



Dit document is afgedrukt via IBRTracker op 13-1-2019 en uitsluitend bedoeld voor licentiehouder
o.laan@blumstone.nl.

nr. 2 - februari 2018 (/docs/articles/2018/februari[1])

Deel dit artikel ([https://twitter.com/intent/tweet?text=nr. 2 - februari 2018%20TBR 2018-29 Ontbonden v.o.f. geen procespartij&via=Instituut_BR&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2018/februari/tbr-2018-29](https://twitter.com/intent/tweet?text=nr.2-februari-2018%20TBR-2018-29-Ontbonden-v.o.f.-geen-procespartij&via=Instituut_BR&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2018/februari/tbr-2018-29)) ([https://www.linkedin.com/shareArticle?mini=true&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2018/februari/tbr-2018-29&title=nr. 2 - februari 2018%20TBR 2018-29 Ontbonden v.o.f. geen procespartij&source=IBR Tracker](https://www.linkedin.com/shareArticle?mini=true&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2018/februari/tbr-2018-29&title=nr.2-februari-2018%20TBR-2018-29-Ontbonden-v.o.f.-geen-procespartij&source=IBRTracker)) ([https://www.facebook.com/sharer/sharer.php?u=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2018/februari/tbr-2018-29&t=IBR Tracker%20nr. 2 - februari 2018%20TBR 2018-29 Ontbonden v.o.f. geen procespartij](https://www.facebook.com/sharer/sharer.php?u=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2018/februari/tbr-2018-29&t=IBRTracker%20nr.2-februari-2018%20TBR-2018-29-Ontbonden-v.o.f.-geen-procespartij)) ([mailto:?subject=IBR Tracker Artikel delen&body=Ik vond dit artikel in IBR Tracker:%0D%0Ahttp://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2018/februari/tbr-2018-29](mailto:?subject=IBRTracker%20Artikel%20delen&body=Ik%20vond%20dit%20artikel%20in%20IBRTracker%3A%20http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2018/februari/tbr-2018-29))

TBR 2018/29

Raad van Arbitrage voor de Bouw 14-10-2016, No. 72.079, (Ontbonden v.o.f. geen procespartij)

Mr. R.CH. Verschuur, ir. J.A.A. van Strijp en A.M.H. Vandenbergh

UAV 2012 : par. 42, par. 43, ; Wetboek van Koophandel : art. 32, ; BW : art. 2:19, ; Rv : art. 5, art. 51, art. 1060, ; Hrgw : art. 23,

Vervangen dakbedekking onmogelijk. Ontbonden v.o.f. procespartij. Ontbonden v.o.f. procesbevoegd. Niet-ontvankelijkheid:

Met gastnoot O.H. Laan ¹, Red.

De gronden van de beslissing

De bevoegdheid en de ontvankelijkheid

6. De bevoegdheid van appellarbiters tot beslechting van het onderhavige geschil bij scheidsrechterlijk vonnis staat onbetwist tussen partijen vast. Zij berust op paragraaf 49 lid 2 UAV 2012, waarin een arbitragebeding is opgenomen, verwijzend naar de Raad en zijn arbitragereglement. Dat de UAV 2012 op de overeenkomst van toepassing zijn, kwam ter zitting vast te staan door verklaringen van partijen.

7. De memorie van grieven in principaal appel is binnen een maand na datum van het beroepen vonnis binnengekomen bij het secretariaat van de Raad. Het incidenteel appel is ingesteld bij memorie van antwoord. Partijen zijn derhalve in zoverre ontvankelijk in hun appel.

Het geschil in eerste aanleg

8. De v.o.f. en aannemer vorderden betaling van het restant van de aanneemsom, te weten drie termijnen tot een totaal van € 60.200,00 en de onderhoudstermijn van € 17.500,00 onder verrekening van minderwerk tot een bedrag van € 7.540,80. Opdrachtgevers stelden dat de v.o.f. al was opgeheven voordat de vordering werd ingesteld, zodat de v.o.f. niet-ontvankelijk moest worden verklaard in haar vordering. Met betrekking tot de vordering van aannemer meenden opdrachtgevers dat het werk niet is opgeleverd, zodat de korting blijft doorlopen, voornamelijk in verband met het aanbrengen van een andere dakbedekking dan in het bestek voorgeschreven. Verder ontbrak de folie in de houtskeletbouwwanden en was een aantal kozijnen niet goed afgesteld. Arbiters in eerste aanleg oordeelde over deze geschilpunten bij vonnis in kort geding:

in het incident

VERKLAART de V.O.F. NIET-ONTVANKELIJK in haar vordering;

in de hoofdzaak

in conventie en reconventie

VEROORDEELT opdrachtgevers bij wege van voorschot aan [aannemer] per saldo te betalen € 44.215,34 inclusief btw (vierenvertigduizend tweehonderdvijftien euro en vierendertig cent);

VEROORDEELT [aannemer] VOORWAARDELIJK, onder de voorwaarde dat opdrachtgevers hebben voldaan aan voormelde veroordeling tot betaling van een bedrag aan [aannemer] van € 44.215,34 inclusief btw (vierenvertigduizend tweehonderdvijftien euro en vierendertig cent), tot:

- deugdelijk herstel van de dakbedekking op het (schuine en platte) dak door daarop alsnog de in het bestek voorgeschreven dakbedekking Horaplan 400D aan te brengen;*
- het op deugdelijke wijze aanbrengen van dampremmende folie bij de houtskelet wanden;*
- het deugdelijk herstellen (afstellen) van de kozijnen, zodanig die kozijnen niet meer klemmen en tocht- en waterdicht zijn,*

dit alles binnen een termijn van twee maanden na betaling door opdrachtgevers van meergenoemd voorschot van € 44.215,34 inclusief btw (vierenvertigduizend tweehonderdvijftien euro en vierendertig cent) en op straffe van een dwangsom van € 500,00 per dag dat [aannemer] na betekening van dit vonnis in gebreke blijft aan deze veroordeling te voldoen, dit met een maximum aan te verbeuren dwangsommen van € 25.000,00;

VEROORDEELT opdrachtgevers VOORWAARDELIJK, onder de voorwaarde dat [aannemer] aan de hiervoor vermelde

veroordeling tot herstel heeft voldaan, bij wege van voorschot per saldo aan [aannemer] te betalen € 16.000,00 inclusief btw inclusief btw (zestienduizend euro);
 VEROORDEELT opdrachtgevers ter verrekening van de proceskosten aan [aannemer] te betalen € 1.209,00 (duizend tweehonderdneven euro);
 VEROORDEELT opdrachtgevers ter verrekening van de buitengerechtelijke kosten aan [aannemer] te betalen € 855,00 (achthonderdvijfenvijftig euro);
 VERKLAART dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
 WIJST het meer of anders gevorderde AF.

Het geschil in principaal appel

9. De v.o.f. meent dat arbiter in eerste aanleg haar ten onrechte niet-ontvankelijk heeft verklaard, omdat zij nog bevoegd is in rechte op te treden voor de afwikkeling van de boedel. Aannemer meent dat in redelijkheid van hem niet de vervanging van de dakbedekking kan worden gevraagd, dat de oplevering ten onrechte op 15 maart 2016 is bepaald en dat hij de kozijnen niet opnieuw moet afstellen. Hij ontwikkelt vier grieven tegen het vonnis in eerste aanleg en concludeert in appel:

dat het appellarbiters als rechtens juist moge voorkomen om het tussen partijen gewezen arbitrale vonnis van 21 juli 2016 te vernietigen voor zover aannemer daarbij veroordeeld is om de dakbedekking Horaplan 400 D aan te brengen en om alle kozijnen deugdelijk te herstellen alsmede voor zover aannemer veroordeeld is tot toepassing van een korting op de aanneemsom van € 8.000,00 wegens overschrijding van de bouwtermijn, de v.o.f. alsnog ontvankelijk te verklaren en aan opdrachtgevers alsnog hun vorderingen te ontzeggen met veroordeling van hen in de proceskosten.

10. Opdrachtgevers voeren gemotiveerd verweer onder handhaving en aanvulling van hun stellingen in eerste aanleg en concluderen in principaal appel voor antwoord:

om aannemer niet-ontvankelijk te verklaren in zijn hoger beroep, dan wel zijn hoger beroep ongegrond te verklaren, dan wel de door aannemer ingestelde grieven ongegrond te verklaren, en het vonnis dat op 21 juli 2016 tussen partijen is gewezen te bevestigen, voor zover de in incidenteel appel aangevoerde grieven niet tot (gedeeltelijke) vernietiging nopen en om aannemer voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad te veroordelen in de kosten van deze procedure in beide instanties, waaronder begrepen de kosten van rechtsbijstand in beide instanties aan de zijde van opdrachtgevers.

Het geschil in incidenteel appel

11. Opdrachtgevers menen dat van oplevering van het werk niet kan worden gesproken, zolang de verkeerde dakbedekking is aangebracht. Daarom is ook de onderhoudstermijn niet opeisbaar geworden. Het bedrag aan te verrekenen minderwerk moet volgens hen hoger worden vastgesteld dan in eerste aanleg is gebeurd. Een en ander betekent dat de afrekening verkeerd is vastgesteld. De termijn, waarbinnen de dampremmende folie moest worden aangebracht, is ten onrechte op twee maanden gesteld. Als de goede dakbedekking eenmaal is aangebracht, moet het resultaat door een deskundige worden goedgekeurd. Opdrachtgevers maken verder melding van diverse schadeposten. Opdrachtgevers kunnen zich verder niet verenigen met de overwegingen van arbiter in eerste aanleg ten aanzien van de opschorting van termijnen, van de proceskostenveroordeling en van het restituerisico. Zij ontwikkelen in incidenteel appel tien grieven en concluderen uiteindelijk onder vermeerdering van de eis in reconventie in eerste aanleg:

de grieven gegrond te verklaren en om het vonnis dat in eerste aanleg tussen partijen is gewezen op 21 juli 2016 gedeeltelijk te vernietigen, voor zover dat volgt uit het incidenteel appel, en opnieuw rechtdoende:

- a. aannemer te veroordelen om over te gaan tot betaling aan opdrachtgevers, binnen zeven dagen na datum van oplevering, van de contractuele korting op de aanneemsom wegens bouwijdoverschrijding à € 250,00 per kalenderdag vanaf 13 januari 2016 tot aan de dag van de oplevering, zijnde de dag waarop aan alle vereisten voor oplevering, zoals neergelegd in de UAV 2012 en het bestek met betrekking tot de woning is voldaan, of althans tot een door appellarbiters in goede justitie te bepalen dag;*
- b. aannemer te veroordelen om binnen zeven dagen na betekening van het vonnis over te gaan tot terugbetaling aan opdrachtgevers van de reeds door hen aan aannemer onverschuldigd betaalde bedragen, waaronder onder meer begrepen de slottermijn van € 17.500,00 en het minderwerk tot een bedrag van € 13.553,27 overeenkomstig de berekening in grief D, en dus tot betaling van een totaalbedrag van € 31.068,61;*
- c. aannemer te veroordelen om binnen zeven dagen na betekening van het vonnis over te gaan tot betaling van de kosten voor het aanbrengen van de dampremmende folie tot een bedrag van € 959,45;*
- d. aannemer te veroordelen om binnen zeven dagen na betekening van het vonnis over te gaan tot vergoeding van de herstellkosten van het kitwerk tot een bedrag van € 508,20;*
- e. te bepalen dat een door opdrachtgevers aan te wijzen onafhankelijke deskundige op het gebied van dakbedekkingen, voor rekening van aannemer, moet rapporteren met betrekking tot de (goed)keuring van de herstellwerkzaamheden aan de dakbedekking door aannemer en aannemer dus te veroordelen tot betaling van de kosten van deze deskundige, zoals deze blijkt uit de factuur van deze deskundige;*
- f. aannemer te veroordelen om binnen zeven dagen na betekening van het vonnis over te gaan tot vergoeding van de maandelijkse afdracht van de verzekeringspremie voor de opstalverzekering voor de woning van opdrachtgevers begroot op € 18,42 per maand over de periode vanaf februari 2016 tot aan de dag van oplevering, of althans tot een door appellarbiters in goede justitie te bepalen dag;*
- g. aannemer te veroordelen om binnen zeven dagen na betekening van het vonnis over te gaan tot het in depot storten van een bedrag van € 23.017,45 bij een door opdrachtgevers aan te wijzen notaris om hieruit de eventueel aan Rijkswaterstaat te verbeuren boete van opdrachtgevers te voldoen, indien aannemer niet tijdig zijn werkzaamheden genoegzaam heeft voltooid dan wel de gebreken genoegzaam heeft hersteld, als gevolg waarvan opdrachtgevers de boete van € 23.017,45 aan Rijkswaterstaat komen te verbeuren;*
- h. aannemer te veroordelen tot afgifte van alle nog niet (juist) aangeleverde tekeningen, garantie- en kwaliteitsverklaringen zoals omschreven in de overeenkomst van aanneming, gesloten tussen partijen, op straffe van een aan opdrachtgevers te verbeuren dwangsom van € 500,00 per kalenderdag dat aannemer in gebreke blijft aan het voorgaande te voldoen, of althans op straffe van een door appellarbiters in goede justitie te bepalen dwangsom;*
- i. te bepalen dat de proceskosten, kosten voor rechtsbijstand en buitengerechtelijke kosten voor rekening van*

aannemer komen, of althans dienen te worden herverdeeld overeenkomstig de mate waarin partijen in het gelijk worden gesteld en aannemer tot betaling daarvan te veroordelen; en om aannemer voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad te veroordelen in de kosten van deze procedure in beide instanties, waaronder begrepen de kosten van rechtsbijstand in beide instanties aan de zijde van opdrachtgevers.

12. Bij pleidooi heeft aannemer gemotiveerd verweer gevoerd tegen de grieven en vorderingen van opdrachtgevers. Aannemer concludeert:
om opdrachtgevers (lees:) in incidenteel appel niet-ontvankelijk te verklaren in de vorderingen dan wel deze af te wijzen met veroordeling van opdrachtgevers in de proceskosten.

De feiten

13. Tegen de in eerste aanleg vastgestelde feiten hebben partijen niet gegriefd of anderszins bezwaren geuit, zodat die feiten ook in hoger beroep het uitgangspunt zijn. Voor de leesbaarheid herhalen appellarbiters de betreffende overweging 5 uit het vonnis in eerste aanleg:

Tussen partijen staat het volgende vast:

- a. Partijen hebben op 27 februari 2015 een overeenkomst van aanneming van werk gesloten, waarbij aan aannemer is opgedragen de bouw van een casco nieuwbouw terpwooning, inclusief heiwerk, bijgebouw en exclusief E- en W-installaties, dit overeenkomstig het in opdracht van opdrachtgevers opgestelde bestek nummer 14.3630 van 19 september 2014 (verder te noemen: 'de overeenkomst', respectievelijk 'het bestek').*
- b. De overeengekomen aannemingsom bedraagt € 224.000,00 inclusief btw.*
- c. Aannemer is op 13 april 2015 met de bouw aangevangen.*
- d. In de overeenkomst is bepaald dat de bouwtijd 110 werkbare dagen bedraagt vanaf het leggen van de begane grondvloer.*
- e. Op 17 juni 2015 is de begane grondvloer gelegd.*
- f. De overeengekomen korting bij niet tijdige oplevering van het werk bedraagt € 250,00 per kalenderdag.*
- g. De sleutels van de door aannemer gerealiseerde woning (verder te noemen: 'de woning') zijn op 15 maart 2016 door [aannemer] aan opdrachtgevers verstrekt.*
- h. In het bestek is voorgescreven dat aannemer dakbedekking moest aanbrengen van het fabriekaat Horaplan 400D. De dakbedekking moet aangebracht worden op het kleinste, platte dak en op een groter, hellend dak, waarbij op het hellend dak als bovenste laag mos/sedum aangebracht moet worden door een derde. De dakbedekking moet volgens het bestek bestand zijn tegen wortelgroei en tegen blootstelling aan UV-licht (waardoor het niet direct behoeft te worden afgedekt).*
- i. Zonder voorafgaand overleg met opdrachtgevers, heeft aannemer in afwijking van het bestek, Sikaplan SGM A dakbedekking aangebracht. Deze dakbedekking is niet bestand tegen UV-licht en bovendien beige van kleur in plaats van de in het bestek voorgescreven kleur licht grijs.*
- j. Tussen partijen is een geschil ontstaan over de kwaliteit van het door aannemer gerealiseerde werk, de vraag of en wanneer het werk is opgeleverd, de daarmee samenhangende vraag of er sprake is van een overschrijding van de overeengekomen bouwtijd en of aannemer in verband daarmee al dan niet korting op de aannemingsom verschuldigd is.*
- k. Opdrachtgevers hebben de gefactureerde negende, tiende en elfde termijn van de aannemingsom ten bedrage van in totaal € 60.200,00 inclusief btw, alsmede de, na ommekomst van de onderhoudstermijn verschuldigde, slottermijn van € 17.500,00 inclusief btw onbetaald gelaten.*

De beoordeling van het geschil in kort geding

14. Appellarbiters zijn van oordeel dat beide partijen, mede gelet op hetgeen hierover in eerste aanleg is overwogen en beslist, ook thans nog een voldoende spoedeisend belang hebben bij de door hen gevorderde voorlopige voorzieningen. Voor zover het gaat om een geldvordering in kort geding van aannemer geldt dat hieronder aan de orde zal komen of en in hoeverre naar het oordeel van appellarbiters in hoger beroep vastgesteld kan worden dat deze vordering in een eventuele bodemprocedure zal worden toegewezen. Het door opdrachtgevers aan de orde gestelde eventuele restitutierisico komt aan de orde bij de behandeling van grief J in het incidenteel appel.

In principaal appel:

grief I

Ten onrechte wordt de v.o.f. in eerste aanleg niet-ontvankelijk verklaard .

15. De v.o.f. is in eerste aanleg niet-ontvankelijk verklaard omdat zij per 1 januari 2016 had opgehouden te bestaan en dus op het moment van het aanhangig maken van de vorderingen in kort geding op 17 juni 2016 niet meer bestond. De v.o.f. wees in eerste aanleg op een vonnis van de Rechtbank te Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2012:BX6192 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBROT:2012:BX6192>), waarbij de Rechtbank overwoog:

'3.2 De wet gaat uit van het beginsel dat een eenmaal tussen bepaalde partijen aangevangen rechtsgeding tussen dezelfde partijen moet worden voortgezet, ook in volgende instanties (HR 17 maart 1961, NJ 1961/310). Dit houdt onder meer in dat, ook wanneer alle rechten en verplichtingen van de vennootschap onder firma, die in eerste aanleg (eisende) partij was, op een eenmanszaak zijn overgegaan, hoger beroep of, zoals in dit geval, verzet moet worden ingesteld door de vennootschap onder firma bij exploit op te roepen. Daar komt bij dat uit artikel 32 lid 1 Wetboek van Koophandel alsmede bestendige jurisprudentie voortvloeit dat na de ontbinding van een vennootschap onder firma de bijzondere rechtsstoestand van het afgescheiden vermogen blijft voortbestaan voor zover dit voor de vereffening van de zaken van de vennootschap nodig is, waaronder de afwikkeling van lopende processen (HR 27 juni 1975, NJ 1976/128). Daarnaast geldt dat een tegen een vennootschap onder firma verkregen vonnis niet tegen de vennoten in privé kan worden geëxecuteerd doch uitsluitend op het vennootschappelijk vermogen. Redengevend hiervoor is dat de vennoten zich in een geding tegen de vennootschap niet kunnen bedienen van de verweermiddelen die hen persoonlijk betreffen (HR 9 mei 1969, NJ 1969/307).

3.3 Vastgesteld kan worden dat de V.O.F. ten tijde van het uitbrengen van de inleidende dagvaarding op 30 december 2011 nog niet was ontbonden, nu de ontbinding feitelijk op 1 januari 2012 heeft plaatsgevonden. De V.O.F., die

gedurende de procedure is ontbonden, blijft dan ook - in ieder geval - tot de afwikkeling van de procedure voortbestaan en kan als zodanig in rechte blijven optreden en worden betrokken. Nu in casu uitsluitend de V.O.F. als eisende partij optrad, waren de vennoten in privé niet in het geding betrokken en had [opposante] de V.O.F. in verzet moeten dagvaarden in plaats van de voormalige vennoten in privé. Dit betekent dat [opposante] niet ontvankelijk dient te worden verklaard in haar vordering in de verzetprocedure.'

16. Appellarbiters constateren dat in het onderhavige geval een andere situatie aan de orde is. Immers, de v.o.f. is volgens gegevens uit het Handelsregister op 1 januari 2016 ontbonden en was dus ontbonden op het moment van aanhangig maken de vordering in eerste aanleg op 17 juni 2016. De v.o.f. wijst er nog op dat de inschrijving van de ontbinding in het Handelsregister eerst heeft plaatsgevonden op 22 juni 2016, dus na aanhangigmaking van de vordering in kort geding. Appellarbiters zijn van oordeel dat de datum van inschrijving er in dit geval niet toe doet. Tot die datum kan het ingeschreven feit niet aan derden worden tegengeworpen, maar vanaf de inschrijving is rechtens en feitelijk dat de v.o.f. op 1 januari 2016 heeft opgehouden te bestaan.

17. Weliswaar moet nadien het vermogen van de vennootschap nog worden vereffend, maar het op zich toch al bijzondere recht van de v.o.f om als formele procespartij op te treden, houdt naar geldend recht, anders dan bij een ontbonden rechtspersoon, op te bestaan bij de ontbinding van de v.o.f.. In het kader van de vereffening moeten dus na de ontbinding van de v.o.f. de vennoten namens de ontbonden, maar nog niet volledig vereffende v.o.f. optreden, zoals zij in het onderhavige geval van het begin af aan ook hebben gedaan.

18. Appellarbiters zijn daarom van oordeel dat arbiter in eerste aanleg terecht tot het oordeel is gekomen dat de v.o.f. niet-ontvankelijk is in haar vorderingen, zodat de grief faalt.

grief II

Ten onrechte wordt aannemer veroordeeld tot deugdelijk herstel van de dakbedekking op het schuine en platte dak door daarop alsnog de in het bestek voorgeschreven dakbedekking Horaplan 400 D aan te brengen.

19. Arbiter in eerste aanleg heeft geoordeeld dat aannemer tekort is geschoten in zijn verplichting om de in het bestek voorgeschreven dakbedekking aan te brengen. Aannemer voert daartoe aan dat die dakbedekking niet wortel-bestendig is. Zonder overleg met opdrachtgevers heeft aannemer vervolgens op het schuine dak een andere dakbedekking aangebracht die niet UV-bestendig is en op het platte dak een wel UV-bestendige dakbedekking aangebracht. Hij meende daartoe gerechtigd te zijn omdat het bestek kwaliteiten van de aan te brengen dakbedekking beschreef die die dakbedekking niet had, zodat hij de dakbedekking heeft gekozen die het beste aan de bestekomschrijving voldeed.

20. Dat moge zo zijn, aannemer had niet zonder overleg en goedkeuring deze wijziging mogen doorvoeren. Opdrachtgevers houden vast aan de voorgeschreven dakbedekking en motiveren dat door erop te wijzen dat de leverancier garandeert dat de dakbedekking wel wortelbestendig zal zijn en dat de garantie een looptijd heeft van 15 jaar. Dat laatste is geen bestekeis, nu daar een garantie van 10 jaar wordt voorgeschreven. De wortelbestendigheid komt voor risico van opdrachtgevers en is dus geen verantwoordelijkheid meer van aannemer.

21. Aannemer heeft een aantal voorstellen gedaan om uit de ontstane impasse te komen. Hij wijst met name op zijn voorstel van 14 maart 2016: aanbrenge van de voorgeschreven dakbedekking maar dan zonder garantie. Dat hoefden opdrachtgevers naar het oordeel van appellarbiters niet te aanvaarden. Ook de overige voorstellen weken te ver af van het overeengekomene om aanvaardbaar te zijn voor opdrachtgevers. Door de ontstane situatie is de relatie tussen aannemer en de leverancier van de dakbedekking, die deze dakbedekking uitsluitend zelf wenst aan te brengen, zodanig verstoord, dat de leverancier niet meer via aannemer de dakbedekking wil leveren of als onderaannemer wil aanbrengen. Daardoor is aannemer inmiddels in de onmogelijkheid komen te verkeren de voorgeschreven dakbedekking te leveren en aan te brengen. Hij wil daarom een dakbedekking leveren en aanbrengen die identiek is aan de voorgeschreven dakbedekking, maar niet door de voorgeschreven leverancier wordt geleverd. Appellarbiters zijn van oordeel dat opdrachtgevers ook dat niet hoeven te aanvaarden. Zij hebben kennelijk om hun moverende redenen vertrouwen in de voorgeschreven leverancier en daar heeft aannemer zich dus aan te houden.

22. Wel is het zo dat nu aannemer inmiddels na het vonnis in eerste aanleg in de onmogelijkheid is komen te verkeren de voorgeschreven dakbedekking te leveren en aan te (laten) brengen, thans voor toewijzing van de aan opdrachtgevers toegewezen dwangsom geen reden meer is. Nu het vonnis in eerste aanleg volgens de verklaring van partijen ter zitting nog niet is betekend aan aannemer, is de dwangsom ook nog niet gaan lopen. Op dit punt moet het vonnis in eerste aanleg daarom worden vernietigd. Uit de toelichting op de grief blijkt dat aannemer mede daarop het oog had. Dit zal echter geen gevolgen hebben voor de proceskostenveroordeling in eerste aanleg, nu het hier een na dat vonnis ingetreden omstandigheid betreft. In zoverre slaagt de grief, die voor het overige faalt.

23. Opdrachtgevers hebben niet gevorderd dat aannemer in de plaats van het vervangen van de aangebrachte dakbedekking de kosten van vervanging door een derde vergoedt. Appellarbiters kunnen dat dan ook niet toewijzen. Partijen moeten bij de afrekening echter wel rekening houden met die kosten. Opdrachtgevers noemen in hun memorie van antwoord in principaal appel onder randnummer 29 een bedrag voor vervanging van € 11.416,35 inclusief btw, welk bedrag door aannemer niet gemotiveerd is weersproken. Appellarbiters zullen dit bedrag in kort geding op het aan aannemer te betalen voorschot in mindering brengen.

grief III

Ten onrechte wordt in eerste aanleg geoordeeld dat aannemer de overeengekomen bouwtijd met 32 dagen heeft overschreden en dat op grond daarvan aan opdrachtgevers een korting op de aanneemsom toekomt van € 8.000,00.

24. Arbiter in eerste aanleg heeft de contractuele opleveringsdatum van 110 werkbare werkdagen na het leggen van de begane grondvloer op 17 juni 2015 bepaald op 13 januari 2016, uitgaande van het wind- en waterdicht zijn van de woning rond 20 november 2015, waarna geen onwerkbaar dagen werden geteld. Aannemer stelt dat

de woning eerst op 16 december 2015 wind- en waterdicht was en dat daarna tot eind januari 2016 nog buitenwerkzaamheden moesten worden verricht, die weersafhankelijk waren. Opdrachtgevers stellen dat, voor zover een en ander al juist zou zijn, aannemer tijdens onwerkbaar weer steeds genoeg werk aan de binnenkant van het huis kon uitvoeren, welke stelling door aannemer wordt betwist en door opdrachtgevers niet verder is onderbouwd, zodat appellarbiters daaraan voorbijgaan.

25. In eerste aanleg hebben opdrachtgevers onder 48 van hun memorie van antwoord aangegeven dat volgens MeteoGroup november 2015 19,5 werkbare dagen telde, december 2015 14 werkbare werkdagen, waarna het kerstreces inzette, en januari 2016 na het kerstreces nog 20 werkbare werkdagen telde. Aannemer heeft deze gegevens in appel niet weersproken, terwijl hij deze in eerste aanleg bij pleidooi alleen maar onjuist en niet te volgen heeft genoemd, hetgeen niet als een inhoudelijke betwisting kwalificeert. Onder die omstandigheden houden appellarbiters de berekening van opdrachtgevers aan, zodat de boete, ongeacht de datum waarop de woning wind- en waterdicht was, op 13 januari 2016 moet ingaan.

26. Opdrachtgevers menen dat van 13 januari tot 15 maart 63 kalenderdagen verlopen, maar arbiter in eerste aanleg heeft terecht gerekend uitgaande van werkdagen en daartegen is door opdrachtgevers niet gegriefd. Appellarbiters zijn van oordeel dat uit bestek artikel 01.02.42 niet blijkt dat opdrachtgevers hebben willen afwijken van het bepaalde in paragraaf 43 leden 2 en 3 in combinatie met paragraaf 1 lid 1 UAV 2012, zodat onder dag/kalenderdag in die bestekbepaling niet begrepen wordt een dag die geen werkdag is, zoals bepaald in paragraaf 42 lid 3 UAV 2012.

27. Aannemer stelt nog in zijn toelichting op de grief dat 28 januari 2016 heeft te gelden als datum waarop het werk gereed gemeld is, waarna opdrachtgevers ten onrechte weigerden de woning voor oplevering goed te keuren. Appellarbiters constateren dat uit de stukken en de stellingen van aannemer niet blijkt dat hij, nadat de opnemings voor oplevering niet was gebeurd binnen vijftien dagen na gereedmelding, een aangetekend schrijven, althans een nieuwe gereedmelding aan opdrachtgevers heeft gestuurd met verzoek het werk alsnog binnen acht dagen op te nemen, zoals bedoeld in paragraaf 9 lid 6 UAV 2012. Daarentegen schrijft aannemer op 23 februari 2016 per mail (productie 9 bij eis) aan opdrachtgevers dat de opnemings van de vrijdag na 23 februari 2016, 26 februari 2016, niet als oplevering wordt beschouwd, dit terwijl opdrachtgevers in hun mail van 22 februari 2016 hebben aangegeven dat zij wilden overgaan tot oplevering. Appellarbiters zien onder die omstandigheden geen aanleiding de datum van de oplevering eerder vast te stellen dan op 15 maart 2016.

28. De grief faalt zodat het bedrag aan te verrekenen korting gehandhaafd blijft op € 8.000,00.

grief IV

Ten onrechte wordt aannemer in eerste aanleg veroordeeld tot het deugdelijk herstellen (afstellen) van de kozijnen, zodanig dat die kozijnen niet meer klemmen en tocht- en waterdicht zijn.

29. Aannemer stelt dat deze kwestie ter zitting in eerste aanleg niet aan de orde is geweest. Hoe dat ook zij, niet alle geschilpunten hoeven ter zitting aan de orde te komen, arbiter in eerste aanleg constateert in overweging 44 van haar vonnis dat aannemer de klacht niet heeft weersproken en de her-stelvordering dan ook moet worden toegewezen.

30. Aannemer meent dat hij slechts gehouden is tot het deugdelijk afstellen van kozijnen en ramen zodanig dat deze niet klemmen en tocht- en waterdicht zijn voor zover het nieuwe door aannemer zelf geleverde kozijnen betreft, niet voor zover het gaat om door opdrachtgevers aangeleverde kozijnen. Ter zitting en ter bezichtiging kwam vast te staan dat de door opdrachtgevers geleverde kozijnen door aannemer gewijzigd zijn om deze kozijnen pas te maken voor de woning. Alsdan kan aannemer niet stellen dat hij niet aansprakelijk is voor het niet tocht- en waterdicht zijn van de kozijnen en voor het niet meer kunnen kiepen. De grief faalt om die reden.

In incidenteel appel:

31. Appellarbiters verwerpen allereerst de overigens nauwelijks onderbouwde stelling van aannemer dat de eisvermeerderingen van opdrachtgevers in dit hoger beroep wegens strijd met de goede procesorde buiten behandeling moeten blijven. Appellarbiters zien geen redenen aan deze eisvermeerderingen voorbij te gaan.

grief A

Deze grief richt zich tegen rechtsoverweging 33 van het vonnis in eerste aanleg, waarin arbiter ten onrechte overweegt dat oplevering van het werk in ieder geval heeft plaatsgevonden op 15 maart 2016, zijnde de datum van de sleuteloverdracht, en tegen rechtsoverweging 34 van het vonnis in eerste aanleg, waarin arbiter de werkbare dagen tot aan oplevering berekent en hierbij ten onrechte gebruik maakt van de gegevens van slechts Bouwend Nederland.

32. Opdrachtgevers zijn van mening dat de woning niet als opgeleverd kan worden beschouwd, zolang daar niet de goede dakbedekking op is aangebracht. Toch hebben opdrachtgevers op 22 februari 2016 aan aannemer meegedeeld over te willen gaan tot oplevering (productie 9), terwijl op dat moment ook al bekend was dat aannemer een andere dan de voorgeschreven dakbedekking had aangebracht, getuige punt 20 van de lijst van 22 februari 2016. Op dat moment was de dakbedekking dus nog geen punt voor onthouding van goedkeuring.

33. Daarbij komt dat appellarbiters van oordeel zijn, dat het moeten vervangen van de dakbedekking geen reden kan zijn de goedkeuring aan het werk als geheel te onthouden: de dakbedekking kan zeer wel binnen het kader van de onderhoudstermijn worden vervangen en staat de ingebruikneming van de casco woning niet in de weg, wanneer de vervanging op zorgvuldige wijze met de benodigde voorzorgsmaatregelen wordt uitgevoerd. Na verloop van een aantal jaren zal dakbedekking in ieder geval moeten worden vervangen en dat kan gebeuren zonder dat de woning door de bewoners wordt verlaten.

34. Opdrachtgevers hebben niet aangegeven dat er andere, ernstige gebreken aan de woning kleven, die aan de goedkeuring ervan in de weg staan. Appellarbiters moeten er dus van uitgaan dat opdrachtgevers de bedoeling hebben gehad de woning op 22 februari 2016 opgeleverd te krijgen, zodat het oordeel van arbiter in eerste aanleg dat de woning op 15 maart 2016 als opgeleverd moet worden beschouwd door de sleuteloverdracht, niet als onjuist kan worden aangemerkt. De grief faalt daarom.

grief B

Deze grief richt zich tegen rechtsoverweging 35 van het vonnis in eerste aanleg, waarin arbiter ten onrechte overweegt dat als gevolg van de vastgestelde datum van oplevering van 15 maart 2016 en rekening houdend met de onderhoudstermijn van drie maanden, de slottermijn opeisbaar was met ingang van 15 juni 2016, en tegen de rechtsoverwegingen 39, 46 en 49 van het vonnis in eerste aanleg, waarin arbiter ten onrechte overweegt dat opdrachtgevers slechts een bedrag van € 16.000,00 mogen opschorten tot op het moment dat aannemer aan zijn herstelverplichtingen heeft voldaan.

35. De grief lijkt in twee delen uiteen te vallen: de onderhoudstermijn van € 17.500,00 en het in verband met gebreken op te schorten bedrag van € 16.000,00. Dat is slechts schijn: in deze grief gaat het uitsluitend om de onderhoudstermijn, waarvan opdrachtgevers menen dat zij die naast het in ieder geval op te schorten bedrag van € 16.000,00 eveneens mochten opschorten. Aan die grief is in verband met het overwogene onder grief A de grond komen te ontvallen: doordat de oplevering geacht moet worden uiterlijk op 15 maart 2016 te hebben plaatsgevonden is de onderhoudstermijn uiterlijk op 15 juni 2016 vervallen, zoals arbiter in eerste aanleg heeft overwogen. De grief faalt aldus.

grief C

Deze grief richt zich tegen rechtsoverwegingen 40 en 41 van het vonnis in eerste aanleg, waarin arbiter overweegt dat het bedrag aan minderwerk dient te worden vastgesteld op € 7.838,56 exclusief btw. Dit bedrag is te laag, omdat arbiter in eerste aanleg ten onrechte een aantal posten in de begroting niet heeft meegenomen en omdat er bovendien thans meer duidelijkheid is verkregen over de hoogte van diverse posten.

36. Arbiter in eerste aanleg heeft overwogen onder 40 van haar vonnis dat opdrachtgevers tot de conclusie zijn gekomen dat het minderwerk moet worden vastgesteld op € 7.838,56 exclusief btw. Aannemer stelt zelfs dat daarover tussen partijen een vaststellingsovereenkomst is gesloten.

37. Appellarbiters constateren dat de overweging van arbiter in eerste aanleg moet zijn ingegeven door de berekening van het minderwerk door opdrachtgevers onder 45 van hun memorie van antwoord in eerste aanleg. Daar staat een berekening die sluit op het genoemde bedrag, maar daarbij wordt voorbijgezien aan een aantal posten, waarbij is genoteerd n.t.b., waarvan appellarbiters uitgaan dat het betekent: nader te bepalen. Met andere woorden: de berekening van het minderwerk was nog niet gereed. Arbiter in eerste aanleg had het genoemde bedrag dus niet als vaststaand mogen opnemen. Op dat punt moet het vonnis in eerste aanleg worden vernietigd.

38. Partijen zijn het nog niet eens over de berekening van het (saldo) minderwerk. De definitieve berekening gaat naar het oordeel van appellarbiters het kader van een kort geding te buiten en heeft ook geen spoedeisend belang meer, nu in ieder geval het voornoemde bedrag van € 7.838,56 in de berekening van het te betalen voorschot is verrekend, zodat er nog slechts een beperkt extra te verrekenen bedrag zal kunnen worden vastgesteld. Daarbij houden appellarbiters rekening met het feit dat opdrachtgevers thans in hoger beroep een berekening van te verrekenen minderwerk hebben opgesteld, sluitend op een bedrag van € 11.201,05 exclusief btw, zodat de discussie in dat opzicht wat opdrachtgevers betreft nog kan gaan om maximaal (€ 11.201,05 -/ - € 7.838,56 =) € 3.362,49 exclusief btw, ofwel € 4.068,61 inclusief btw. De grief slaagt.

39. Appellarbiters zullen dat eindsaldo niet vaststellen in dit kort geding. Wel geven appellarbiters voor de berekening mee dat in beginsel minderwerk wordt vastgesteld aan de hand van bedragen, zoals die zijn opgenomen in de begroting van de aaneemsom, en niet tegen bedragen, die het opdrachtgevers uiteindelijk kost om iets alsnog te laten uitvoeren. Dat is alleen anders als aannemer ter zake van een bepaalde werkzaamheid in verzuim is komen te verkeren na ingebrekestelling door opdrachtgevers en daardoor sprake is van een toerekenbare tekortkoming van aannemer. Als opdrachtgevers echter buiten een geval van verzuim besluiten om een werkzaamheid uit te laten voeren door een derde in plaats van door aannemer, terwijl aannemer die werkzaamheid zeer wel had kunnen uitvoeren, dan bespaart aannemer zich de daarvoor in de begroting opgenomen kosten die als minderwerk verrekend kunnen worden.

grief D

Deze grief richt zich tegen rechtsoverweging 48 tot en met 56 van het vonnis in eerste aanleg, waarin arbiter als conclusie in de hoofdzaak een berekening maakt van de toe te wijzen bedragen van partijen over en weer, waarbij diverse vorderingen met elkaar worden verrekend. Opdrachtgevers zijn van mening dat de hoogten van diverse bedragen daarmee ten onrechte met elkaar zijn verrekend dan wel zijn weggestreept.

40. Onder 89 tot en met 94 van hun memorie van grieven in incidenteel appel berekenen opdrachtgevers het aan aannemer verschuldigde bedrag opnieuw, daarbij uitgaande van het niet verschuldigd zijn van de onderhoudstermijn, opschorting van € 16.000,00 wegens gebreken en minderwerk van € 13.553,27 inclusief btw. Aannemer heeft tegen het bedrag aan minderwerk een algemeen verweer gevoerd, namelijk dat opdrachtgevers in plaats van de door aannemer bespaarde kosten uitgaan van de door opdrachtgevers uitgegeven kosten aan derden bij de bepaling van het minderwerk. Appellarbiters hebben hiervoor onder grief C al overwogen dat uitgegaan dient te worden van de bedragen in de begroting, zijnde de door aannemer bespaarde kosten. In dit kort geding zullen appellarbiters de op het voorschot in mindering te brengen minderwerkkosten in billijkheid vaststellen op € 10.000,00 inclusief btw. Verder wordt op het voorschot in mindering gebracht aan korting € 8.000,00. Bovendien komt op dit voorschot in mindering overeenkomstig het overwogene onder grief II in principaal appel € 11.416,35 in verband met de vervanging van de dakbedekking, waardoor tevens het opschortingsrecht van opdrachtgevers ter zake van € 15.000,00 vervalt.

41. In de volgende grieven zullen nog enkele bedragen worden vastgesteld, die de uitkomst van het door opdrachtgevers aan aannemer te betalen voorschot beïnvloeden. Appellarbiters houden hun eindoordeel op de onderhavige grief dus aan tot na de behandeling van de andere grieven.

grief E

Deze grief richt zich tegen rechtsoverweging 53 van het vonnis in eerste aanleg, waarin arbiter overwoog dat de dampremmende folie door aannemer moest worden hersteld binnen een termijn van twee maanden na betaling van het na verrekeningen over en weer resterende deel van de aanneemsom aan aannemer.

42. In overweging 53 van haar vonnis heeft arbiter in eerste aanleg van alle te herstellen gebreken in het werk overwogen het redelijk te achten aannemer twee maanden tijd voor herstel te gunnen. Opdrachtgevers kunnen zich kennelijk in het algemeen wel vinden in die termijn, met uitzondering van het aanbrengen van de dampremmende folie. Die folie moest zo spoedig mogelijk worden aangebracht, omdat opdrachtgevers vervolgens de gips- en stucafwerking moesten aanbrengen alvorens te kunnen verhuizen. De grote spoed was vereist, omdat de door Rijkswaterstaat onteigende woning van opdrachtgevers verlaten moest worden door opdrachtgevers op straffe van een boete van € 23.017,45.

43. Appellarbiters achten dit een onvoldoende reden om het vonnis in eerste aanleg op dit punt te vernietigen. In de eerste plaats is de woning opgeleverd en was het vervolgens aan opdrachtgevers te wijten dat aannemer zijn werkzaamheden niet voortvarend voortzette, nu opdrachtgevers ten onrechte weigerden drie termijnen tot een bedrag van € 60.200,00 aan aannemer te betalen. In de tweede plaats gaat het om een beperkte oppervlakte aan wanden en zouden opdrachtgevers zeer wel in de woning kunnen trekken voordat de afwerking was gebeurd. In de derde plaats blijkt nergens uit dat opdrachtgevers aannemer ter zake in gebreke hadden gesteld; als opdrachtgevers dat tijdig hadden gedaan, dan hadden zij ook tijdig deze werkzaamheid voor rekening van aannemer door een derde kunnen laten uitvoeren. Appellarbiters zien dus geen reden de in het vonnis in eerste aanleg ook voor het aanbrengen van de folie genoemde termijn van twee maanden na betaling van het voorschot te wijzigen.

44. Iets anders is dat opdrachtgevers voor de afloop van die termijn al zelf het folie hebben aangebracht en de wanden hebben afgewerkt. Dat betekent dat aannemer ter zake niet in verzuim was, maar zich wel enige kosten heeft bespaard. Appellarbiters zijn voorlopig van oordeel dat daarmee € 250,00 gemoeid is geweest, welk bedrag op het door opdrachtgevers aan aannemer te betalen saldo in mindering zal worden gebracht. De grief faalt voor het overige.

grief F

Deze grief richt zich tegen rechtsoverweging 38 van het vonnis in eerste aanleg, waarin arbiter ten onrechte overweegt dat er geen termen aanwezig zijn om de door aannemer te herstellen dakbedekking na herstel door aannemer te laten (goed)keuren door een onafhankelijke deskundige op het gebied van dakbedekkingen.

45. Appellarbiters hebben in het principaal appel onder grief II geoordeeld dat het aannemer inmiddels niet meer mogelijk is de voorgeschreven dakbedekking te leveren en aan te brengen. Opdrachtgevers zullen dit dus in eigen beheer moeten laten doen. Daar moet bij de eindafrekening van het werk rekening mee worden gehouden. Van een keuring door een derde op kosten van aannemer zal dus in ieder geval geen sprake zijn, zodat de grief faalt bij gebrek aan belang.

grief G

Deze grief richt zich tegen rechtsoverwegingen 43 en 47 van het vonnis in eerste aanleg, waarin arbiter ten onrechte overwoog dat niet, of althans onvoldoende is gebleken van: aan aannemer toerekenbare schade aan de hemelwaterafvoer, schade als gevolg van het vroegtijdig opzeggen van de CAR-verzekering, schade als gevolg van de aanspraak van Rijkswaterstaat en schade als gevolg van het ontbreken van tekeningen, garantie- en kwaliteitsverklaringen.

46. Opdrachtgevers komen in de toelichting op deze grief niet terug op het oordeel van arbiter in eerste aanleg met betrekking tot de hemelwaterafvoer. Appellarbiters gaan er dan ook van uit dat opdrachtgevers in zoverre in het vonnis in eerste aanleg berusten.

47. Opdrachtgevers achten het opzeggen van de CAR-verzekering voordat de oplevering heeft plaatsgevonden voortijdig. Daar hebben zij gelijk in, maar nu de oplevering is vastgesteld op 15 maart 2016 gaat het om slechts één maand voortijdigheid. Appellarbiters achten het belang van opdrachtgevers bij vernietiging van het vonnis op dit punt daarom te ontbreken.

48. Met betrekking tot de boete van Rijkswaterstaat hebben opdrachtgevers bij brief van mr. Bakkes van 10 oktober 2016 de grief ingetrokken.

49. Dat opdrachtgevers schade zouden hebben geleden door het ontbreken van tekeningen, hebben zij niet aannemelijk gemaakt. Iets anders is dat die tekeningen wel aan opdrachtgevers moeten worden overhandigd, voor zover dat is overeengekomen. Het is appellarbiters uit de stukken en verklaringen van opdrachtgevers ter zitting duidelijk geworden dat het grootste deel van de tekeningen en garantieverklaringen al wel is overhandigd, maar dat met name de rioleringsrevisietekening nog ontbreekt. Aannemer dient die tekening nog af te geven. Appellarbiters achten het disproportioneel voor het afgeven van alleen die tekening een dwangsom op te leggen.

50. Onder deze omstandigheden faalt de grief.

grief H

Deze grief richt zich tegen rechtsoverweging 31 van het vonnis in eerste aanleg, waarin arbiter ten onrechte overweegt dat opdrachtgevers zich enkel op opschorting beroepen en op rechtsoverweging 42 van het vonnis in eerste aanleg, waarin arbiter oordeelt dat het opschortingsrecht niet meer aan de orde is nu het gestelde gebrek is hersteld.

51. In deze grief gaat het om een bedrag van € 508,20 ter zake van herstel van het kitwerk, dat opdrachtgevers in eigen beheer hebben laten herstellen. Zij menen dat aannemer deze kosten moet betalen, zo begrijpen appellarbiters de toelichting op de grief.

52. Appellarbiters hebben ter gelegenheid van de bezichtiging het kitwerk bekeken, zowel het inmiddels herstelde kitwerk als het oorspronkelijk door aannemer aangebrachte kitwerk. Het door aannemer aangebrachte kitwerk zag er wellicht niet helemaal strak uit, maar was op zich niet ondeugdelijk. Uit de overgelegde foto's (productie 35) blijkt appellarbiters van enig kitwerk dat voor verbetering vatbaar is. Appellarbiters zijn in billijkheid van oordeel dat voor dat herstelwerk € 250,00 aan door aannemer bespaarde kosten gemoed is en zullen dat bedrag op het door opdrachtgevers aan aannemer te betalen saldo in mindering brengen. Daarmee vervalt tevens het in eerste aanleg toegekende recht van opschorting van een bedrag van € 1.000,00. De grief slaagt gedeeltelijk.

grief I

Deze grief ziet op rechtsoverweging 57 tot en met 65 van het vonnis in eerste aanleg, waarin arbiter ten onrechte overweegt op welke wijze de proceskosten, kosten voor rechtsbijstand en buitengerechtelijke kosten dienen te worden begroot en verdeeld. Die verdeling is niet juist.

53. De grieven in principaal en in incidenteel appel geven amper aanleiding tot wijziging van het vonnis in eerste aanleg, zodat appellarbiters geen reden zien de in dat vonnis vastgestelde proceskostenverdeling en -veroordeling te wijzigen. Appellarbiters laten die proceskosten daarom in stand.

54. Met betrekking tot de kosten van deskundigen zijn appellarbiters van oordeel dat zowel van de architect van opdrachtgevers als van Inspectiehuis B.V. geen rapportage is overgelegd of anderszins bevindingen bekend zijn gemaakt, behalve dat de architect op een gegeven moment zijn twijfels heeft geuit over de dakbedekking (productie 20). Opdrachtgevers hebben voorts op geen enkele wijze aangetoond dat zij aannemer op de hoogte hebben gesteld dat zij noodzaak waren de architect in te schakelen en dat dat voor kosten van aannemer zou gebeuren. Dan kan niet achteraf de rekening van enige deskundige aan aannemer worden gepresenteerd. Dit heeft ook betrekking op de kosten van MeteoGroup, waar aannemer eerst in de procedure mee is geconfronteerd. Appellarbiters wijzen die vordering daarom af. De grief faalt.

grief J

Deze grief richt zich op rechtsoverweging 56 van het vonnis in eerste aanleg, waarin arbiter ten onrechte overweegt dat er geen sprake is van enig restitutie-risico aan de zijde van aannemer.

55. Afgezien van een verwijzing naar de stellingen in eerste aanleg, waarvan niet is aangegeven, waarom arbiter in eerste aanleg die stellingen ten onrechte niet zou hebben gewaardeerd, voeren opdrachtgevers onder 128 van hun memorie van grieven in incidenteel appel aan, dat het inherent is aan privépersonen dat zij meer restitutie-risico opleveren dan een afgescheiden vermogen van de v.o.f. Appellarbiters zijn van oordeel dat het afgescheiden vermogen nog steeds bestaat ter vereffening van baten en lasten, waartoe een eventuele vordering van opdrachtgevers kan behoren. Bovendien is er aan het eind van dit kort geding nog geen sprake van een vordering van opdrachtgevers op aannemer van een zodanige omvang, dat enig restitutie-risico daardoor gevreesd moet worden. Nu appellarbiters van het argument onder randnummer 129 van die memorie hiervoor al hebben overwogen dat dit niet valide is, faalt de grief als ongegrond.

Resumé:

56. Op grond van het overwogene onder 40 van dit vonnis dient het door opdrachtgevers aan aannemer te betalen voorschot alsnog te worden vastgesteld op € 52.215,34 + € 16.000,00 (vervallen opschorting) -/- € 8.000,00 -/- € 11.416,35 -/- 2 x € 250,00 (overwegingen 44 en 52) = € 48.298,99. Tussen partijen bleek ter zitting vast te staan dat opdrachtgevers op grond van het vonnis in eerste aanleg aan aannemer hebben betaald het in dat vonnis vastgestelde voorschot van € 44.215,34, zodat zij, na verrekening nog € 48.298,99 -/- € 44.215,34 = € 4.083,65 aan aannemer als voorschot op de eindafrekening moeten betalen. Appellarbiters gaan ervan uit dat het bedrag van € 48.298,99 in een eventuele bodemprocedure toewijsbaar is. Van de herstelveroordelingen in eerste aanleg resteert alleen nog het deugdelijk herstellen (afstellen) van de kozijnen, zodanig dat die kozijnen niet meer klemmen en tocht- en waterdicht zijn. De voorwaarde van voorafgaande betaling van het voorschot komt te vervallen, nu het resterende te betalen voorschot bestaat uit een bedrag dat opdrachtgevers eerst na gedaan herstel zouden moeten betalen. Aannemer dient dit herstel onverwijld aan te vangen en zonder onderbreking te voltooien. Vanwege het geringe belang zullen appellarbiters geen dwangsom opleggen.

57. Het vonnis in eerste aanleg wordt op de voorgaande gronden in principaal en incidenteel appel bekrachtigd voor zover opdrachtgevers zijn veroordeeld bij wege van voorschot aan aannemer te betalen € 44.215,34 inclusief btw; ook de veroordeling van opdrachtgevers tot betaling van € 1.209,00 voor proceskosten en € 855,00 voor buitengerechtelijke kosten wordt bekrachtigd. Het vonnis in eerste aanleg moet voor het overige worden vernietigd en in zoverre opnieuw rechtdoende worden opdrachtgevers veroordeeld tot verdere betaling van een voorschot op de eindafrekening van € 4.083,65 en wordt aannemer veroordeeld tot het genoemde herstel van de kozijnen met inachtneming van het daaromtrent in dit vonnis bepaalde. (*Enz., enz., Red.*)

Noot

Inleiding

1. In het geschil dat aan deze uitspraak ten grondslag lag had de aannemer zonder overleg met opdrachtgevers een andere dakbedekking aangebracht dan in het bestek was voorgeschreven. De aannemer was een v.o.f. met vier (voormalige) vennoten die de appellarbiters gezamenlijk definieerden als 'aannemer'. De aannemer moest de dakbedekking vervangen, maar de leverancier wilde inmiddels niet meer aan hem leveren. Vervanging was voor de aannemer onmogelijk geworden. Vervanging van dakbedekking stond niet aan oplevering in de weg, want de woning bleef gewoon bewoonbaar.

2. Interessant aan deze procedure is de juridische vraag of een ontbonden v.o.f. al dan niet procespartij kan zijn of procesbevoegdheid heeft.

3. In eerste aanleg² vorderden de v.o.f. en haar voormalige vennoten in kort geding betaling van de nog openstaande facturen. Opdrachtgever stelde dat de v.o.f. al was opgeheven voordat de vordering werd ingesteld, zodat de v.o.f. niet-ontvankelijk moest worden verklaard in haar vordering.

4. In eerste aanleg verklaarde de arbiter³ dat de v.o.f. inderdaad niet-ontvankelijk was in haar vordering. Arbitrator legde aan zijn uitspraak ten grondslag dat de v.o.f. blijkens het in het geding gebrachte uittreksel uit het Handelsregister van de Kamer van Koophandel op 1 januari 2016 is ontbonden. Nu de memorie van eis in kort geding na deze datum bij de Raad is ingediend (en ook na die datum is betekend aan opdrachtgevers), is er zoals opdrachtgevers stellen een vordering in conventie ingesteld (mede) namens een niet meer bestaande vennootschap. Het enkele, door de v.o.f. aangehaalde feit dat de feitelijke ontbinding van de v.o.f. op 1 januari 2016 pas op 22 juni 2016 is geregistreerd doet hieraan niet af. Evenmin doet daaraan af de door de v.o.f. aangehaalde omstandigheid dat na ontbinding van een vennootschap onder firma de bijzondere rechtstoestand van het afgescheiden vermogen blijft voortbestaan voor zover dit voor de vereffening van de zaken van de vennootschap nodig is. Arbitrator merkt hierbij op dat de v.o.f. niet heeft gesteld dat zij ten tijde van de ontbinding nog baten had. Daarom moet er volgens arbiter voorshands vanuit worden gegaan dat de v.o.f. op de datum van de ontbinding (tevens) is opgehouden te bestaan. Dit betekent dat de v.o.f. niet-ontvankelijk moet worden verklaard in haar vordering in conventie.

5. In het hoger beroep, ingesteld door de ontbonden v.o.f. en haar voormalige vennoten, richten zij een grief tegen het in eerste aanleg niet-ontvankelijk verklaren van de v.o.f..



6. Ter onderbouwing van haar grief stelt de v.o.f., met een beroep op het vonnis van de rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2012:BX6192 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBROT:2012:BX6192>), dat de wet ervan uitgaat dat een eenmaal tussen partijen aangevangen rechtsgeding tussen dezelfde partijen moet worden voortgezet, ook in volgende instanties (HR 17 maart 1961, *NJ* 1961/310). Dit betekent, kort gezegd, dat ook vorderingen aangaande de rechten en verplichtingen van de vennootschap onder firma die in eerste aanleg (eisende) partij was, moeten worden ingesteld door de vennootschap onder firma. Daarbij komt dat uit artikel 32, lid 1 Wetboek van Koophandel alsmede uit vaste jurisprudentie voortvloeit dat na de ontbinding van een vennootschap onder firma de bijzondere rechtstoestand van het afgescheiden vermogen blijft voortbestaan voor zover dit voor de vereffening van de zaken van de vennootschap nodig is, waaronder de afwikkeling van lopende processen (HR 27 juni 1975, *NJ* 1976/128). In dat geval was de v.o.f. ten tijde van het uitbrengen van de inleidende dagvaarding nog niet ontbonden en vond de ontbinding feitelijk later plaats. De v.o.f. die gedurende de procedure is ontbonden, blijft tot de afwikkeling van de procedure voortbestaan en kan als zodanig in rechte blijven optreden en worden betrokken.

7. Volgens de appellarbiters (ro. 16) was in dit geval een andere situatie aan de orde. Uit het handelsregister bleek dat de v.o.f. al op 1 januari 2016 was ontbonden en dus was ontbonden op het moment van het aanhangig maken van de vordering in eerste aanleg op 17 juni 2016. De v.o.f. hield op 1 januari 2016 op te bestaan en bestond daarom niet meer op het moment van het aanhangig maken van de vordering in kort geding. Volgens de appellarbiters is niet van belang dat de inschrijving van de ontbinding in het handelsregister eerst heeft plaatsgevonden op 22 juni 2016, ná aanhangig making van de vordering in kort geding. Volgens de appellarbiters maakt de datum van inschrijving in dit geval niet uit. Tot die datum kan het ingeschreven feit niet aan derden worden tegengeworpen, maar vanaf de inschrijving is rechtens en feitelijk dat de v.o.f. op 1 januari 2016 heeft opgehouden te bestaan.

8. Weliswaar moet nadien het vermogen van de vennootschap nog worden vereffend, maar het op zich toch al bijzondere recht van de v.o.f. om als formele procespartij op te treden, houdt volgens de appellarbiters *naar geldend recht*, anders dan bij een ontbonden rechtspersoon, op te bestaan bij de ontbinding van de v.o.f. (ro. 17 en 18). In het kader van de vereffening moeten de vennoten volgens de arbiters na de ontbinding optreden *namens* de ontbonden, maar nog niet volledig vereffende v.o.f. optreden, zoals zij in het onderhavige geval van het begin af aan ook hebben gedaan. In hoger beroep bekrachtigen appellarbiters het oordeel in eerste aanleg dat de ontbonden v.o.f. niet-ontvankelijk is in haar vorderingen, zodat de grief faalt.

9. De appellarbiters oordelen in hoger beroep met een verwijzing naar geldend recht dat het recht van de v.o.f. om als formele procespartij op te treden ophoudt te bestaan bij de ontbinding van de v.o.f. Zij onderbouwen hun uitspraak niet met verwijzingen naar geldend recht. Het oordeel van de appellarbiters lijkt juist in strijd met geldend recht. Ik licht dat hieronder toe.

10. Daarnaast lijken de appellarbiters de inschrijving van de ontbinding van de v.o.f. in de Kamer van Koophandel constitutieve werking toe te dichten. Voorts motiveren zij niet waarom de v.o.f. naar geldend recht, anders dan bij een ontbonden rechtspersoon, ophoudt te bestaan bij ontbinding van de v.o.f..

De ontbinding en beëindiging van een v.o.f.

11. Voor het beëindigen van een personenvennootschap is allereerst nodig dat zij wordt ontbonden ⁴. Het enkele feit van ontbinding betekent op zichzelf nog niet dat de vennootschap eindigt ⁵. Door de ontbinding begint de vereffening. De vennootschap is gericht op het beëindigen van haar activiteiten, het vereffenen van haar vermogen en de verdeling van een eventueel batig saldo onder de vennoten. Tijdens de vereffening blijven de vennootschap en de vennootschappelijke goederengemeenschap voortbestaan voor zover dit voor de vereffening noodzakelijk is. De wet kent voor personenvennootschappen geen regel die inhoudt dat na ontbinding in stukken die van haar uitgaan de woorden 'in liquidatie' aan de naam van de vennootschap moeten worden toegevoegd, zoals artikel 2:19 lid 5 BW wel bepaalt voor de NV en de BV. Zodra het resterend vennootschapsvermogen onder de vennoten is verdeeld, is de vereffening voltooid en eindigt de v.o.f. te bestaan. In afwijking hiervan houdt de vennootschap op het moment van ontbinding op te bestaan indien en voor zover zij geen activiteiten ⁶ of vermogen heeft: er valt dan niets te vereffenen.

Gevolgen van de ontbinding voor de procesbevoegdheid van de v.o.f.

12. Ook een v.o.f. en een CV in vereffening kunnen zelfstandig eisende en verwerende procespartij zijn en zijn dus procesbevoegd ⁷. Op grond van artikel 32 WvK zijn in beginsel de besturende vennoten gezamenlijk belast met de vereffening van de v.o.f. en CV. Op grond van artikel 51 lid 1 Rv is het voldoende wanneer de betekening die voor de ontbonden v.o.f. of CV is bestemd wordt gedaan aan het kantoor, de persoon of de woonplaats van een van de vereffenaars. De vennootschap bestaat voort zolang dit voor de vereffening van haar vermogen noodzakelijk is. De ontbonden v.o.f. is daarmee rechtsbevoegd en heeft als uitvloeisel daarvan procesbevoegdheid ⁸: het vermogen om zelfstandig als partij in een burgerlijk geding op te treden om enerzijds eigen rechten te handhaven en anderzijds ertoe te worden gehouden eigen verplichtingen na te komen. Slechts bij uitzondering wordt procesbevoegdheid toegekend aan andere entiteiten dan natuurlijke en rechtspersonen. Zo'n uitzondering is gemaakt voor de v.o.f.: de v.o.f. kan al op grond van artikel 5 lid 1 Rv (oud) als zodanig als eisende of verwerende partij optreden in een geding. Sinds 2002 ⁹ zijn de betekeningssvoorschriften voor de v.o.f. geregeld in artikel 51 Rv.

13. Anders dan appellarbiters oordelen in eerste aanleg en dus het hoger beroep, kan de ontbonden v.o.f. naar mijn mening op grond van artikel 51 lid 1 Rv als vennootschap in liquidatie als partij optreden ¹⁰. Het feit dat de procedure in eerste aanleg aanhangig is gemaakt nadat de ontbinding was ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel doet daaraan niets af.

De inschrijving in het Handelsregister van de Kamer van Koophandel heeft geen constitutieve werking

14. De inschrijving van de ontbinding van de v.o.f. heeft, anders dan de appellarbiters lijken te betogen, geen constitutieve werking ¹¹ en bewerkstelligt niet dat de v.o.f. als personenvennootschap door de inschrijving is opgehouden te bestaan. De Kamer van Koophandel is lijdelijk. Ook geldt er geen garantie dat hetgeen in het handelsregister is te vinden altijd klopt. Dat is de reden waarom de wet regels geeft voor het geval van onjuiste inschrijvingen (artikel 23 Hrgw).

Veroordeling van de aannemer in reconventie

15. De motivering van de appellarbiters dat de vennoten na de ontbinding van de v.o.f., volgens de appellarbiters, *namens* de ontbonden, maar nog niet volledig vereffende v.o.f. optreden, is naar mijn mening problematisch. Anders dan een rechtspersoon, heeft een v.o.f. geen rechtspersoonlijkheid, zodat de (voormalige) vennoten ook niet namens de v.o.f. kunnen handelen. Zij kunnen enkel het vennootschapsvermogen binden.

16. Bij toewijzing van de reconventionele vordering van de *aannemer*, hebben de appellarbiters blijkens het probandum de reconventionele vordering toegewezen aan de ontbonden v.o.f. die niet-ontvankelijk is verklaard en aan de (voormalige) vennoten. Appellarbiters hadden de ontbonden v.o.f. die niet-ontvankelijk was verklaard en de (voormalige) vennoten immers gedefinieerd als *aannemer*. Dat lijkt een kennelijke fout die niet strookt met hetgeen de appellarbiters hebben overwogen in het lichaam van hun arbitraal vonnis. Een dergelijke fout kan op grond van artikel 1060 Rv zonder inhoudelijke motivering worden hersteld.

O.H. Laan

1 Otilie Laan is advocaat bij Blumstone Advocaten te Amsterdam.

2 RvA 21 juli 2016, No. 35.833.

3 Idem ro. 9 en 10.

4 A.J.S.M. ter Voort, *Het Nederlandse personenvennootschapsrecht*, Deventer: Kluwer 2015, par. 8.1.

5 Asser/Maeijer 5-V, *Maatschap, vennootschap onder firma, commanditaire vennootschap*, Deventer: Kluwer 1995, nr. 203 en 324, J.J.A. Hamers en L.P.W. Van Vliet, *Inleiding personenvennootschappen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012, nr. 5.1, P.L. Wery, *Hoofdzaken maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap*, Deventer: Kluwer 2003, p. 68, A.L. Mohr, *Van personenvennootschappen, bewerkt door V.A.E.M. Meijers*, Deventer, Kluwer 2013, par. 7.2, B.F. Assink/ W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht, Deel (II)*, Deventer: Kluwer 2013, par. 99.6.

6 Waaronder begrepen betrokkenheid bij een juridische procedure.

7 HR 21 oktober 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4665 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:1983:AG4665>), NJ 1984/254 (*Zomerdijk / Cultuurtechnische werken Goudsblom*), Rb. Rotterdam 24 augustus 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BX6192 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBROT:2012:BX6192>). Zie Asser/Maeijer 5-v 1995/325.

8 Asser 2-II I, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon - de rechtspersoon*, 8e druk, Deventer: Kluwer 1997.

9 Stb. 2001, 621.

10 Zie Hof Den Bosch 4 september 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BC5127 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:GHSHE:2007:BC5127>). Asser/Maeijer 5-v, nr. 324; Hof Den Bosch 24 februari 1993, NJ 1994/645 (*Vervolg gebroeders Kruithof*); Rb. Utrecht 28 september 2011,

ECLI:NL:RBUTR:2011:BT7221 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBUTR:2011:BT7221>).
Hof Den Bosch 20 september 1949, NJ 1950/695.

11 HR 26 maart 2004, nr. C02/316 (Conclusie).

Deel dit artikel  (https://twitter.com/intent/tweet?text=nr. 2 - februari 2018%20TBR 2018-29 Ontbonden v.o.f. geen procespartij&via=Instituut_BR&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2018/februari/tbr-2018-29)  (<https://www.linkedin.com/shareArticle?mini=true&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2018/februari/tbr-2018-29&title=nr. 2 - februari 2018%20TBR 2018-29 Ontbonden v.o.f. geen procespartij&source=IBR Tracker>)  (<https://www.facebook.com/sharer/sharer.php?u=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2018/februari/tbr-2018-29&t=IBR Tracker%20nr. 2 - februari 2018%20TBR 2018-29 Ontbonden v.o.f. geen procespartij>) (<mailto:?subject=IBR Tracker Artikel delen&body=Ik vond dit artikel in IBR Tracker:%0D%0Ahttp://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2018/februari/tbr-2018-29>)