

[was: € 357.679,12] (excl. BTW), te vermeerderen met de wettelijke handelsrente vanaf 9 september 2014 althans een door het scheidsgerecht in goede justitie te bepalen datum, tot aan de dag der algehele voldoening

**225.** Nu zoals hierboven is bepaald, aanneemster ter zake van de afrekening van het werk betaling toekomt, niet opdrachtgeefster, zullen arbiters deze vordering van opdrachtgeefster afwijzen.

3. [aanneemster] te veroordelen tot betaling aan [opdrachtgeefster] van een bedrag ter zake van schadevergoeding van € 5.268.868,00 [was: € 5.834.318,00] (excl. BTW), te vermeerderen met de wettelijke handelsrente vanaf 9 september 2014 althans vanaf een door het scheidsgerecht in goede justitie te bepalen datum, tot aan de dag der algehele voldoening

**226.** De vordering van opdrachtgeefster in reconventie betreft (productie 72 van opdrachtgeefster, met nog de laatste eiswijzigingen daarop):

1. Extra kosten uitbesteding restant werkzaamheden aanneemster (€ 1.183.148,00)
2. Kosten ten gevolge van bouwstop 9 september 2014 (€ 259.570,00)
3. Kosten herstel gebreken (€ 937.476,00)
4. Kosten bouwtijdverlenging (€ 247.581,00)
5. Extra kosten schade beperkende maatregelen (€ 126.173,00)
6. Kosten geen/onvoldoende coördinatie aanneemster tot 9 september 2014 (€ 36.000,00)
7. Kosten externe adviseurs (€ 686.249,00)
8. Exploitatieschade B en D (€ 2.336.325,00 minus € 39.653,00 en minus € 486.700,00)
- Kosten bankgarantie (€ 700,00) (nieuw)

**227.** Opdrachtgeefster vordert in totaal vergoeding van € 5.268.868,00. Arbiters komen op een totaalbedrag van bovenstaande posten van € 5.286.869,00.

**228.** Nu opdrachtgeefster de tussen partijen tot stand gekomen aannemingsoverkomst ten onrechte op 9 september 2014 buitengerechtelijk heeft ontbonden, is de grondslag voor deze vordering in reconventie tot vergoeding van € 5.268.868,00 uit hoofde van die ontbinding komen te vervallen.

**229.** Arbiters zullen deze vordering en de vordering tot vergoeding van rente afwijzen.

**230.** De afwijzing treft ook de vordering tot vergoeding van de kosten van E, waarbij ten overvloede overwogen zij dat de gestelde kosten niet ten titel van verrekening in conventie zijn ingebracht en daarom niet uit dien hoofde kunnen worden meegenomen in dit vonnis.

4. De door [opdrachtgeefster] verstrekte bankgarantie ten belope van € 400.000,00 binnen 14 dagen na het in deze te wijzen vonnis aan [opdrachtgeefster] te retourneren, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 10.000,00 per dag of gedeelte van een dag, dat [aanneemster] in gebreke blijft te voldoen aan het in te deze te wijzen vonnis

**231.** Deze vordering deelt het lot van de voorgaande vorderingen.

5. [aanneemster] te veroordelen in de kosten van deze procedure, daaronder begrepen een tegemoetkoming in de kosten van juridische bijstand gevallen aan de zijde van [opdrachtgeefster], met de verplichting dat [aanneemster] de nakosten en de wettelijke rente over de proceskosten van [opdrachtgeefster] verschuldigd is als zij deze niet binnen 14 dagen na het wijzen van het vonnis heeft betaald

**232.** Deze vordering komt hierna onder 'de proceskosten en overige vorderingen' aan de orde.

#### Tot slot in conventie en reconventie

**233.** Gelet op de uitgebreide behandeling ter zitting, waarbij aan beide zijden alle direct betrokkenen als informanten aanwezig waren en bij gebreke van nader gespecificeerde bewijsaanbiedingen gaan arbiters voorbij aan het in de schriftelijke stukken door partijen aangeboden bewijs. (Enz., enz., Red.)

#### NOOT

##### Inleiding

1. De goed geïnformeerde lezer zal hebben opgemerkt dat dit vonnis het einde betreft van een geschil dat veelvuldig de publiciteit heeft gehaald. De juristen onder ons zullen enkele specifieke overwegingen van het scheidsgerecht zijn opgevallen. In het bijzonder de overwegingen dat veelal pas bij oplevering vastgesteld kan worden of sprake is van verzuim en dat oplevering het moment is waarop de prestatie van de aannemer voor het eerst opeisbaar is.

2. Het is niet moeilijk om te bedenken wat deze overwegingen betekenen voor de praktijk. Voor het treffen van verschillende rechtsmaatregelen geldt dat de vordering op de wederpartij opeisbaar moet zijn (buitengerechtelijke ontbinding, opschorting). Deze maatregelen zouden dan voor oplevering niet meer getroffen kunnen worden. Reden om dit vonnis eens nader te bespreken.

##### Casus

3. Het betrof hier een klassieke UAV 2012 overeenkomst. De aanneemster moest conform bestek en tekeningen bouwen en de opdrachtgeefster voerde directie en hield toezicht. Nog voor oplevering ontstond er tussen opdrachtgeefster en aanneemster discussie. De aanneemster

claimde bouwtijdverlenging en vergoeding van stagnatieschade. De opdrachtgeefster maakte zich zorgen over het overschrijden van de bouwtijd en de kwaliteit van het werk. Zij verzocht om herstel van de gebreken en dreigde met opschorting van betaling en later zelfs met ontbinding van de overeenkomst.

**4.** Uiteindelijk ontbond opdrachtgeefster daadwerkelijk de overeenkomst. De aannemster reageerde direct en riep het retentierecht in. Een omvangrijke rechtszaak is dan het gevolg (de spoedplaatsopneming alleen duurde al 14 dagen). Uiteindelijk diende het scheidsgerecht te beoordelen of de opdrachtgeefster de aannemingsovereenkomst op terechte gronden had ontbonden.

**5.** De opdrachtgeefster voerde voor de ontbinding een zevental gronden aan.<sup>2</sup> Ik ga deze gronden niet stuk voor stuk bespreken, maar beperk mij tot de algemene overwegingen die het scheidsgerecht aan haar beoordeling ten grondslag heeft gelegd.

### Algemene overwegingen

**6.** Allereerst herhaalt het scheidsgerecht de hoofdregel dat voor zover nakoming niet blijvend of tijdelijk onmogelijk is, de bevoegdheid tot ontbinding pas ontstaat, wanneer de aannemer in verzuim is (lid 2 van art. 6:265 BW). Tot zover niets nieuws. Maar dan overweegt het scheidsgerecht (ro. 21 e.v.): 'Of van verzuim sprake is, kan veelal pas worden beoordeeld op het moment van oplevering (het moment van de opeisbaarheid van de door aannemster te leveren prestatie)' en 'Tijdens de bouw heeft een aannemer nog de gelegenheid eventuele geconstateerde gebreken te herstellen, terwijl ook bij oplevering geconstateerde gebreken op dat moment veelal nog niet tot verzuim leiden, omdat een aannemer die gebreken nog na oplevering mag herstellen, zo spoedig mogelijk (paragraaf 9 lid 7 UAV 2012). Pas daarna kan verzuim intreden.'

**7.** Het scheidsgerecht noemt vervolgens de omstandigheden die maken dat de gevolgen van niet nakoming intreden vóór opeisbaarheid van de prestatie (art. 6:80 BW). Namelijk indien (a) vaststaat dat nakoming zonder tekortkoming onmogelijk is, (b) uit een mededeling van aannemster is af te leiden dat zij zal tekortschieten, of (c) opdrachtgeefster goede gronden heeft te vrezen dat aannemster zal tekortschieten en aannemster niet bereid is te verklaren haar verplichtingen te zullen nakomen.

**8.** Ten slotte besluit het scheidsgerecht met de volgende overwegingen (ro. 23): 'Bij het hiervoor overwogene heeft te gelden dat het moment waarop gemeten wordt of aannemster aan haar resultaatsverplichting uit de aannemingsovereenkomst heeft voldaan, het moment van oplevering van het werk is.' en 'Verplichtingen om tijdens het werk instructies van de directie op te volgen (paragraaf 6 lid 2 UAV 2012) en om onvoldoende werk naar genoegen van de directie te verbeteren/vernieuwen (lid 7), doen daar niet

aan af en bieden derhalve niet zonder meer een grond voor ontbinding van de aannemingsovereenkomst.'

### Standpunt scheidsgerecht en de gevolgen voor de praktijk

**9.** In essentie komen deze overwegingen van het scheidsgerecht op het volgende neer. De prestatie van de aannemer is pas opeisbaar op het moment van oplevering. Tot oplevering kan het dus zo zijn dat de aannemer zijn verplichtingen niet nakomt, maar omdat de prestatie niet opeisbaar is, kan van verzuim sowieso geen sprake zijn.<sup>3</sup> Weliswaar kunnen er op de aannemer verplichtingen rusten die hij reeds tijdens het werk (dus voor oplevering) moet nakomen maar die doen volgens het scheidsgerecht aan dit uitgangspunt niet af. Niet nakoming van deze verplichtingen biedt geen zelfstandige grondslag voor ontbinding (althans niet zonder meer, het scheidsgerecht laat daar dus enige ruimte).

**10.** De gevolgen voor de praktijk laten zich raden. Het wegens onvoldoende werk of onvoldoende voortgang voor oplevering buitengerechtelijk ontbinden van de aannemingsovereenkomst of opschorten van de verplichting tot betalingen door de opdrachtgever<sup>4</sup>, is opeens een stuk lastiger geworden.

**11.** Buitengerechtelijke ontbinding door de opdrachtgever is dan alleen nog mogelijk als voldaan is aan de vereisten van art. 6:265 BW jo. art. 6:80 BW, de zogeheten anticipatieve ontbinding (ontbinding terwijl de prestatie nog niet opeisbaar is). Opschorten van de betalingsverplichting is alleen nog mogelijk als aan de vereisten van art. 6:263 BW (de zogeheten onzekerheidsceptie) is voldaan.

**12.** Misschien dat art. 7:756 BW hier dan uitkomst biedt. Immers, dit artikel behelst een verruiming van de algemene regeling van de anticipatieve ontbinding. Waar bij toepassing van de algemene regeling moet *vaststaan* dat de aannemer zal tekortschieten, is bij toepassing van art. 7:756 BW de *waarschijnlijkheid* van een tekortkoming voldoende om te kunnen ontbinden. Nadeel is dat voor toepassing van art. 7:765 BW inschakeling van de rechter nodig is hetgeen afbreuk doet aan de effectiviteit van dit middel.<sup>5</sup> Mede daardoor leidt dit artikel een enigszins wegwijvend bestaan. Hoe dan ook, de overwegingen van het scheidsgerecht verdienen een nadere beschouwing gelet op de in potentie grote gevolgen voor de rechtspraktijk.

### Opeisbaarheid prestatie

**13.** Datgene waartoe de schuldenaar gerechtigd is en de schuldenaar verplicht is, noemen we de prestatie. Een prestatie kan bestaan uit een geven, doen of een niet

<sup>3</sup> Zie art. 6:81 BW. 'De schuldenaar is in verzuim gedurende de tijd dat de prestatie uitblijft *nadat* zij opeisbaar is geworden [...].'

<sup>4</sup> Zie art. 6:52 wil een schuldenaar de nakoming van zijn verbintenis kunnen opschorten, dan is in de eerste plaats vereist dat zijn vordering op de wederpartij, hoewel opeisbaar, niet wordt nagekomen.

<sup>5</sup> Zie Asser/*Van den Berg* 7-VI, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 168.

<sup>2</sup> Zie ro. 19.

doen. Wanneer is die prestatie en in het bijzonder in geval van aanneming van werk nu opeisbaar?

**14.** De hoofdregel volgt uit art. 6:38 BW. Indien in de overeenkomst geen termijn voor de nakoming is gesteld, is de prestatie onmiddellijk opeisbaar. Op grond van art. 6:2 BW dient echter de redelijkheid en billijkheid in acht te worden genomen. Daaruit volgt dat aan de schuldenaar zoveel tijd moet worden gelaten als hij redelijkerwijs voor het verrichten der prestatie nodig heeft.<sup>6</sup>

**15.** Een verbintenis kan ook een termijn voor de nakoming inhouden. Er hoeft dan niet eerder gepresteerd te worden dan tot het bepaalde tijdstip is aangebroken.<sup>7</sup> Denk bijvoorbeeld aan de afspraak dat levering van de woning zal plaatsvinden 3 maanden na gezamenlijke ondertekening van de overeenkomst. Een dergelijke verbintenis noemen we ook wel een verbintenis onder opschortende tijdsbepaling of een niet-opeisbare verbintenis.<sup>8</sup>

**16.** Terug naar de aanneemkomst. Een snelle lezing van bovenstaande zou de gedachte kunnen doen postvatten dat de termijn voor oplevering kwalificeert als een termijn voor nakoming. Tot het tijdstip van overeengekomen oplevering is de prestatie dan dus niet opeisbaar. Is geen termijn voor oplevering overeengekomen dan 'krijgt' de aannemer de tijd die hij redelijkerwijs nodig heeft om het werk te realiseren en gedurende die tijd is de prestatie ook niet opeisbaar. Zo bezien, zouden de overwegingen van het scheidsgerecht inderdaad hout kunnen snijden. Deze conclusie is naar mijn mening echter te kort door de bocht.

#### Wat is de prestatie van de aannemer: dare of facere?

**17.** Zoals uit bovenstaande blijkt, gaat het om de opeisbaarheid van de prestatie van de aannemer. Daarmee is de vraag aan de orde wat nu precies de overeengekomen prestatie is. Is dit het opleveren van een werk of ziet de prestatie ook op de uitvoeringswerkzaamheden die de aannemer verricht op de weg daar naar toe. Immers, om tot oplevering te kunnen komen heeft de aannemer het nodige gepresteerd (palen geheid, funderingen gestort, muren gemetseld, installaties geplaatst, noem het allemaal maar op). Allemaal werkzaamheden waarbij de aannemer fouten kan maken.

**18.** Wat nu de kenmerkende prestatie van de aannemer is, wordt door Van den Berg uitdrukkelijk aan de orde gesteld.<sup>9</sup> Hij onderscheidt daarbij twee opvattingen. Of de kenmerkende prestatie van de aannemer bestaat in een *dare*<sup>10</sup>, het opleveren van een werk aan de wederpartij, of deze bestaat in een *facere*<sup>11</sup>, het uitvoeren van een werk op aanwijzing van de wederpartij.

**19.** Bij een *dare* gaat het er om dat de aannemer op het afgesproken tijdstip een zaak levert die aan de gestelde eisen voldoet. Het daarvoor te vervullen productieproces is dan louter een interne kwestie van de aannemer. Pas bij de oplevering kan dan blijken of de aannemer aan zijn verplichting heeft voldaan. De prestatie van de aannemer is in deze opvatting dus pas opeisbaar op het afgesproken tijd van oplevering.

**20.** Van den Berg en het merendeel van de doctrine<sup>12</sup> huldigt de opvatting dat bij aanneming van werk sprake van een *facere*. Daarbij is de te verrichten arbeidsprestatie zelf tot voorwerp van de overeenkomst gemaakt en kan de opdrachtgever dus invloed uitoefenen op de wijze waarop de aannemer het werk realiseert. De aannemer is dan gedurende de gehele bouwtijd gehouden zich te richten naar de aanwijzingen en eisen van de opdrachtgever. Deze opvatting sluit ook aan bij de wettelijke definitie van de aanneemovereenkomst. Deze is gericht op een *facere*: het tot stand brengen van een werk.

**21.** De aannemer kan volgens Van en Berg dus gedurende de hele periode tussen het sluiten van de van de overeenkomst en de overeengekomen datum van oplevering, tekortschieten en daardoor aanleiding geven tot ontbinding van de overeenkomst<sup>13</sup>. Met andere woorden: in deze visie is de prestatie van de aannemer ook voor oplevering al opeisbaar.

**22.** Opvallend is dat ook van den Berg onderkent dat er typen van aanneemovereenkomsten zijn die toch meer van een *dare* weghebben dan een *facere*. Als voorbeeld noemt hij de particuliere woningbouw waarbij de particulier een woning verkrijgt die onderdeel is van een door de aannemer (of een derde) ontwikkeld plan waarbij de invloed van de particulier op dat bouwplan en de realisatie minimaal is<sup>14</sup>. In die zin zal dus steeds per overeenkomst moeten worden beoordeeld wat de kenmerkende prestatie van de aannemer is. Pas dan zou iets gezegd kunnen worden over de het tijdstip waarop die prestatie opeisbaar is.

**23.** Overigens zijn de consequenties hiervan wel bijzonder. De particulier die tijdens de bouw van zijn woning constateert dat de verkeerde schuifpui wordt geplaatst, beschikt mogelijk over maar beperkte rechtsmiddelen. Als zijn overeenkomst inderdaad kwalificeert als een *dare* heeft hij immers nog geen opeisbare vordering dus geen recht om b.v. betaling van een termijn op te schorten.

**24.** Deze particuliere opdrachtgever heeft dan minder rechten dan bijvoorbeeld het Rijksvastgoedbedrijf wanneer die middels een klassiek UAV 2012 contract een pand laat realiseren. Die heeft dan wel het recht heeft om

**6** Asser/Sieburgh 6-I, Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 240.

**7** Asser/Sieburgh 6-I, 2016, nr. 241.

**8** Asser/Sieburgh 6-I, 2016, nr. 242.

**9** Asser/Van den Berg 7-VI, 2017, nr. 169.

**10** Latijn voor geven.

**11** Latijn voor maken.

**12** Asser/Van den Berg 7-VI, 2017, nr. 34

**13** Zie ook C.E.C. Jansen, *Aanneming van werk* (Mon. BW nr. B84), 2013, nr. 56, waarin Jansen erkent dat in deze uitleg artikel art. 7:756 BW (ontbinding voor oplevering) grotendeels overbodig is maar zich verder niet waagt aan een kwalificatie van de prestatie van de aannemer.

**14** Asser/Van den Berg 7-VI, 2017, nr. 34

tussentijds betalingen op te schorten als de aannemer niet bouwt volgens de eisen van het bestek. Leg dat die particulier maar eens uit.

### Terug naar de casus

**25.** Het is wel duidelijk welke leer het scheidsgerecht aanhangt. Gezien de gehanteerde bewoordingen in het vonnis kwalificeert zij de overeengekomen prestatie van de aannemer als een *dare*. Als we echter met Van den Berg aannemen dat een wezenlijk kenmerk van deze prestatie is dat het productieproces een louter intern proces is, dan lijkt de kwalificatie *dare* die het scheidsgerecht i.c. bezigt niet juist

**26.** Zoals al aangehaald, de aannemer moest bouwen conform de eisen van het bestek, de UAV 2012 was van toepassing en er is directie gevoerd. Directievoering houdt in dat de directie gedurende de bouw toezicht houdt op de naleving van de overeenkomst. Constateert de directie daarbij gebreken, dan is de aannemer gehouden die gebreken binnen een redelijke, door de directie te stellen termijn te herstellen.<sup>15</sup> Voorts is de aannemer gehouden om gevolg te geven aan de orders en aanwijzingen van de directie.<sup>16</sup> Gegeven deze uitgangspunten is het productieproces (het eigenlijke bouwen) niet louter een interne kwestie van de aannemer. Daarvoor was de invloed van de opdrachtgever op dat proces te groot.

**27.** Kortom, de algemene overwegingen van het scheidsgerecht zijn in strijd met het in de literatuur aangehaalde onderscheid tussen *dare* en *facere*. De overeenkomst in kwestie betreft een *facere* waarbij de prestatie van de aannemer gedurende de hele bouw opeisbaar is en de aannemer dus ook gedurende dat hele bouwproces in verzuim kan geraken. In zoverre is dit vonnis van het scheidsgerecht mijns inziens dus onjuist.

**28.** Dit laatste betreft natuurlijk een oordeel op basis van de heersende doctrine en literatuur. Het is ook interessant om te zien wat blijkens de jurisprudentie nu de kenmerkende prestatie van de aannemer is.

### De Hoge Raad

**29.** In één mij bekend geval heeft de Hoge Raad geoordeeld over de opeisbaarheid van de prestatie van de aannemer voor oplevering.<sup>17</sup> Het ging om een zaak waarin de opdrachtgever een aannemer opdracht gaf tot het vernieuwen van de dakbedekking. Partijen kregen onenigheid over de voortgang en de kwaliteit van de werkzaamheden. De opdrachtgever schortte uiteindelijk betaling op en de aannemer verliet daarop het werk.

**30.** Bij het Hof<sup>18</sup> komt dan de vraag aan de orde of de opdrachtgever een voorstel van de aannemer tot herstel mocht weigeren. Dit voorstel kende als voorwaarde een substantiële betaling door de opdrachtgever. De opdrachtgever stelde dat hij daarom het voorstel mocht weigeren. De aannemer diende eerst te herstellen voor hij zijn opschortingsrecht zou hoeven prijs te geven. Van hem (opdrachtgever) kon niet verlangd worden dat hij eerst zou betalen, zo betoogde hij.

**31.** Het Hof gaat daarin niet mee. Het Hof baseerde zijn beslissing mede op het feit dat er nog geen sprake was van oplevering en het feit dat de gebreken hersteld konden worden.<sup>19</sup> Het Hof lijkt met zoveel woorden te zeggen dat gebreken die reeds voor oplevering aanwezig zijn geen rol mogen spelen bij de vraag op de opdrachtgever betaling mocht opschorten. In de woorden van het Hof (ro. 3.9): 'Het hof overweegt hierbij dat de deugdelijkheid van de reeds uitgevoerde werkzaamheden hierbij (beoordeling of herstelvoorstel redelijk was ja dan nee, RJK) niet van belang was, omdat immers nog geen sprake was van oplevering. Dit zou wellicht anders kunnen zijn indien sprake was van ondeugdelijk uitgevoerde werkzaamheden die zich niet meer voor herstel leenden, maar zulks is niet gesteld of gebleken.'

**32.** Reden voor de opdrachtgever om in cassatie onder andere de hierboven besproken theorie over *dare* en *facere* aan te halen.<sup>20</sup> De Hoge raad heeft er weinig woorden voor nodig en overweegt<sup>21</sup>: 'Anders dan het hof oordeelde, staat aan het inroepen van het opschortingsrecht door Kenter op grond van de ondeugdelijkheid van de reeds uitgevoerde werkzaamheden (en aan het oordeel dat het voorstel van Slierings niet redelijk is) niet in de weg dat nog geen sprake was van oplevering van het werk door Slierings en dat de gebreken zich voor herstel leenden. Het opschortingsrecht strekt immers juist ertoe druk op Slierings uit te oefenen om de tegenvordering na te komen, en heeft, voor het geval Slierings daarmee in gebreke zou blijven, mede het karakter van zekerheid van de voldoening (door middel van verrekening) van de uit zijn verzuim voortvloeiende schadevordering [...]'

**33.** Met andere woorden: de Hoge Raad acht het mogelijk dat de opdrachtgever haar betalingsverplichtingen opschort vanwege gebreken aan het werk die voor oplevering zijn opgemerkt. Zoals we zagen, vereist een beroep op het opschortingsrecht dat de vordering op de wederpartij opeisbaar is (en niet wordt nagekomen). Impliciet stelt de Hoge Raad dus dat de opdrachtgever voor oplevering een opeisbare vordering tot herstel heeft van de (voor oplevering) geconstateerde gebreken. In zijn noot onder dit arrest concludeert ook T.F.E. Tjong Tjin Tai dat het ging om een vordering tot herstel die opeisbaar is.<sup>22</sup>

<sup>15</sup> UAV 2012, par. 6 lid 7.

<sup>16</sup> UAV 2012, par. 6 lid 2.

<sup>17</sup> HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:95, JOR 2014/121 met annotatie van mr. J.J. Dammigh, NJ 2014/236 m.nt. van T.F.E. Tjong Tjin Tai

<sup>18</sup> Hof Amsterdam 14 september 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:2467.

<sup>19</sup> Zie ro. 3.5, 3.7, 3.9.

<sup>20</sup> Zie cassatiemiddel onder 4.2 en 5.1.

<sup>21</sup> Ro. 3.5

<sup>22</sup> NJ 2014/236 met annotatie van T.F.E. Tjong Tjin Tai, onder sub 3.

**34.** De algemene overwegingen van het scheidsgerecht zijn dus ook in strijd met dit arrest van de Hoge Raad. De Hoge Raad is van oordeel dat wel degelijk voor oplevering sprake kan zijn van een opeisbare vordering tot herstel van gebreken. Dus kan een aannemer, die dit herstel niet binnen een door de opdrachtgever gestelde redelijke termijn uitvoert, in verzuim raken. Dit laatste kan weer grond kan geven voor ontbinding van de overeenkomst.

**35.** Een nuancerende opmerking is echter wel op zijn plaats. De Hoge Raad baseert haar oordeel voornamelijk op het doel en de strekking van het opschortingsrecht (druk uitoefenen, zekerheidsrecht). Dat doel zou door het arrest van het Hof teniet gedaan worden en dus casseert de Hoge Raad. Maar voor je het doel en de strekking van het opschortingsrecht als argument kan gebruiken, dient mijns inziens wel eerst vast te staan dat sprake is van een opschortingsrecht. En om dat vast te stellen, had de Hoge Raad moeten vaststellen of de vordering tot herstel van gebreken, voor oplevering, een opeisbare vordering is. En daarmee lag dan de vraag op tafel wat, gegeven de aard en omvang van de concrete overeenkomst, de kenmerkende prestatie van de aannemer was (*dare* of *facere*). Juist op die wezenlijke vraag heeft de Hoge Raad geen expliciet antwoord gegeven en dat is jammer.

#### Opeisbaarheid prestatie aannemer: andere visie

**36.** In de leer van Van den Berg, waarbij de aanneemovereenkomst gericht is op een *facere*, is de prestatie van de aannemer dus ook voor oplevering opeisbaar. Maar hoe zit het dan met opleveringstermijn? Is dit een termijn voor nakoming? Zo ja, dan zou de prestatie van de aannemer tot oplevering hoe dan ook niet opeisbaar zijn? Dat vraagt nog om een nadere beschouwing, ook omdat het scheidsgerecht langs die weg lijkt te redeneren.

**37.** De verplichting van de aannemer bestaat volgens art. 7:750 lid 1 BW uit twee prestaties. De aannemer moet (1) een werk tot stand brengen en (2) dit werk opleveren. Wat betekent een termijn voor oplevering nu voor de opeisbaarheid van deze prestaties?

**38.** Over de verplichting om op te leveren, kan ik kort zijn. Een overeengekomen opleveringstermijn kwalificeert mijn inziens als een termijn voor nakoming ex art. 6:38 BW. Pas op het overeengekomen tijdstip kan van de aannemer verlangd worden dat hij oplevert. Tot die tijd is zijn verplichting om op te leveren dus niet opeisbaar.

**39.** Voor de verplichting om een werk tot stand te brengen ligt dit volgens mij anders. Het begrip 'tot stand brengen' ziet volgens Jansen<sup>23</sup> op het proces naar het materiële eindresultaat. Dat zal ook niemand verbazen. Het bouwen is een proces van handelingen (heien, beton storten, metselen etc.) die uiteindelijk moet leiden tot het gewenste c.q. overeengekomen resultaat.

**40.** Mag de aannemer dit proces, het eigenlijke bouwen, nu opschorten tot het moment van opleveren? Nee, is het logische antwoord. Immers als de aannemer dat zou doen, is er op het moment van opleveren niets om op te leveren. Maar dit zou wel de consequentie zijn als we de opleveringstermijn kwalificeren als termijn voor nakoming van de verplichting om een werk tot stand te brengen. Die termijn geeft immers de aannemer dan het recht de uitvoering van de verbintenis op te schorten tot datum van oplevering.<sup>24</sup>

**41.** Logischer en beter lijkt het om de opleveringstermijn niet te beschouwen als een termijn voor nakoming van de verplichting om een werk tot stand te brengen maar alleen voor de verplichting om op te leveren. Voor de verplichting om een werk tot stand te brengen geldt dan geen termijn voor nakoming zodat die prestatie in beginsel direct opeisbaar is. Uiteraard met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid.

**42.** Deze opvatting heeft tot gevolg dat de aannemer, met in achtneming van de redelijkheid en billijkheid, direct moet presteren en de opdrachtgever nog tijdens de bouw rechtsmaatregelen kan treffen als de aannemer daarin tekortschiet.

#### Slot

**43.** Dit jaar vieren we dat de 'nieuwe' titel aanneming van werk 15 jaar bestaat. Op zich is het best bijzonder dat na 15 jaar er nog discussie mogelijk lijkt te zijn over wat nu de kenmerkende prestatie is van de aannemer. Is die prestatie nu het op een gegeven tijdstip opleveren van een werk dat aan de overeengekomen eisen voldoet (*dare*) of het gedurende de bouw voldoen aan de aanwijzingen van de opdrachtgever (*facere*)? Het scheidsgerecht koos duidelijk voor de eerste opvatting. De Hoge Raad lijkt impliciet de tweede opvatting aan te hangen.

**44.** Wel is duidelijk dat wanneer we het door Van den Berg genoemde onderscheid tussen *dare* en *facere* hanteren, een overeenkomst (gegeven de specifieke bepalingen) weleens aanleiding zou kunnen geven tot de conclusie dat de kenmerkende prestatie een *dare* is. Met alle consequenties van dien voor het voor oplevering opschorten van de (betalings)verplichtingen en het buitengerechtelijk ontbinden van de overeenkomst.

**45.** Bij het opstellen van een aanneemovereenkomst lijkt het dan ook verstandig om aandacht te besteden aan de vraag wat de kenmerkende prestatie van de aannemer nu precies is. Dit om te voorkomen dat hangende de bouw partijen in een lastige discussie verzeild raken over het antwoord op de vraag of tussentijds mag worden opgeschort of ontbonden.

R.J. Kwaak

<sup>23</sup> Aanneming van werk (Mon. BW nr. B84), 2013, nr. 6.

<sup>24</sup> Asser/Sieburgh 6-1, 2016 nr. 245.