uitspraken van de RvA in beginsel wel toe dat deze facturen wegens rechtsverwerking niet meer ter discussie kunnen worden gesteld. Daarbij wordt van belang geacht dat het de verantwoordelijkheid is van degene die tot betaling van de facturen

7. RvA 18 juli 2016, nr. 35.568 en RvA 16 februari 2016, nr. 35.329.

8. RvA 22 maart 2016, nr. 35.232; RvA 25 april 2016, nr. 35.349; RvA 19 augustus 2015, nr. 35.181 en RvA 28 juni 2016, nr. 35.318.

overgaat of betalingstoezeggingen doet dat de facturen eerst op juistheid worden gecontroleerd.⁹

Dit is uiteraard anders wanneer de accordering is gebaseerd op bewust aangeleverde onjuiste gegevens. In de uitspraak van 9 december 2015 (nr. 71.872) in hoger beroep ging het om de situatie dat een aannemer een opgave had verstrekt, op basis waarvan zijn opdrachtgever in vertrouwen facturen had geaccordeerd. Nu het arbiters gebleken was dat deze opgave volstrekt onjuist was – wat volgens arbiters geen vergissing kan zijn geweest –, kan de opdrachtgever naar het oordeel van arbiters niet gehouden worden aan de eerder door hem in vertrouwen gegeven accordering.

5. Vervaltermijnen

Een vervaltermijn houdt in dat een schuldeiser binnen een bepaalde termijn een rechtsvordering tegen de schuldenaar dient in te stellen, op straffe van het verval van het recht daartoe. Een beroep op een contractueel overeengekomen vervaltermijn kwam in een groot aantal zaken van de RvA voor. Het gaat daarbij om verschillende vervaltermijnen die veelal in algemene voorwaarden zijn opgenomen. In de meeste gevallen werd een beroep gedaan op de vervaltermijn voor verborgen gebreken opgenomen in paragraaf 12 lid 4 UAV. Hierin is bepaald dat een rechtsvordering uit hoofde van verborgen gebreken niet-ontvankelijk is indien zij wordt ingesteld na verloop van vijf jaren na de datum van oplevering, althans na het einde van de onderhoudstermijn. Deze vervaltermijn gaat dan ook niet, zoals de RvA nog in zijn vonnis van 17 november 2016 (nr. 35.658) overweegt, lopen na ontdekking van het gebrek.

5.1. Aanvang vervaltermijn

Omdat de aanvang van de vervaltermijnen veelal gekoppeld is aan de datum van oplevering en het einde van de onderhoudstermijn, komt vaak de vraag naar voren wanneer de oplevering heeft plaatsgevonden en wanneer de onderhoudstermijn is afgelopen.

In de zaken waarin de RvA op 22 september 2016 (nr. 34.288 en 35.761) vonnis heeft gewezen had een oplevering plaatsgevonden. De opleverlijsten waren voor akkoord getekend, en de arbiters was niet gebleken dat toen een voorbehoud is gemaakt of dat de oplevering is geweigerd. Dat vervolgens nog tijdens de oplevering geconstateerde gebreken moesten worden afgehandeld, en dit door partijen als ‘tweede oplevering’ werd aangeduid, maakte volgens de arbiters niet dat voor de vervaltermijn niet meer van de eerste oplevering uitgegaan mag worden. Daarbij achtten de arbiters van belang dat er voor de algemene voorwaarden maar één oplevering is. In het vonnis van de RvA van 18 april 2016 (nr. 35.401) wordt het van belang geacht dat bij oplevering geconstateerde gebreken aan voorzieningen niet meebrengt dat die voorzieningen niet zijn opgeleverd, omdat deze nog tijdens de onderhoudstermijn dienden te worden opgelost.

Voor genoemd uitgangspunt, dat een eenmaal opgeleverd werk nadien niet opnieuw kan worden opgeleverd, wordt ook in het vonnis van 31 augustus 2016 (nr. 35.469) gehanteerd. Daarbij is door arbiters overwogen dat wanneer het om herstelwerk gaat, formeel ook geen sprake is van een oplevering. Desalniettemin zijn arbiters niet meegegaan in de stelling van de aannemster dat voor het herstelwerk uitgegaan dient te worden van het moment van uitvoering en ingebruikname van het herstelwerk. Daarbij achtten de arbiters van belang dat er voor het herstelwerk een ‘proces-verbaal van oplevering’ is getekend, hetgeen de suggestie zou wekken dat vanaf dat moment termijnen gaan lopen. Onder die omstandigheden waren arbiters van oordeel dat vanaf dat moment de vervaltermijn is gaan lopen, met tot gevolg dat de vorderingen binnen de vervaltermijn zijn ingesteld.

Ook in het vonnis van de RvA van 17 december 2015 (nr. 35.479) is geoordeeld dat een nieuwe vervaltermijn gaat lopen na uitvoering van herstelwerkzaamheden. In het vonnis van 11 september 2015 (nr. 35.023) is in dat kader nog overwogen dat een nieuwe vervaltermijn uitsluitend betrekking heeft op de kwaliteit van het verrichte herstel.

5.2. Toezegging garantie

In de zaken met nummers 35.273, 35.327 en 35.295 hadden opdrachtgevers de overeengekomen vervaltermijn voor door hen gestelde verborgen gebreken laten verstrijken, gelet op de toezegging van aannemer dat een garantie van tien jaar was verstrekt en dat een beroep gedaan kon worden op de garantie. Onder die omstandigheden oordeelden arbiters in hun vonnissen van 22 september 2016 dat deze eenzijdige toezegging rechtsgevolg heeft.

5.3. In strijd met redelijkheid en billijkheid

Zoals in het vonnis van de RvA van 11 september 2015 (nr. 35.023) door arbiters is overwogen, kan een beroep op een vervaltermijn in strijd zijn met de redelijkheid en de billijkheid. Daarvan is volgens arbiters bijvoorbeeld sprake indien de aannemer de opdrachtgever verleidt de vervaltermijn te laten verlopen door toezeggingen, of wanneer het gebrek jaren na de vervaltermijn wordt ontdekt, maar de aannemer ten tijde van de uitvoering had behoren te voorzien dat het gebrek zich zou manifesteren ver binnen de normaal te verwachten gebruiksduur.

Ook in het vonnis van 6 november 2015 (nr. 35.077) is door arbiters overwogen dat de toepassing van artikel 6:248 lid 2 BW aan een beroep op een vervaltermijn in de weg kan staan. Omdat de aannemster in dit geval had aangegeven een groot deel van herstel voor haar rekening te willen nemen en de aannemster kort gezegd had verzocht voorlopig geen procedures tegen haar te starten, achtten arbiters het niet redelijk dat de aannemster een beroep zou kunnen doen op de vervaltermijn. In een aantal andere zaken slaagde een beroep op de redelijkheid en billijkheid echter niet.¹⁰

9. RvA 13 juli 2015, nr. 34.913; RvA 16 maart 2016, nr. 71.955 en RvA 17 augustus 2015, nr. 35.019.

10. RvA 11 september 2015, nr. 35.023 en RvA 23 februari 2016, nr. 72.006.

5.4. *Geen nadeel vereist*

Voor een beroep door een aannemer op een contractuele vervaltermijn is niet vereist dat de aannemer nadeel heeft geleden door het te late instellen van de rechtsvordering. Ook maakt het niet anders dat de klachten van de opdrachtgevers reeds bekend waren bij de aannemer. Een en ander volgt uit het vonnis van de RvA van 25 juli 2016 (nr. 35.107). Zoals hierna bij de bespreking van de klachtplicht nog zal blijken, zijn deze omstandigheden wel van belang bij de vraag of een klacht geacht moet worden binnen bekwame tijd te zijn gemeld.

6. Klachtplicht

6.1. *Bescherming schuldenaar*

De klachtplicht houdt in dat een schuldeiser binnen korte termijn na ontdekking van een gebrek in een prestatie bij de schuldenaar dient te klagen, en dat wanneer de schuldeiser dit niet doet, dit ertoe leidt dat de schuldeiser op dit gebrek in de prestatie geen beroep meer kan doen. In een aantal uitspraken van de RvA wordt de strekking van de klachtplicht weergegeven. In het vonnis van 19 januari 2016 (nr. 35.208) wordt overwogen dat de ratio van de klachtplicht van artikel 6:89 BW is de bescherming van de schuldenaar doordat hij erop mag rekenen dat met bekwame spoed wordt onderzocht of de prestatie aan de verbintenis beantwoordt en, indien dit niet het geval blijkt te zijn, zulks, eveneens met spoed, aan de schuldenaar wordt medegedeeld. In het vonnis van 12 juli 2016 (nr. 35.572) wordt overwogen dat de klachtplicht van artikel 7:23 BW strekt ter bescherming van de verkoper tegen te late en daardoor moeilijk te betwisten klachten.

Onder verwijzing naar het *Fartrading/Edco*-arrest van de Hoge Raad van 12 december 2014¹¹ overwogen arbiters in hun vonnis van 11 september 2015 (nr. 35.023) dat bij de beantwoording van de vraag of tijdig is geklaagd geen vaste termijn kan worden gehanteerd. Daarbij overwogen arbiters dat onder afweging van alle betrokken belangen en met inachtneming van alle relevante omstandigheden onderzocht zal moeten worden of binnen bekwame tijd is geklaagd, en dat daarbij rekening dient te worden gehouden met enerzijds het ingrijpende rechtsgevolg van het te laat protesteren voor schuldeiser (verval van al zijn rechten ter zake van de tekortkoming) en anderzijds de concrete belangen waarin de schuldenaar wordt geschaad door het tijdstip van protesteren (zoals een benadeling in zijn bewijspositie of een aantasting van zijn mogelijkheden de gevolgen van de gestelde tekortkoming te beperken).

6.2. *Wordt schuldenaar benadeeld door moment van klagen?*

In een groot aantal zaken wordt van belang geacht dat niet gesteld en/of gebleken is dat de schuldenaar door het late tijdstip van klagen nadeel heeft geleden, waardoor

de klacht geacht wordt binnen bekwame tijd te zijn gedaan.¹² Daarbij wordt onder meer van belang geacht dat de schuldenaar reeds op andere wijze op de hoogte was van de mogelijke problemen.¹³

6.3. *Andere omstandigheden die van belang zijn*

Maar ook andere omstandigheden worden van belang geacht bij de vraag of binnen bekwame tijd is geklaagd. In de zaak die tot het vonnis van 1 april 2016 (nr. 35.536) heeft geleid stelde de aannemer dat klachten over een vloer door zijn opdrachtgever niet tijdig waren gemeld. Daaraan werd ten grondslag gelegd dat over het in 2012 aan de vloer ontdekte probleem pas begin 2013 zou zijn geklaagd. De arbiter achtte in dit geval echter van doorslaggevend belang dat de aannemer in mei 2013 al herstel van de vloer had toegezegd, en dat de aannemer daardoor in redelijkheid geen beroep meer toekomt op het bepaalde in artikel 6:89 BW.

In het vonnis van 17 december 2015 (nr. 35.437) ging het over problemen met de stroefheid van een wegdek. De stroefheid was weliswaar vanaf het begin kritisch, maar de bijzonderheid zat hem erin dat de stroefheid van een wegdek normaliter juist toe- in plaats van afneemt. Daarom viel het de opdrachtgeefster volgens de arbiters niet aan te rekenen dat zij hier niet direct over heeft geklaagd.

In het vonnis van 11 januari 2016 wordt overwogen – naast dat het van belang is dat de aanneemster door het moment van klagen geen nadeel had geleden en al op de hoogte was van de gebreken – dat ook van belang is dat de opdrachtgever genoodzaakt was eerst een onderzoek in te stellen naar de oorzaak van de gebreken en dat de aanneemster al via een andere weg op de hoogte was van de gestelde gebreken. Dat de aanneemster al via een andere weg op de hoogte was van de gestelde gebreken werd ook van belang geacht in de zaak waarin op 1 april 2016 vonnis is gewezen (nr. 35.536).

Uiteraard is ook van belang wanneer de opdrachtgever precies bekend geworden is met de gebreken. In de zaak die tot het vonnis van 21 september 2015 (nr. 34.884) heeft geleid waren reeds bij oplevering scheuren ontdekt, maar heeft de aannemer dat zelf als krimpscheuren afgedaan. Meer dan een jaar na oplevering is vervolgens geconstateerd dat sprake was van ernstige scheurvorming en is uit onderzoek gebleken dat sprake was van een tekortkoming van de aannemer. Omdat de opdrachtgever deze tekortkoming niet eerder behoefde te ontdekken, overwogen arbiters dat het binnen circa vijf maanden melden van het probleem binnen bekwame tijd was.

6.4. *Niet binnen bekwame tijd geklaagd*

In het merendeel van de zaken waar een beroep op de klachtplicht werd gedaan werd dit beroep verworpen. In de uitspraken van de RvA van 18 december 2015

11. HR 12 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3593, *RvdW* 2015/66.

12. RvA 26 oktober 2016, nr. 80.925; RvA 12 juli 2016, nr. 35.572; RvA 5 april 2016, nr. 35.636; RvA 2 februari 2016, nr. 35.383; RvA 21 april 2016, nr. 35.596; RvA 4 april 2016, nr. 35.097; RvA 11 januari 2016, nr. 71.995; RvA 28 juli 2015, nr. 35.160; RvA 19 januari 2016, nr. 35.208 en RvA 16 februari 2016, nr. 35.004.

13. RvA 11 september 2015, nr. 35.023; RvA 17 december 2015, nr. 35.437; RvA 11 januari 2016, nr. 71.995 en RvA 1 april 2016, nr. 35.536.

(nr. 34.953) en 11 juli 2016 (nr. 34.793) waarin een beroep op de klachtplicht wél werd gehonoreerd, betrof het diverse gebreken die in een periode van circa twee tot vier jaar na ontdekking bij de schuldenaar waren gemeld. De arbiters beoordeelden in die gevallen blijkens hun overwegingen echter niet in hoeverre de schuldenaar door het tijdsverloop in zijn belangen is geschaad, maar volstaan met de constatering dat door het tijdsverloop het beroep op de klachtplicht slaagt.

7. Afronding

In dit eerste deel van de kroniek is aandacht besteed aan formele verweren die een inhoudelijke beoordeling van geschillen door de RvA overbodig maakt. In het tweede deel zal aandacht worden besteed aan de inhoudelijke beoordeling van geschillen door de RvA.