

eerder een passende beoordeling is gemaakt. Dit kan bijvoorbeeld door in de planregels op een duidelijke wijze naar de verleende Nbw 1998-vergunning te verwijzen.
(...)

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

- I. verklaart de beroepen van [appellant sub 1A] en [appellant sub 1B], en van [appellant sub 2A] en [appellant sub 2B] gegrond;
- II. vernietigt het besluit van de raad van de gemeente Losser van 21 april 2015 waarbij het bestemmingsplan "Buitengebied, partiële herziening vestiging agrarisch bedrijf Kremersveenweg" is vastgesteld;

(Enz., enz., red)

Noot

1. Van deze uitspraak zijn alleen de onderdelen over natuurbescherming gepubliceerd.
2. Dit is weer een uitspraak over de relatie tussen bestemmingsplannen en het natuurbeschermingsrecht. Daarin gaat vaak iets mis. In dit tijdschrift is hier onlangs al uitgebreid aandacht aan besteed.² Deze uitspraak laat een variant zien, omdat de gemeenteraad een praktische oplossing had bedacht die ik nog niet eerder was tegengekomen. Daarom is deze uitspraak hier gepubliceerd.
3. Het bevoegd gezag had een passende beoordeling van het bestemmingsplan achterwege gelaten met het argument dat deze al had plaatsgevonden voor de natuurbeschermingsvergunning voor het project. Dat mag (art. 19j, lid 5, Natuurbeschermingswet 1998, zie overweging 4.8), maar de informatie van de passende beoordeling moet dan wel actueel en volledig zijn en betrekking hebben op dezelfde situatie. De gemeenteraad dacht een praktische oplossing te hebben gevonden door in het bestemmingsplan te verwijzen naar de geldende natuurbeschermingswetvergunning, met inbegrip van toekomstige wijzigingen daarvan. Dit vindt de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State onduidelijk en dus in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel. De gemeenteraad kan niet een uitspraak doen over de ruimtelijke aanvaardbaarheid van een bestemming, indien deze is gekoppeld aan een vergunning die kan veranderen en waardoor ook niet vaststaat over welke activiteit het precies gaat. Dit lijkt mij logisch, want de Natuurbeschermingswet 1998 en de Wet ruimtelijke ordening hebben verschillende doelen en dus zijn er uiteenlopende beoordelingsaspecten die niet 1:1 aan elkaar kunnen worden gekoppeld. Het gevolg van deze redenering is dat het desbetreffende bestemmingsplanvoorschrift waarin de bestemming aan de Nbw 1998-vergunning was gekoppeld, wordt vernietigd. Zonder dat voorschrift is er ook geen sprake meer van dezelfde situatie waarop de Nbw 1998-vergun-

ning en de bestemming betrekking hebben. Dat leidt weer tot de conclusie dat er ten onrechte geen passende beoordeling is verricht. De consequentie daarvan is dat er ook een plan-MER moet plaatsvinden, want dat is verplicht indien voor een plan een passende beoordeling moet worden gemaakt.

4. Uit deze uitspraak blijkt weer dat het bij de vaststelling van een bestemmingsplan duidelijk moet zijn waar het precies over gaat, waarbij moet worden uitgegaan van de maximale mogelijkheden die het plan biedt en waarbij ook geen latere veranderingen van de bestemming mogelijk mogen zijn. De Afdeling bestuursrechtspraak geeft de gemeenteraad 2 concrete suggesties mee hoe hij dit kan bereiken. In de eerste plaats kan een passende beoordeling en plan-MER worden gemaakt. In de tweede plaats kan het bestemmingsplanvoorschrift verwijzen naar een concrete vergunning, zonder daarbij ook eventuele toekomstige wijzigingen mee te nemen. Hierdoor wordt verzekerd dat de bestemming die mag worden verwezenlijkt precies dezelfde is als die waarvoor de Nbw 1998-vergunning is verleend. Beide mogelijkheden zijn eigenlijk niet de praktische oplossing die de gemeenteraad had beoogd.

H.E. Woldendorp

Koop- en aannemingscontracten

BR 2016/64

Raad van Arbitrage voor de Bouw 14 april 2016, nr. 72.020 (mr. E.J. van Sandick, ir. G.M.F.J. Hammer, ing. J.M.A. Kuijper) m.nt. J.M. Henriquez¹

(Art. 6:91, art. 6:238 lid 2 en art. 6:119a BW)

Uitleg van een depotregeling uit een koop-/aannemingsovereenkomst

Door opdrachtgeefster is niet-aannemelijk gemaakt dat zij de onderhavige regeling in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs als een boetebeding mocht aanmerken en redelijkerwijs mocht verwachten dat zij aannemster de laatste 5% van de aanneemsom na herstel van de gebreken niet meer verschuldigd zou zijn. Er moet immers vanuit worden gegaan dat een depot van 5% van de aanneemsom bij een notaris een gebruikelijke regeling is die zekerheid moet bieden (hetgeen ook in art. 3 lid 7 van de KAO staat vermeld) en nergens blijkt uit dat het gaat om een boetebeding. Naar het oordeel van appellarbiters hebben arbiters in eerste aanleg dan ook terecht geoordeeld dat het recht van aannemster op betaling van de aanneemsom niet vervalt en dat opdrachtgeefster voor het verkrijgen van schadevergoeding de weg van art. 15 lid 1 van de KAO dient te volgen.

² H.E. Woldendorp, *Opgepast! Bestemmingsplannen en de PAS (sende beoordeling)*, BR 2016/10, p. 57-70. In deze publicatie staan verwijzingen naar andere publicaties en wordt veel jurisprudentie besproken.

¹ Mr. J.M. Henriquez is advocaat bij Conway Advocaten & Attorneys-at-law.

Het scheidsgerecht

1. Ondergetekenden, MR. E.J. VAN SANDICK, lid-jurist van het College van Arbiters van de Raad van Arbitrage voor de Bouw, IR. G.M.F.J. HAMMER, bij zijn benoeming lid-deskundige van het College van Arbiters van de Raad, thans oud-lid, en MEVROUW ING. J.M.A. KUIJPER, lid-deskundige van dit College, zijn door de voorzitter van de Raad overeenkomstig de statuten van de Raad benoemd tot scheidslieden in dit geschil in hoger beroep. Appellarbiters hebben hun benoeming schriftelijk aanvaard. Bij brief van 27 november 2015 is daarvan mededeling gedaan aan partijen. Overeenkomstig de statuten van de Raad is aan het scheidsgerecht toegevoegd mevrouw mr. M.T.Y. Kokee, secretaris.

Het verloop van de procedure

2. Bij memorie van grieven, bij het secretariaat van de Raad binnengekomen per fax op 13 juli 2015 en per post op 14 juli 2015, is opdrachtgeefster in hoger beroep gekomen van het scheidsrechterlijk vonnis van 13 april 2015, onder geschilnummer 34.883 tussen aanneemster als eiseres en opdrachtgeefster als verweerster geweest door ir. E.J.M. de Groot, ing. J. Visser en R. Wilken, allen lid-deskundige van het College van Arbiters van de Raad. Opdrachtgeefster heeft het procesdossier van het geschil in eerste aanleg overgelegd.

3. Voor de loop van het geding wordt verder verwezen naar de volgende stukken:

- de memorie van antwoord in appel;
- de pleitnotities van mevrouw mr. Grasboer;
- de pleitnota van mevrouw mr. Speksnijder.

4. De mondelinge behandeling van dit geschil is gehouden op 30 maart 2016.

De gronden van de beslissing

De bevoegdheid en de ontvankelijkheid

5. De bevoegdheid van appellarbiters tot beslechting van het onderhavige geschil bij scheidsrechterlijk vonnis staat onbetwist tussen partijen vast.

6. De memorie van grieven is binnen drie maanden na de datum van het beroepen vonnis binnengekomen bij het secretariaat van de Raad, zodat opdrachtgeefster in zoverre ontvankelijk is in haar appel.

Het geschil in eerste aanleg

7. Tussen partijen is een geschil ontstaan naar aanleiding van een tussen hen gesloten koop-/aannemingsovereenkomst.

8. In eerste aanleg vorderde aanneemster, kort samengevat, bij arbitraal vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, *primair* opdrachtgeefster te veroordelen instructie te geven aan notaris C. te X. om het onder diens beheer staande depot ad € 104.820,00 aan aanneemster uit te betalen en *subsidiair* opdrachtgeefster te veroordelen tot betaling aan aanneemster van € 104.820,00 *zowel primair als subsidiair* met veroordeling van opdrachtgeefster tot bet-

taling van de wettelijke handelsrente, althans de wettelijke rente over dat bedrag vanaf 17 april 2013 en veroordeling van opdrachtgeefster in de proceskosten, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente, althans de wettelijke rente vanaf veertien dagen na datum vonnis.

9. Opdrachtgeefster voerde gemotiveerd verweer tegen toewijzing van deze vorderingen en vorderde in reconventie, kort samengevat, aanneemster te veroordelen om instructie geven aan de notaris om het depot aan opdrachtgeefster uit te betalen, met veroordeling van aanneemster in de kosten van de procedure, te vermeerderen met de wettelijke rente indien zij deze kosten niet binnen veertien dagen na het deponeren van het vonnis voldoet.

10. Arbiters in eerste aanleg hebben de primaire vordering van aanneemster en de reconventionele vordering van opdrachtgeefster afgewezen. Het door aanneemster subsidiair gevorderde bedrag van € 104.820,00 is toegewezen, met de wettelijke rente daarover vanaf 8 mei 2013.

Het geschil in hoger beroep

11. Opdrachtgeefster formuleert drie grieven en concludeert het vonnis van 13 april 2015, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, te vernietigen en, opnieuw rechtdoende, de vorderingen van aanneemster alsnog af te wijzen, de vorderingen van opdrachtgeefster alsnog toe te wijzen en aanneemster te veroordelen tot (terug)betaling van € 104.820,00 binnen twee dagen na het deponeren van het in deze te wijzen vonnis, te vermeerderen met de wettelijke rente over het depot, met veroordeling van aanneemster in de kosten van de procedure, waaronder begrepen de kosten van juridische bijstand gevallen aan de zijde van opdrachtgeefster in eerste aanleg en in hoger beroep, te vermeerderen met de wettelijke rente indien zij deze kosten niet binnen veertien dagen na het deponeren van het vonnis voldoet.

12. Aanneemster voert gemotiveerd verweer en concludeert het vonnis in eerste aanleg te bevestigen en opdrachtgeefster te veroordelen tot vergoeding van de proceskosten van aanneemster in hoger beroep, daaronder begrepen een redelijke vergoeding voor de kosten van juridische bijstand, alsmede de nakosten, met bepaling dat, indien deze kosten niet binnen twee weken na dagtekening van het vonnis in hoger beroep zullen zijn voldaan, opdrachtgeefster daarover zonder nadere sommatie wettelijke rente zal zijn verschuldigd.

De feiten

13. In rechtsoverweging 5 van het vonnis in eerste aanleg zijn de volgende feiten vastgesteld:

- a. partijen hebben een koop-/aannemingsovereenkomst gesloten met betrekking tot de koop/verkoop van een perceel grond op de locatie D. te Y. en de bouw van bedrijfsgebouw in drie bouwlagen met parkeerplaatsen, deel uitmakend van een bedrijfsverzamelgebouw E., een en ander voor de koop-/aanneemsom van € 3.300.000,00 exclusief btw; van deze overeenkomst is tussen partijen een akte opgemaakt, die door partijen is ondertekend op 12, 14 respectievelijk 26 oktober 2010 (productie 1);

- b. aannemster heeft het werk gerealiseerd en opgeleverd op 13 maart 2012; bij oplevering is een lijst opgemaakt van resterende gebreken; één van die gebreken betrof lekkage van het dak op de tweede verdieping (productie 3); van die lekkage is door BDA Dakadvies eveneens op 3 april 2012 een rapport uitgebracht (productie 4); daaruit bleek dat er sprake was van insluiting van vocht tussen de dakconstructie en de dakbedekking;
- c. herstel van het gebrek aan het dak heeft plaatsgevonden op 7 en 10 september 2012; dit bleek niet afdoende volgens rapportage van BAM Advies en Engineering (A&E) van 15 oktober 2012 (productie 16); aanvullend herstel is na de winter door aannemster gepleegd op 15 tot en met 17 april 2013; volgens rapportage van BAM A&E van 2 mei 2013 was dit herstel wel afdoende (productie 6);
- d. op 24 mei 2013 is wederom lekkage gemeld; deze heeft aannemster daarop hersteld;
- e. artikel 3 lid 7 van de overeenkomst bepaalt: *Tot zekerheid voor de nakoming van de volgens de opname te verrichten werkzaamheden zal door opdrachtgeefster bij oplevering een bedrag conform bijgevoegd desbetreffend termijnschema ten laste van de laatste termijn in depot worden gesteld. Het bedrag wordt bij de notaris in depot gehouden. Aannemster en opdrachtgeefster verkrijgen ten gevolge hiervan een voorwaardelijke vordering op de notaris. Deze vordering wordt (geheel of gedeeltelijk) onvoorwaardelijk voor aannemster na ontvangst door de notaris van een schriftelijke bevestiging van opdrachtgeefster dat aannemster aan (een deel van) haar verplichtingen ex artikel 3 lid 3 sub a heeft voldaan en dat opdrachtgeefster ter zake niets meer van aannemster te vorderen heeft. Deze vordering wordt (geheel of gedeeltelijk) onvoorwaardelijk voor opdrachtgeefster indien aannemster binnen zes maanden na oplevering niet geheel of gedeeltelijk aan haar verplichtingen (nakoming van de volgens de opname te verrichten werkzaamheden) heeft voldaan, hetgeen wordt aangemerkt als een toerekenbare tekortkoming tenzij aannemster kan aantonen dat zulks niet het geval is. Behoudens indien er sprake is van een niet-toerekenbare tekortkoming, zal het depotbedrag geheel of gedeeltelijk door de notaris worden uitgekeerd overeenkomstig opdracht van opdrachtgeefster.*
- f. opdrachtgeefster heeft een bedrag van € 104.820,00 bij de notaris in depot gestort; opdrachtgeefster heeft de notaris bij brief van 30 mei 2013 verzocht het bedrag binnen zeven dagen aan haar uit te keren; de notaris heeft nog niet aan dat verzoek voldaan.
14. Partijen hebben niet tegen deze feiten gegriefd of anderszins bezwaren geuit, zodat deze ook in hoger beroep het uitgangspunt zijn.

De beoordeling van het geschil in hoger beroep

15. Grief 1 richt zich tegen de overweging van arbiters in eerste aanleg dat artikel 3 lid 7 van de overeenkomst een depot betreft dat opdrachtgeefster zekerheid moet bieden dat aannemster haar verplichtingen uit de oplevering zal voldoen (r.o. 13);

Grief 2 richt zich tegen het oordeel van arbiters in eerste aanleg dat het depot aangewend had kunnen worden door opdrachtgeefster om herstelwerkzaamheden door een derde te laten uitvoeren (r.o. 13 en 15) en niet ziet op andere schadevergoeding wegens de tekortkoming dan het verlies aan zekerheid (r.o. 21).

16. Beide grieven richten zich tegen de uitleg van artikel 3 lid 7 van de overeenkomst en lenen zich dan ook voor gezamenlijke behandeling.

17. Opdrachtgeefster stelt dat arbiters in eerste aanleg miskennen dat artikel 3 lid 7 van de overeenkomst een zuiver boetebeding is als bedoeld in artikel 6:91 BW, waarbij de schade op voorhand is bepaald op 5% van de aanneemsom, zodat opdrachtgeefster is ontheven van het bewijs van het bestaan én van de omvang van de door haar geleden schade. In de visie van opdrachtgeefster zijn partijen in artikel 3 lid 7 overeengekomen dat zij alleen dan de laatste termijn van de aanneemsom is verschuldigd indien aannemster de geconstateerde gebreken binnen zes maanden na de oplevering heeft hersteld. Herstelt aannemster niet binnen die termijn, dan verbeurt zij de boete en wordt opdrachtgeefster ontslagen van haar betalingsverplichting.

18. Aannemster betwist dit standpunt, stellende dat een depot van 5% van de aanneemsom een gebruikelijke gang van zaken is in de bouw en ertoe strekt partijen over en weer zekerheid te bieden. Het depot is een prikkel voor de aannemer om de opleveringsgebreken te herstellen, aangezien hij er belang bij heeft om de laatste termijn te ontvangen en de opdrachtgever heeft de zekerheid dat het bedrag in depot staat zolang de gebreken niet zijn hersteld. Indien de aannemer niet binnen zes maanden herstelt valt het depot (+ rente) toe aan de opdrachtgever en zal de aannemer niet alleen alsnog moeten herstellen, maar vervolgens zelf nog betaling moeten zien te verkrijgen van de opdrachtgever. Deze kan intussen (na ingebrekestelling van de aannemer) het geld gebruiken om de gebreken door een derde te laten herstellen en de kosten daarvan verrekenen met hetgeen hij de aannemer nog verschuldigd is. Volgens aannemster is het nooit de bedoeling van partijen geweest om de betalingsverplichting van opdrachtgeefster te laten vervallen wanneer de gebreken niet binnen zes maanden zouden zijn hersteld. Aannemster wijst erop dat in artikel 3 lid 8 van de overeenkomst (productie 1 MvE in eerste aanleg) een boetebeding is opgenomen voor het geval er te laat wordt opgeleverd. Wanneer partijen daadwerkelijk de bedoeling zouden hebben gehad om ten aanzien van te laat herstel van opleveringsgebreken een boetebeding overeen te komen zou dat ook wel als zodanig zijn benoemd, aldus aannemster.

19. Appellarbiters stellen voorop dat de uitleg van artikel 3 lid 7 van de overeenkomst dient te geschieden aan de hand van de zogenoemde Haviltex-maatstaf. Daarbij wordt overwogen dat, ook indien groot gewicht toekomt aan de taalkundige betekenis van de gekozen bewoordingen, de overige omstandigheden van het geval steeds kunnen meebrengen dat een andere (dan de taalkundige) betekenis aan de bepalingen van de overeenkomst moet worden gehecht. Beslissend blijft aldus de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen

gen mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten (HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101, *Nj* 2013/214 (Lundiform/Mexx)). Dat is niet zonder meer anders waar het een overeenkomst tussen twee professionele partijen betreft (vgl. HR 20 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0727 (Gemeente Rotterdam/Eneco) en HR 7 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:260).

20. Op grond van de depotregeling krijgt opdrachtgeefster een onvoorwaardelijke vordering op de notaris indien aanneemster zes maanden na oplevering niet geheel of gedeeltelijk heeft voldaan aan haar verplichting tot herstel van de opleveringsgebreken. Tussen partijen is niet (langer) in geschil dat die situatie zich hier voordoet. De enige vraag die partijen nog verdeeld houdt is de vraag of opdrachtgeefster de termijn van 5% nog verschuldigd is aan aanneemster wanneer deze te laat herstelt. Tijdens de mondelinge behandeling is de gang van zaken rond de totstandkoming van de overeenkomst aan de orde geweest. De heren F. (manager vastgoed bij opdrachtgeefster) en G. (bedrijfsjurist bij H.) waren bij die totstandkoming betrokken. F. verklaarde dat de overeenkomst uit de koker van aanneemster kwam en zonder verdere onderhandelingen over de inhoud is ondertekend. G. meende dat het ging om een standaardtekst maar wist dit niet zeker. Hij meende ook dat hij met mr. de Vis over het contract had gesproken, maar dit werd van de zijde van opdrachtgeefster (na telefonische ruggenspraak met mr. de Vis tijdens een korte schorsing van de mondelinge behandeling) betwist.

21. Appellarbiters overwogen dat uit de inhoud van de in het geding gebrachte stukken, alsmede uit hetgeen partijen ter zitting over en weer naar voren hebben gebracht, niet blijkt dat partijen vóór of bij het tot stand komen van de overeenkomst hebben gesproken over de depotregeling, laat staan over de bedoeling daarvan. Door opdrachtgeefster is niet weersproken dat het een gebruikelijke regeling is in de bouw en ertoe dient aan partijen over en weer zekerheid te bieden. Appellarbiters stellen in dit verband vast dat in het consumentenrecht een depot van 5% van de aanneemsom bij wijze van opschortingsrecht dwingendrechtelijk is vastgelegd (7:768 BW).

22. Door opdrachtgeefster is niet aannemelijk gemaakt dat zij de onderhavige regeling in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs als een boetebeding mocht aanmerken en redelijkerwijs mocht verwachten dat zij aanneemster de laatste 5% van de aanneemsom na herstel van de gebreken niet meer verschuldigd zou zijn. Er moet immers vanuit worden gegaan dat een depot van 5% van de aanneemsom bij een notaris een gebruikelijke regeling is die zekerheid moet bieden (hetgeen ook in artikel 3 lid 7 staat vermeld) en nergens blijkt uit dat het gaat om een boetebeding (in tegenstelling tot artikel 3 lid 8 dat ook betrekking heeft op te laat presteren). Naar het oordeel van appellarbiters hebben arbiters in eerste aanleg dan ook terecht geoordeeld dat het recht van aanneemster op betaling van de aanneemsom niet vervalt en dat opdrachtgeefster voor het verkrijgen van schadevergoeding de weg van artikel 15 lid 1 van de overeenkomst dient te volgen. De grieven falen.

23. Grief 3 richt zich tegen de toewijzing van de laatste termijn aan aanneemster, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente ex artikel 6:1191 BW vanaf 8 mei 2013 (r.o. 19).

24. In haar toelichting op grief 3 stelt opdrachtgeefster dat, doordat aanneemster niet binnen zes maanden heeft hersteld, zij de laatste termijn niet aan aanneemster verschuldigd is. Hierover is reeds overwogen en beslist. Tussen partijen is niet in geschil dat aanneemster de gebreken heeft hersteld. Opdrachtgeefster heeft geen bezwaren geuit tegen de toewijzing van de wettelijke handelsrente vanaf 8 mei 2013. Het voorgaande brengt dan ook met zich mee dat de subsidiaire vordering van aanneemster terecht is toegewezen door arbiters in eerste aanleg. Grief 3 faalt eveneens.

25. De overige stellingen van partijen kunnen onbesproken blijven.

26. Appellarbiters zullen het beroepen vonnis bekrachtigen.

De proceskosten in appel en overige vorderingen

27. Nu opdrachtgeefster in het ongelijk is gesteld, dient zij de kosten van het appel te dragen.

28. De door de Raad gemaakte kosten in appel 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 € 9.768,97 (waarvan € 1.674,09 aan btw) bedragen en zijn verrekend met de door opdrachtgeefster gedane storting.

29. Appellarbiters bepalen de door opdrachtgeefster te betalen tegemoetkoming in de kosten van rechtsbijstand van aanneemster met inachtneming van de Leidraad vergoeding kosten rechtsbijstand, op € 4.500,00 (één memorie (1 punt) + één mondelinge behandeling (2 punten) = 3 punten à € 1.500,00).

30. Ter verrekening van de proceskosten in appel moet opdrachtgeefster dus aan aanneemster € 4500,00 betalen.

31. Wat in hoger beroep meer of anders is gevorderd, zal worden afgewezen.

De beslissing:

Appellarbiters, rechtdoende in hoger beroep als goede mannen naar billijkheid, bekrachtigen het vonnis van 13 april 2015 waarvan beroep; veroordelen opdrachtgeefster ter verrekening van de proceskosten in appel aan aanneemster te betalen € 4.500,00 (vierduizend vijfhonderd euro); wijzen af hetgeen in hoger beroep meer of anders is gevorderd.

Noot

Kern van het geschil

Het geschil in hoger beroep gaat over de uitleg van een afspraak die opdrachtgever en aannemer in art. 3 lid 7 van de tussen hen gesloten koop-/aannemingsovereenkomst ('KAO') hebben gemaakt om een bedrag van € 104.820 (de

laatste termijn die opdrachtgever aan aannemer verschuldigd is) bij een notaris in depot te storten.

Tussen partijen stond in het hoger beroep vast dat dit depotbedrag verband hield met het herstel van eventuele opleveringsgebreken. Partijen zijn overeengekomen dat de opleveringsgebreken binnen een termijn van 6 maanden na oplevering door aannemer dienden te worden hersteld. Aannemer heeft niet tijdig aan haar herstelverplichting voldaan. Daarop heeft opdrachtgever een beroep gedaan op de notaris om tot uitbetaling van het depotbedrag over te gaan, die dit vervolgens – om redenen die niet in de arbitrale vonnissen² worden genoemd – heeft geweigerd. De discussie tussen opdrachtgever en aannemer spitste zich in hoger beroep toe op het antwoord op de vraag op welke wijze de depotregeling moet worden uitgelegd, nu aannemer niet tijdig de opleveringsgebreken heeft verholpen.

2. *Standpunten opdrachtgever en aannemer*

Opdrachtgever zag art. 3 lid 7 van de KAO als een boetedebing ex art. 6:91 BW³ dat haar tevens zou ontslaan van de verplichting om de laatste termijn aan de aannemer over te maken. Aannemer betwistte dit en stelde daartegenover dat het depot in de bouw gebruikelijk is en ertoe strekt om partijen over en weer zekerheid te bieden en tevens bedoeld is als prikkel voor de aannemer om opleveringsgebreken te herstellen. Wanneer niet tijdig wordt hersteld, valt het depot toe aan de opdrachtgever, met behoud van het recht tot herstel maar ook met behoud van de verplichting om de laatste termijn aan de aannemer te voldoen.

3. *Toepassing Haviltex-maatstaf*

Nu partijen van mening verschilden over de uitleg die gegeven moest worden aan art. 3 lid 7 van de KAO, pasten arbiters de Haviltex-maatstaf toe⁴. Arbiters overwogen dat ook wanneer groot gewicht moet worden toegekend aan de taalkundige betekenis van de gekozen bewoordingen, de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepaling mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, beslissend blijft.⁵ Dit is niet anders wanneer het gaat om de uitleg van een afspraak tussen twee professionele partijen.⁶

In het arbitraal vonnis onbenoemd gebleven, doch voor de uitleg van overeenkomsten eveneens relevant, is het arrest van de HR d.d. 13 november 2015 (ECLI:NL:HR:2015:3303) waarin is geoordeeld dat de Haviltex-maatstaf ook van toepassing is indien partijen op de tekst van een overeenkomst haaks op elkaar staande bedoelingen en verwachtingen

baseren en geen van beider interpretaties volstrekt onaanvaardbaar is.⁷ Ook in een dergelijk geval moet de uitleg van de bepaling gebaseerd worden op alle door partijen aangevoerde omstandigheden en niet slechts op de tekst van de overeenkomst.

Arbiters gaan vervolgens in op de totstandkoming van de KAO, de in het geding gebrachte stukken, hetgeen partijen in de procedure naar voren hebben gebracht en geven aan de hand daarvan aan art. 3 lid 7 een uitleg die ik billijk en aanvaardbaar acht en die tevens in lijn is met de depotregeling voor consumenten.⁸ Ik merk daar overigens bij op dat nu art. 3 lid 7 van de KAO tevens bepaalt dat de voorwaardelijke vordering op de notaris *geheel of gedeeltelijk* onvoorwaardelijk voor opdrachtgever kan worden – wanneer aannemer binnen zes maanden na oplevering niet geheel of gedeeltelijk aan haar verplichtingen heeft voldaan – dit een indicatie is die tegen de uitleg van opdrachtgever, dat het gehele depotbedrag als boete c.q. gefixeerde schadevergoeding heeft te gelden, pleit. Daarnaast merk ik ten aanzien van de procedure en de processtrategie het volgende op.

4. *Eerste kanttekening: het contra-proferentem leerstuk*

Uit het arbitraal vonnis in hoger beroep volgt niet dat appellante aandacht heeft geschonken aan het contra-proferentem leerstuk ex art. 6:238 lid 2 BW. Dit lag in zoverre in de rede, dat tijdens de procedure vast is komen te staan dat de KAO uit de koker van de aannemer kwam en partijen niet over art. 3 KAO en de bedoeling van de daarin opgenomen depotregeling hebben gesproken of onderhandeld. Appellante had, met een beroep op de onduidelijkheid (en twijfel) over de betekenis van het beding, kunnen betogen dat enige onduidelijkheid in de overeenkomst voor rekening van de opsteller, de aannemer, dient te komen (zie Hof 's-Hertogenbosch 22 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1195).⁹ Voor zover appellante erin zou slagen om arbiters ervan te overtuigen dat art. 3 lid 7 KAO onduidelijk was, had zij daar in de procedure mogelijk haar voordeel mee kunnen doen.

5. *Tweede kanttekening: hersteltermijn als fatale termijn?*

Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep is in het vonnis aangegeven dat indien aannemer het herstel van de opleveringsgebreken niet binnen zes maanden had afgerond en opdrachtgever daartoe zelf had willen overgaan, zij aannemer in gebreke had moeten stellen. Men kan echter betogen dat de termijn van zes maanden zoals opgenomen in art. 3 lid 7 KAO een fatale termijn is in de zin van art. 6:83 aanhef en onder a BW, ten gevolge waarvan de aannemer na ommekomst van die termijn reeds in verzuim zou raken. Uit de inhoud van de vonnissen¹⁰ volgt bovendien niet dat in de

2 Auteur dezes heeft ook het arbitraal vonnis in eerste aanleg bestudeerd (RvA 13 april 2015, nr. 34.883).

3 Waarbij de schade op voorhand is bepaald op 5% van de aanneemsom, een zogeheten 'gefixeerde schadevergoeding', zodat opdrachtgever is ontheven van het bewijs van het bestaan én van de omvang van de door haar geleden schade.

4 HR 13 maart 1981, NJ 1981/635 (*Ermes c.s./Haviltex*).

5 HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101 (*Lundiform/Mexx*).

6 HR 20 september 2013; ECLI:NL:HR:2013:CA0727 (*Gemeente Rotterdam/Eneco*) en HR 7 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:260 (*Afvalzorg/Slotereind*), waarin is overwogen dat deze maatstaf eveneens dient te worden toegepast indien een beding 'verstreckende gevolgen' heeft.

7 Terug te vinden in r.o. 3.3.3.

8 Hierover meer in E.M. Bruggeman, *'De koop-aannameovereenkomst in perspectief'* (diss.), (Deventer: Kluwer 2010), p. 218 e.v. Zie tevens het dwingendrechtelijke art. 7:768 BW.

9 Dit betrof overigens een geschil tussen twee professionele partijen.

10 Voor het arbitraal vonnis in eerste aanleg verwijs ik naar: RvA 13 april 2015, nr. 34.883.

KAO bedoeld is om een koppeling te maken tussen art. 15 lid 1 KAO (schriftelijke ingebrekestelling per aangetekende brief met een redelijke termijn) en art. 3 lid 7 KAO. Deze bepalingen lijken immers geschreven voor een andere situatie¹¹, op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd lijkt dat de opdrachtgever zes maanden na oplevering een derde had kunnen inschakelen voor het herstel, zonder de aannemer eerst in gebreke te hoeven stellen. Uit het vonnis volgt dat opdrachtgever daartoe niet is overgegaan.

6. ***Derde kanttekening: het in rechte betrekken van de weigerachtige notaris***

Onduidelijk is of appellante in een separate procedure de weigerachtige notaris in rechte heeft betrokken. De grondslag hiervoor zou een tekortkoming in de nakoming van de escrow-agreement zijn, nu de notaris¹² ten onrechte heeft geweigerd om het depotbedrag aan opdrachtgever uit te keren.¹³ Opdrachtgever had immers in mei 2013 terecht een beroep gedaan op de notaris om het depot aan haar uit te keren.¹⁴ Daartoe zijn er grofweg twee mogelijkheden: ten eerste had opdrachtgever een kortgeding procedure tegen de notaris kunnen entameren waarin uitbetaling van het depotbedrag wordt gevorderd en ten tweede, indien de vordering in kortgeding wordt afgewezen, had de Opdrachtgever in een bodemprocedure tegen de notaris – parallel aan deze procedure tegen de aannemer – een verklaring voor recht kunnen vorderen dat de notaris aansprakelijk is voor de schade die zij lijdt en veroordeling van de notaris tot vergoeding van die schade, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet. De schade zou kunnen bestaan uit hetgeen voortvloeit uit de arbitrale procedure tussen opdrachtgever en aannemer, als ook overige schade die opdrachtgever heeft geleden door de onterechte weigering van de notaris om het depotbedrag aan haar uit te keren, met dien verstande dat opdrachtgever nog wel dient aan te tonen dat de schade de notaris als een gevolg van de onterechte weigering kan worden toegerekend. Nu opdrachtgever is veroordeeld om het depotbedrag (met rente ex art. 6:119a BW) aan de aannemer te voldoen, terwijl de notaris het bedrag nog steeds, ten onrechte, onder zich heeft, is een deel van haar schade in ieder geval de extra rente ex art. 6:119a BW die opdrachtgever moet dragen nu zij eerst (wederom) instructies aan de notaris moet geven om het bedrag rechtstreeks aan de aannemer uit te keren, hetgeen waarschijnlijk een paar dagen langer duurt dan wanneer opdrachtgever het bedrag reeds onder zich zou hebben.

J.M. Henriquez

11 Art. 3 lid 7 KAO ten behoeve van zekerheid voor de nakoming van opleveringsgebreken door aannemer en art. 15 KAO voor overige tekortkomingen en de procedure die gevolgd moet worden.

12 Naar alle waarschijnlijkheid handelend als escrow-agent in een driepartijen escrow-agreement.

13 Dit is nog even los van de vraag in hoeverre de notaris tuchtrechtelijk laakbaar heeft gehandeld. De feitenweergave in het vonnis is – begrijpelijk vanuit het oogpunt van de arbitrale procedure (de notaris was geen partij bij deze procedure) – onvoldoende om hierover een mening te kunnen vormen.

14 Zie ook r.o. 17 van het arbitraal vonnis in eerste aanleg.