

# Jurisprudentie – VI. Aanneming van werk

## TBR 2022/33

### Hoge Raad, 26 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:447 (Fatale termijn bij aanlevering planning)

(Mr. A.M.J. van Buchem-Spapens, mr. G. Snijders, mr. A.E.B. ter Heide, mr. M.J. Kroeze)

**BW: art. 7:900, art. 6:83**

Verbindenissenrecht. Aannemingsovereenkomst. Vaststellingsovereenkomst. Fatale termijn overeengekomen?

**Met gastnoot O. Laan, Red.<sup>1</sup>**

**HR 26 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:447**

[...]

### 1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

a. de vonnissen in de zaak 5833301 \ CV EXPL 17-2362 van de kantonrechter te Dordrecht van 18 mei 2017 en 18 januari 2018;

b. de arresten in de zaak 200.242.848/01 van het gerechtshof Den Haag van 23 oktober 2018 en 7 januari 2020.

KKH heeft tegen het arrest van het hof van 7 januari 2020 beroep in cassatie ingesteld.

[verweerders] hebben een verweerschrift tot verwerping ingediend.

De zaak is voor [verweerders] toegelicht door hun advocaat en S. Hogendoorn.

De conclusie van de Advocaat-Generaal G.R.B. van Peurseem strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De advocaat van KKH heeft schriftelijk op die conclusie gereageerd.

### 2. Beoordeling van het middel

De Hoge Raad heeft de klachten over het arrest van het hof beoordeeld. De uitkomst hiervan is dat deze klachten niet kunnen leiden tot vernietiging van dat arrest. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie artikel 81 lid 1 van de Wet op de rechterlijke organisatie).

### 3. Beslissing

De Hoge Raad:  
- verwerpt het beroep;  
[Enz. enz., Red.]

**Gerechtshof Den Haag 7 januari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:19**

[...]

### Het verdere verloop van het geding

Voor het procesverloop tot 23 oktober 2018 verwijst het hof naar zijn tussenarrest van die datum, waarbij een comparitie van partijen is gelast.

De comparitie heeft op verzoek van partijen geen doorgang gevonden.

Bij memorie van antwoord in appel, tevens houdende incidenteel appel en wijziging van eis in reconventie, met producties, hebben [appellanten] de grieven van KKH bestreden. Zij hebben in incidenteel appel vier grieven aangevoerd en hun eis in reconventie gewijzigd.

Bij memorie van antwoord in incidenteel appel heeft KKH de grieven van [appellanten] bestreden.

Partijen hebben de stukken overgelegd en arrest gevraagd.

### De verdere beoordeling van het hoger beroep In principaal en in incidenteel appel

1. De door de kantonrechter in het bestreden vonnis onder 2.2, 2.4 en 2.5 vastgestelde feiten zijn in hoger beroep niet in geschil, zodat ook het hof van die feiten uitgaat.

2. Het gaat in deze zaak om het volgende.  
(a) [naam 1] en [naam 2] zijn vennoten in de vennootschap onder firma [X v.o.f.] (hierna: [X v.o.f.] ).

(b) KKH en [X v.o.f.] hebben op 25 mei 2016 een (onder-) aannemingsovereenkomst gesloten waarbij [X v.o.f.] alle kozijnen in de voor- en achtergevel van de woningen aan [adressen] te [plaats 2] zou vervangen door (door KKH aan te leveren) kunststof kozijnen voor de aanneemsom van € 15.000,-- exclusief BTW (€ 18.150,-- inclusief 21% BTW). De 'betalingsafspraken' luidde: '20% bij opdracht, 40% bij start, 30% bij oplevering voorgevel, 10% bij totale oplevering'.

(c) KKH heeft de facturen van [X v.o.f.] voor de eerste termijn (€ 3.630,-- inclusief BTW = 20% van de aanneemsom) en de tweede termijn (€ 7.260,-- inclusief BTW = 40% van de aanneemsom) betaald op respectievelijk 24 mei 2016 en 14 juni 2016.

<sup>1</sup> Otilie Laan is advocaat bij Bavelaar & Bavelaar Advocaten & Rechtsanwältin

(d) Tussen partijen is discussie ontstaan over de kwaliteit van het werk en de vraag of sprake was van meerwerk. Op 29 september 2016 heeft een plaatsopneming plaatsgevonden in aanwezigheid van partijen en de (namens [appellanten] ingeschakelde) deskundige ing. [de deskundige] van EMN Expertise (hierna: [de deskundige]). Partijen hebben toen afspraken gemaakt over de afwikkeling van het project. Mr. Den Engelsman heeft bij e-mail van 29 september 2016 aan, onder meer, [X v.o.f.] en [de deskundige] het volgende bericht:

*'Afgesproken is:*

1. [X v.o.f.] levert uiterlijk ultimo november 2016 het totale werk deugdelijk op tegen betaling door KKH B.V. van € 9.000,00 inclusief BTW (in drie gelijke delen te betalen, waarover hieronder meer);
2. Het project wordt in twee delen opgeknipt; de voorzijde van de panden (straatkant) enerzijds en de achterzijde (tuinkant) anderzijds;
3. De achterzijde wordt eerst door [X v.o.f.] opgeleverd en hij laat uiterlijk

volgende week maandag weten wanneer dat (ruim vóór de 3e week november 2016) zal gebeuren;

4. De voorzijde wordt in de 3e week van november 2016 doorlopend aangepakt en aansluitend uiterlijk ultimo november 2016 opgeleverd;

5. Op de dag dat [X v.o.f.] aan de achterzijde begint, ontvangt hij de eerste betaling van € 3.000,00;
6. Na deugdelijke oplevering van de achterzijde ontvangt [X v.o.f.] de tweede betaling van € 3.000,00;
7. Na deugdelijke oplevering van de voorzijde ontvangt [X v.o.f.] de derde betaling van € 3.000,00.

Hoewel er eigenlijk een vaststellingsovereenkomst tussen partijen zou moeten worden opgesteld, stel ik deze keer voor dat een e-mailbericht van de hand van de heer [de deskundige] en de heer [X v.o.f.] in reply op dit bericht volstaat. Beide heren verzoek ik dan ook dit e-mailbericht te beantwoorden met de tekst: "Akkoord, zo is het vandaag afgesproken." Aansluitend vernemen we graag uiterlijk maandag van de heer [X v.o.f.] wat de exacte planning is voor de achterzijde.'

(e) [de deskundige] heeft bij e-mail van 30 september 2016 aan mr. Den Engelsman bericht:

*'Wij bevestigen de genoemde afspraken zoals onderstaand omschreven.'*

[X v.o.f.] heeft bij e-mail van 1 oktober 2016 aan mr. Den Engelsman bericht:

*'(...)*

*Gaan hiermee akkoord als onder oplevering wordt verstaan het opleveren gevel buitenzijde zodat de binnenafwerking in 1x gedaan kan worden aan het einde van de montage kozijnen.*

*Verder natuurlijk onvoorziene omstandigheden zoals weersomstandigheden e.d. voorbehouden.*

*Verder de kozijnen voorgevel door ons worden aangepast zodat deze passen omdat nu geconstateerd is dat stalen binten niet in lijn staan en wij dit gaan oplossen door kozijnen/stelkozijnen aan te passen dit in de montage te bepalen.*

*Verder akkoord.*

*[naam 1] .*

*Data start/planning volgt zsm.'*

(f) Bij e-mail van 5 oktober 2016 heeft mr. Van Engelsman aan [X v.o.f.] bericht:

*'Anders dan de heer [de deskundige] hieronder heeft gedaan, hebt u niet integraal en gaaf bevestigd wat wij verleden week donderdag hebben afgesproken. Dat creëert weinig vertrouwen, temeer gelet op de voorgeschiedenis. Daarenboven hebt u nog altijd geen planning doorgegeven, hetgeen eergisteren had moeten gebeuren. U schiet opnieuw toerekenbaar tekort ter zake de minnelijke regeling.*

*Het houdt wel een keer op. U dwingt cliënte onderstaande afspraak opnieuw te ontbinden. Dat doe ik bij deze, waarvan akte!*

*Dat betekent dat de juridische situatie herleeft van het ontbonden zijn van de aanvankelijke overeenkomst. Cliënte laat de werkzaamheden thans afmaken door derden. (...)*

(g) In zijn expertiserapport van 20 december 2016 heeft [de deskundige] vermeld (pagina 6 onder 7):

*'Na afloop van het onderzoek stelde de heer Den Engelsman voor om tot een minnelijke schikking te komen waarbij beide partijen enig water bij de wijn moeten doen. Uitgangspunt daarbij was dat uw cliënt per omgaande zijn werkzaamheden zou hervatten.*

*(...) Uiteindelijk heeft uw cliënt op locatie ingestemd met het laatste voorstel van wederpartij. Dit voorstel hield in:*

*Voor het restant van het werk betaalt wederpartij nog € 9.000,00 exclusief btw aan uw cliënt waarmee de omvang van de opdracht van € 15.000,00 naar € 18.000,00 exclusief btw wordt verhoogd.*

*Dit bedrag wordt in 3 gelijke delen van € 3.000,00 betaald, het eerste deel direct als uw cliënt is gestart met het plaatsen van de kozijnen aan de achterzijde. Het tweede deel als de achtergevel gereed is en het derde deel als de voorgevel gereed is. Hierbij is gesteld dat de achtergevel ruim voor de derde week november 2016 gereed is en de kozijnen aan de voorzijde aansluitend daaraan ultimo november 2016 geplaatst zijn.'*

**3.** In eerste aanleg heeft KKH gevorderd [appellanten] hoofdelijk te veroordelen tot betaling van € 13.574,45 aan ontbindingschade met wettelijke handelsrente en € 910,74 aan buitengerechtelijke kosten en hen te veroordelen in de proceskosten en de nakosten. Aan haar vordering heeft zij ten grondslag gelegd dat [X v.o.f.] , hoewel dat op 29 september uitdrukkelijk was overeengekomen, niet op maandag 3 oktober 2016 een planning van de werkzaamheden heeft doorgegeven, daar waar het zonneklaar was dat er spoed was geboden. Door het ontbinden van de overeenkomst van 29 september 2016 herleeftde het verzuim van [X v.o.f.] ten aanzien van de nakoming van de aannemingsovereenkomst.

In reconventie hebben [appellanten] gevorderd KKH te veroordelen tot betaling van € 6.151,92 exclusief BTW met wettelijke rente. Hiertoe hebben zij gesteld dat [appellanten] als gevolg van de

(pas na aanvang van de werkzaamheden gebleken) toestand van het bestaande metselwerk en aanwezigheid van stalen kolommen, [X v.o.f.] meerwerk heeft moeten verrichten en stagnatiekosten heeft moeten maken. [X v.o.f.] heeft een deskundige ingeschakeld die het meerwerk heeft begroot op € 8.000,- exclusief BTW; hierop moet een bedrag van € 3.000,- in mindering worden gebracht omdat het werk nog niet volledig was opgeleverd, aldus [appellanten] Zij hebben daarnaast aanspraak gemaakt op vergoeding van de expertisecosten van € 1.151,92 exclusief BTW.

4. Bij het bestreden vonnis heeft de kantonrechter zowel de vordering in conventie als die in reconventie afgewezen.

5. [appellanten] hebben in hoger beroep (de grondslag van) hun eis gewijzigd in die zin dat zij in reconventie in plaats van € 5.000,- nu (primair) op andere gronden € 9.000,- exclusief BTW met wettelijke handelsrente vorderen. KKH heeft tegen de eiswijziging geen bezwaar gemaakt zodat het hof zal uitgaan van de vordering zoals gewijzigd.

6. In grief I in het principaal appel wordt naar voren gebracht dat het hof de door de kantonrechter in rov. 2.1 tot en met 2.5 vastgestelde feiten tot uitgangspunt kan nemen, mits hetgeen in eerste aanleg en in hoger beroep onder 'feiten en omstandigheden' door KKH is aangevoerd daarvan onderdeel gaat uitmaken. Nu geen concreet bezwaar tegen (één van) de in rov. 2.1 tot en met 2.5 vastgestelde feiten is aangevoerd, kan deze grief in ieder geval niet tot vernietiging van het bestreden vonnis leiden. Voor zover de door KKH aangevoerde feiten en omstandigheden voor de beoordeling in hoger beroep relevant zijn, zal het hof alsnog bezien of deze als vaststaand kunnen worden aangenomen.

7. Grief I in het incidenteel appel is gericht tegen rov. 2.1 van het bestreden vonnis en betoogt dat de kantonrechter daarin ten onrechte als vaststaand feit heeft aangenomen dat de tussen partijen op 25 mei 2016 een overeenkomst van opdracht tot stand is gekomen. Volgens de toelichting moet de op 25 mei 2016 tot stand gekomen overeenkomst tussen partijen worden gekwalificeerd als een aanneemovereenkomst, nu [X v.o.f.] zich heeft verbonden een werk van stoffelijke aard tot stand te brengen.

8. Deze grief, die door KKH wordt onderzocht, schreven, is gegrond. De onjuiste kwalificatie van de overeenkomst kan echter op zichzelf genomen niet tot vernietiging van het vonnis van de kantonrechter leiden.

9. Grief II in het principaal appel klaagt dat de kantonrechter in rov. 3.2 en 4.3 de overeenkomst tussen partijen van 29 september 2016 ten onrechte heeft gekwalificeerd als een vaststellingsovereenkomst. In de toelichting op de grief stelt KKH dat sprake is van een wijziging van de eerder door partijen gesloten overeenkomst van 25 mei 2016. Partijen hebben volgens haar niet beoogd die overeenkomst in het geheel te beëindigen.

10. Het hof overweegt als volgt. De vaststellingsovereenkomst is wettelijk geregeld in artikel 7:900 BW. In lid 1 is bepaald dat de vaststelling bestemd is om *ook* te gelden voor zover zij van de tevoren bestaande rechtstoestand mocht afwijken. Dit betekent dat voor de kwalificatie als vaststellingsovereenkomst niet relevant is of al dan niet sprake is van een wijziging van de eerder door partijen gesloten overeenkomst van 25 mei 2016. Waar het om gaat is dat partijen zich bij de overeenkomst van 29 september 2016, ter beëindiging van een geschil over wat tussen hen rechtens gold op grond van de overeenkomst van 25 mei 2016, jegens elkaar hebben gebonden aan de vaststelling daarvan. Het hof merkt in dit verband op dat mr. Den Engelsman in zijn e-mail van 29 september 2016 deze overeenkomst aanduidt als een 'finale regeling' en in zijn e-mail van 5 oktober 2016 spreekt van een minnelijke regeling. Deze overeenkomst moet daarom worden gekwalificeerd als een vaststellingsovereenkomst. In zoverre is de grief ongegrond.

11. In grief II in het principaal appel wordt verder aangevoerd dat, ook indien de overeenkomst van 29 september 2016 wel zou moeten worden gekwalificeerd als een vaststellingsovereenkomst, door ontbinding van deze vaststellingsovereenkomst de overeenkomst van 25 mei 2016 is herleefd en dat deze al partieel – voor zover het de door [X v.o.f.] nog te verrichten werkzaamheden betreft waarvoor KKH nog moest betalen – is ontbonden. Voor zover KKH de aanneemovereenkomst nog niet had ontbonden, is deze in ieder geval ontbonden bij dagvaarding van 14 maart 2017, althans wordt deze alsnog ontbonden, aldus KKH.

Grief II in het incidenteel appel bestrijdt het oordeel van de kantonrechter (bestreden vonnis rov. 4.3) dat één van de afspraken tussen partijen was dat [X v.o.f.] op maandag 3 oktober 2016 een planning zou aanleveren. [appellanten] betwisten dat dit is afgesproken en stellen dat [X v.o.f.] op dit punt niet met de weergave in de e-mail van 29 september 2016 akkoord is gegaan, maar expliciet bij e-mail van 1 oktober 2016 heeft gemeld: 'Data start/planning volgt zsm'. Grief III in het principaal appel is gericht tegen het oordeel van de kantonrechter (bestreden vonnis rov. 4.4) dat het niet aanleveren van een planning in de gegeven omstandigheden een dermate geringe tekortkoming was dat deze geen ontbinding rechtvaardigde. Naar KKH in de toelichting stelt, had zij meermalen expliciet

aangegeven dat spoed geboden was en is meermaalen om een planning verzocht. Volgens haar heeft [X v.o.f.] op 29 september ondubbelzinnig ermee ingestemd dat zij op 3 oktober 2016 een planning zou verstrekken. In het licht van deze omstandigheden had [X v.o.f.] moeten begrijpen dat het aanleveren van een planning op 3 oktober 2016 van evident belang was voor KKH en dat het niet nakomen van deze afspraak tot ontbinding zou kunnen leiden, aldus KKH.

Deze grieven, die alle gaan over de vraag of de overeenkomst van 29 september 2016 rechtsgeldig is ontbonden, lenen zich voor een gezamenlijke behandeling. Daartoe overweegt het hof als volgt.

**12.** Tussen partijen is in de eerste plaats in geschil of [X v.o.f.] op grond van de overeenkomst van 29 september 2016 gehouden was om op maandag 3 oktober 2016 een planning van de werkzaamheden aan te leveren. Dit is een kwestie van uitleg van deze overeenkomst. Dat partijen op 29 september 2016 met elkaar een concrete termijn voor het inleveren van de planning hebben besproken, is door [X v.o.f.] betwist (memorie van antwoord, 44) en door KKH, op wie ter zake de bewijslast rust, niet (gespecificeerd) te bewijzen aangeboden, zodat niet vaststaat dat een zodanige voorafgaande (mondelijke) afspraak op dit punt is gemaakt. In de e-mail van mr. Den Engelsman van 29 september 2016, waarin hij heeft weergegeven wat volgens hem tussen partijen is overeengekomen, is onder 3 opgenomen dat [X v.o.f.] ‘uiterlijk volgende week maandag’ – dat was op 3 oktober 2016 – laat weten wanneer zij de achterzijde zou opleveren en dat dit laatste ‘ruim’ vóór de derde week van november 2016 diende te gebeuren. [X v.o.f.] – haar gemachtigde [de gemachtigde] van SRK was tot 18 oktober 2016 afwezig; dit blijkt uit de e-mail van mr. Den Engelsman van 29 september 2016 – heeft bij e-mail van 1 oktober 2016 laten weten akkoord te gaan met deze weergave van de afspraak onder enkele voorbehouden. Naar het oordeel van het hof heeft KKH uit de opmerking van [X v.o.f.] onderaan die e-mail ‘Data start/planning volgt zsm’ redelijkerwijze niet mogen begrijpen dat [X v.o.f.] ermee heeft ingestemd, dan wel alsnog ermee instemde, dat zij de planning op 3 oktober 2016 moest aanleveren, laat staan dat die datum als een fatale termijn gold. Dat op de datum van de reactie (1 oktober 2016) aanlevering van een planning op 3 oktober 2016 nog mogelijk was, maakt dat niet anders. Hoewel [de deskundige] in zijn reactie van 30 september 2016 in een enkele zin de afspraken heeft bevestigd, heeft hij in zijn rapport van 20 december 2016 onder 7, waarin hij de in zijn bijzijn gemaakte de afspraken zelf weergeeft, geen datum voor het aanleveren van een planning genoemd; hij heeft alleen vermeld dat de achtergevel ruim voor de derde week van november 2016 gereed moest zijn. Hieruit moet worden afgeleid dat de bevestiging van de afspraken door [de deskun-

dige] op 30 september 2016 slechts ziet op de essentialia daarvan. Verder heeft mr. Den Engelsman aan het slot van zijn e-mail van 29 september 2016 geschreven dat hij ‘graag’ uiterlijk maandag, dus 3 oktober 2016, van de heer [X v.o.f.] verneemt wat de exacte planning is voor de achterzijde. Dit duidt op een verzoek, niet op een overeengekomen fatale termijn, en zo heeft [X v.o.f.] dit ook mogen begrijpen. Dit oordeel luidt niet anders indien, zoals KKH stelt, zij [X v.o.f.] er vaak op heeft gewezen dat spoed geboden was en dat zij erop had aangedrongen voortgang te maken omdat zij anders problemen kreeg met haar opdrachtgever. De afspraak was dat oplevering van de achterzijde ‘ruim vóór de 3e week november 2016’ diende te gebeuren. Daartoe was niet noodzakelijk dat de planning van de werkzaamheden al op 3 oktober 2016 zou worden aangeleverd. Het hof is dan ook, anders dan de rechtbank, van oordeel dat [X v.o.f.] niet op 3 oktober 2016, zonder dat een ingebrekestelling nodig was, in verzuim is geraakt. Dat brengt mee dat de overeenkomst van 29 september 2016 niet door het verstrijken van die datum is ontbonden, dan wel dat KKH niet bevoegd was de overeenkomst zonder ingebrekestelling te ontbinden.

**13.** Naar het oordeel van het hof heeft KKH de overeenkomst ook niet op een later moment rechtsgeldig ontbonden, zoals KKH subsidiair heeft aangevoerd. Bij e-mail van 5 oktober 2016 heeft mr. Den Engelsman namens KKH aan [X v.o.f.] geschreven:

*‘(...) U dwingt cliënte onderstaande afspraak opnieuw te ontbinden. Dat doe ik bij deze, waarvan akte!*

*(...) Cliënte laat de werkzaamheden thans afmaken door derden. Zij zal de kosten daarvan op u verhalen (...).’*

Zij heeft [X v.o.f.] geen redelijke termijn gesteld om alsnog een planning aan te leveren. [X v.o.f.] is niet in verzuim geraakt en KKH heeft de overeenkomst van 29 september 2016 niet rechtsgeldig ontbonden. Dat geldt om dezelfde reden ook voor de (meer) subsidiair door KKH gestelde ontbinding bij dagvaarding dan wel memorie van grieven.

**14.** De grieven II (voor het overige) en III in het principaal appel zijn daarom ongegrond, terwijl grief II in het incidentele appel gegrond is.

Hieruit volgt dat ook naar het oordeel van het hof de vordering van KKH tot schadevergoeding niet toewijsbaar is. Grief IV in het principaal appel, gericht tegen de veroordeling van KKH in de proceskosten (rov. 4.5) en de afwijzing van de vordering in conventie (dictum), is dus ongegrond.

**15.** Grief III in het incidentele appel klaagt dat de kantonrechter in rov. 2.3 van het bestreden vonnis ten onrechte als feit heeft vastgesteld dat partijen een bedrag van € 9.000,-- inclusief BTW zijn overeengekomen, althans dat hij ten

onrechte heeft aangenomen dat de e-mail van de gemachtigde van KKH van 29 september 2016 een volledige en accurate weergave van de door partijen gesloten vaststellingsovereenkomst verschaft. Volgens de toelichting zijn partijen een bedrag van € 9.000,- exclusief BTW overeengekomen, zoals de deskundige (correct en volledig) in zijn rapport onder 7 heeft geschreven. Het betreft hier immers twee ondernemers en aangezien zij de omzetbelasting kunnen terugvorderen van de fiscus, spreekt men in deze gevallen altijd over bedragen exclusief BTW, aldus [appellanten].

Grief IV in het incidentele appel komt op tegen het oordeel van de kantonrechter (bestreden vonnis rov. 4.6) dat de reconventionele vordering moet worden afgewezen. Naar [appellanten] stellen, zijn partijen overeengekomen dat aan hen nog een bedrag van € 9.000,- exclusief BTW toekomt, onder meer voor meerwerk en stagnatiekosten. [appellanten] vorderen betaling van dit bedrag, met wettelijke rente. Subsidiair, voor het geval de vaststellingsovereenkomst wordt ontbonden, maken zij aanspraak op vergoeding van de kosten die door de deskundige zijn vastgesteld voor het gereedmaken van het werk, ten bedrage van € 11.500,- exclusief BTW, met wettelijke rente. Zij maken voorts aanspraak op vergoeding van gemaakte expertisecosten van € 1.151,92 en buitengerechtelijk incassokosten van € 890,-.

**16.** Het hof overweegt als volgt. Gezien het oordeel van het hof dat [X v.o.f.] niet in verzuim is geraakt en dat KKH de overeenkomst van 29 september 2016 niet rechtsgeldig heeft ontbonden, zijn de daarbij gemaakte afspraken overkort blijven gelden. Nu KKH het werk door derden heeft laten afmaken, heeft zij de nakoming door [X v.o.f.] van haar verplichtingen uit de overeenkomst van 29 september 2016 verhinderd en zelfs onmogelijk gemaakt. Naar het oordeel van het hof is KKH hierdoor in schuldeisersverzuim geraakt, zoals [appellanten] ook stellen. Nu hier sprake is van een wederkerige overeenkomst, blijft KKH tot nakoming van haar verbintenis – betaling van het overeengekomen bedrag – gehouden.

**17.** Tussen partijen is in geschil wat op dit punt is overeengekomen. [appellanten] stellen dat KKH op grond van de overeenkomst van 29 september 2016 een bedrag van € 9.000,- exclusief BTW dient te betalen. KKH betwist dit. Volgens haar is een bedrag van € 9.000,- inclusief BTW overeengekomen. De stelplicht en de bewijslast dat partijen een bedrag van € 9.000,- exclusief BTW zijn overeengekomen rust op [appellanten], die zich immers op het rechtsgevolg van de gestelde afspraak beroepen.

**18.** In rov. 2.3 van het bestreden vonnis, onder vaststaande feiten, heeft de kantonrechter overwogen dat de gemachtigde van KKH

de op 29 september 2016 gemaakte afspraken als volgt heeft verwoord en vervolgens de inhoud van de e-mail van mr. Den Engelsman van 29 september 2016 geciteerd. Voor zover [appellanten] in grief III in het incidentele appel betogen dat de kantonrechter in deze overweging heeft vastgesteld dat partijen zijn overeengekomen dat KKH aan [X v.o.f.] nog een bedrag van € 9.000,- inclusief BTW moest betalen, gaan zij uit van een verkeerde lezing van de bestreden overweging nu de kantonrechter in die overweging slechts de inhoud van de genoemde e-mail heeft weergegeven. Voor zover wordt aangevoerd dat partijen, anders dan in de e-mail van mr. Den Engelsman van 29 september 2016 is weergegeven, zijn overeengekomen dat KKH nog een bedrag van € 9.000,- exclusief BTW diende te betalen, overweegt het hof als volgt.

**19.** KKH wijzen er op zichzelf terecht op dat in hun reacties op de weergave van de afspraak in de e-mail van mr. Den Engelsman noch [de deskundige] (bij e-mail van 30 september 2016), noch [X v.o.f.] (bij e-mail van 1 oktober 2016) bezwaar heeft gemaakt tegen de notering dat KKH in totaal € 9.000,- inclusief BTW aan [X v.o.f.] diende te betalen. Toch is het hof van oordeel dat KKH in het licht van de omstandigheden hieruit niet redelijkerwijs heeft mogen begrijpen dat [X v.o.f.] akkoord was gegaan of alsnog ging met dit bedrag inclusief BTW. Die omstandigheden zijn de volgende.

**20.** In de aanneemovereenkomst van 25 mei 2016 wordt de aanneemsom exclusief BTW vermeld. Het betrof een bedrag van in totaal € 15.000,-, te betalen in termijnen van respectievelijk € 3.000,-, € 6.000,-, € 4.500,- en € 1.500,- exclusief BTW.

Het is een feit van algemene bekendheid dat ondernemers die BTW-plichtig zijn, de af te dragen BTW kunnen verrekenen. Om die reden is het gebruikelijk dat in facturen aan andere ondernemers de BTW (een percentage over het factuurbedrag) separaat wordt berekend, zoals ook in dit geval is gebeurd. Nu in de aanneemovereenkomst de oorspronkelijke aanneemsom exclusief BTW is vermeld, moet worden aangenomen dat partijen in het kader van een minnelijke regeling om dezelfde reden ook een bedrag exclusief BTW zijn overeengekomen, tenzij expliciet iets anders is afgesproken. KKH heeft in het kader van haar betwisting dat een bedrag exclusief BTW is overeengekomen niet gesteld dat tijdens de onderhandelingen over de vaststellingsovereenkomst expliciet is besproken, dan wel door haar is bedongen, dat het door haar te betalen bedrag – in afwijking van de oorspronkelijke aanneemsom – inclusief BTW zou zijn. Ervan uitgaande dat dit inderdaad niet is gebeurd, heeft [X v.o.f.] in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs moeten begrijpen dat het in het kader van een minnelijke regeling overeengekomen door KKH te be-



talen bedrag eveneens exclusief BTW zou zijn. Dat wordt bevestigd door [de deskundige] in zijn expertiserapport van 20 december 2016. Daarin heeft hij de op 29 september 2016 tussen partijen gemaakte afspraak aldus weergegeven dat KKH nog € 9.000,- - exclusief BTW aan [X v.o.f.] moet betalen en bovendien dat daarmee 'de omvang van de opdracht van € 15.000,00 naar € 18.000,00 exclusief btw wordt verhoogd'. Dat [de deskundige] dit rapport heeft opgemaakt nadat mr. Den Engelen zijn e-mail van 29 september 2016 heeft verzonden, doet hieraan niet af: niet is gesteld, laat staan aannemelijk geworden, dat [de deskundige], die zijn rapport niet aan partijen maar aan zijn opdrachtgever SRK heeft uitgebracht, bewust de overeenkomst onjuist heeft weergegeven in zijn rapport. De opmerking van KKH dat zij niet begrijpt dat [de deskundige] in zijn deskundigenrapport van 20 december 2016 de afspraak anders weergeeft, werpt hierop dan ook geen ander licht. Het hof gaat er daarom vanuit dat partijen op 29 september 2016 een bedrag van € 9.000,- exclusief BTW zijn overeengekomen.

**21.** Ook al heeft [de deskundige] zich akkoord verklaard met de inhoud van de e-mail van mr. Den Engelen van 29 september 2016, waarin een bedrag van € 9.000,- inclusief BTW wordt vermeld, moet in het licht van het voorgaande ervan worden uitgegaan dat de weergave in de e-mail van mr. Den Engelsman van 29 september 2016 berust op een vergissing die door [de deskundige] – deskundige, geen partij in deze procedure – onopgemerkt is gebleven. Hetzelfde geldt voor de akkoordverklaring door [X v.o.f.], die zelf heeft gereageerd omdat haar gemachtigde [de gemachtigde] afwezig was, zoals mr. Den Engelsman bekend was. Onder deze omstandigheden heeft KKH uit de akkoordverklaring van [X v.o.f.] met de e-mail van mr. Den Engelsman van 29 september 2016 niet redelijkerwijze mogen begrijpen dat [X v.o.f.] in afwijking van de eerder gemaakte afspraak, met een bedrag van € 9.000,- - inclusief BTW akkoord is gegaan. Integendeel: zij heeft moeten begrijpen dat het hier om een verschrijving van haar eigen advocaat ging. In het licht van dit alles acht het hof de betwisting door KKH dat partijen een bedrag van € 9.000,- exclusief BTW zijn overeengekomen, onvoldoende toegelicht en onderbouwd. Aan die betwisting wordt om die reden voorbij gegaan. Bewijslevering is dan niet aan de orde en het bewijsaanbod van KKH wordt als niet ter zake dienend gepasseerd.

**22.** Aan de orde komt vervolgens ook de vordering van [appellanten] tot vergoeding van expertisecosten van € 1.151,92. Ter onderbouwing van die vordering heeft zij een factuur van EMN Expertise aan haar rechtsbijstandverzekeraar SRK van 14 oktober 2016 overgelegd. Dit betreft klaarblijkelijk het expertiserapport van [de deskundige] van 20 december 2016. KKH heeft

betwist dat [X v.o.f.] kosten ter vaststelling van aansprakelijkheid heeft gemaakt. Volgens haar hebben [appellanten] hun vordering op dit punt niet onderbouwd. Naar het oordeel van het hof ziet KKH over het hoofd dat het hier om de kosten van het expertiserapport van [de deskundige] gaat. Op de overgelegde factuur heeft KKH niet gereageerd. Aan haar betwisting dat deze kosten zijn gemaakt gaat het hof dan ook voorbij. Het betreft hier kosten die zijn gemaakt ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid. Het hof is van oordeel dat deze kosten in redelijkheid zijn gemaakt. De hoogte van het bedrag komt het hof niet onredelijk voor. Het gevorderde bedrag zal worden toegewezen.

**23.** [appellanten] vorderen in hoger beroep vergoeding van buitengerechtelijke kosten ten bedrage van € 890,-. KKH heeft betwist dat [appellanten] zodanige kosten heeft gemaakt die voor vergoeding in aanmerking komen.

Het hof overweegt dat [appellanten] niet hebben onderbouwd dat deze kosten daadwerkelijk zijn gemaakt. Zij hebben ook niet gespecificeerd welke werkzaamheden volgens haar zijn verricht. Deze vordering zal dan ook als niet onderbouwd worden afgewezen.

**24.** Dit leidt tot de volgende slotsom. De grieven III en IV in het incidenteel appel zijn (geheel, respectievelijk gedeeltelijk) gegrond. Het vonnis van de kantonrechter zal worden vernietigd voor zover daarbij de reconventionele vordering van [appellanten] is afgewezen en de door [appellanten] gevorderde bedragen van € 9.000,- exclusief BTW en € 1.151,92 zullen worden toegewezen. KKH heeft geen gronden aangevoerd die, indien juist bevonden, meebrengen dat dit bedrag niet geheel betaald zou moeten worden.

**25.** [appellanten] vorderen betaling van de wettelijke handelsrente over deze bedragen vanaf 29 september 2016, respectievelijk 14 november 2016. Wat betreft het bedrag van € 9.000,- overweegt het hof dat de eerste termijn van € 3.000,- verschuldigd was na aanvang van de werkzaamheden aan de achterzijde, de tweede termijn van € 3.000,- na oplevering van de achterzijde en de laatste termijn van € 3.000,- na oplevering van de voorzijde. Het hof zal omwille van de eenvoud de wettelijke handelsrente over € 9.000,- toewijzen vanaf 1 december 2016. Ten aanzien van de factuur van [de deskundige] maken [appellanten] aanspraak op de wettelijke handelsrente vanaf de factuurdatum. Op de factuur wordt verzocht deze binnen dertig dagen te voldoen. Het hof zal om die reden de wettelijke handelsrente toewijzen vanaf 14 december 2016.

**26.** KKH zal worden veroordeeld in de proceskosten in eerste aanleg, ook wat betreft de reconventie. Zij zal verder als de overwegend in

het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van zowel het principaal als het incidenteel hoger beroep.

**27.** Overeenkomstig de vordering daartoe zullen de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard.

### Beslissing

Het hof:

- vernietigt het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank Rotterdam. (*Enz., enz., Red.*)

### NOOT

#### Inleiding

**1.** Partijen bij een (onder)aannemingsovereenkomst krijgen discussie over de kwaliteit van het werk en of sprake is van meerwerk. Ze maken een nieuwe afspraak over de afwikkeling van het project. De kantonrechter kwalificeert deze afspraak als een vaststellingsovereenkomst. Opdrachtgeefster ontbindt de vaststellingsovereenkomst, omdat de (onder)aannemer haar niet binnen de - in haar optiek - fatale termijn de planning heeft toegezonden.

**2.** In de procedure staat de vraag centraal of een fatale termijn is overeengekomen voor de aanlevering van een planning en of de nader overeengekomen prijs in- of exclusief BTW is. De klachten leiden niet tot cassatie van het arrest van het hof.<sup>2</sup> De Hoge Raad doet de zaak af op art. 81 RO.

**3.** Het arrest van het hof is interessant vanwege de kwalificatie van de afspraak tot afwikkeling van het project als vaststellingsovereenkomst, en de vraag of de termijn voor het aanleveren van de planning een fatale termijn was.

#### Casus

**4.** Op 25 mei 2016 zijn partijen, de Krimpense Kozijnenhandel B.V. (hierna: 'KKH') en X v.o.f. (hierna: 'X') een (onder)aannemingsovereenkomst aangegaan voor een aanneemsom van € 15.000,- exclusief BTW (€ 18.150,- inclusief BTW). Op grond van deze overeenkomst zou X alle kozijnen in de voor- en achtergevel van een aantal woningen vervangen door kunststof kozijnen die KKH zou aanleveren. KKH heeft de facturen van X tot een totaalbedrag van € 10.890,- inclusief BTW voldaan.

**5.** Tussen partijen is discussie ontstaan over de kwaliteit van het werk en de vraag of sprake was van meerwerk. Op 29 september 2016 heeft een plaatsopneming plaatsgevonden in aanwezigheid van partijen en de namens X ingeschakelde deskundige van EMN Expertise (hierna: de 'deskundige'). Partijen hebben op dezelfde dag afspraken gemaakt over de afwikkeling van het project en over de betaling van meerwerk.

**6.** In zijn email van 29 september 2016 legt mr. Den Engelsman als advocaat van KKH de afspraken vast. Daarbij geeft hij aan dat partijen eigenlijk een vaststellingsovereenkomst zouden moeten opstellen. In plaats daarvan stelt hij deze keer voor dat een e-mailbericht van de hand van de deskundige en van X in reply op dit bericht volstaat. Hij verzoekt X en de deskundige om dit e-mailbericht te beantwoorden met de tekst: 'Akkoord, zo is het vandaag afgesproken.' Ansluitend deelt mr. Den Engelsman mee dat hij graag uiterlijk maandag 3 oktober van X verneemt wat de exacte planning is voor de achterzijde.

**7.** De deskundige van X bevestigt de afspraken op 30 september 2016. X bevestigt de afspraken een dag later per email op 1 oktober 2016, maar niet met de gewenste reply waar het gaat om de planning. Zij laat weten dat '[...] data start/planning volgt zsm.'

**8.** Bij e-mail van 5 oktober 2016 klaagt mr. Den Engelsman namens KKH dat X de afspraken niet integraal en gaaf heeft bevestigd. Ook stelt mr. Den Engelsman dat X '[...] daarenboven nog altijd geen planning heeft doorgegeven, hetgeen eergisteren had moeten gebeuren. U schiet opnieuw toerekenbaar tekort ter zake de minnelijke regeling. Het houdt wel een keer op. U dwingt cliënte onderstaande afspraak opnieuw te ontbinden. Dat doe ik bij deze, waarvan akte! Dat betekent dat de juridische situatie herleeft van het ontbonden zijn van de aanvankelijke overeenkomst. Cliënte laat de werkzaamheden thans afmaken door derden. [...].'

#### Eerste aanleg

**9.** In eerste aanleg vorderde KKH om de vennoten van X hoofdelijk te veroordelen tot betaling van ontbindingschade en buitengerechtigde kosten. Aan haar vordering legde KKH ten grondslag dat X op grond van de vaststellingsovereenkomst die partijen op 29 september 2016 hebben gesloten gehouden was om op maandag 3 oktober 2016 een planning van de werkzaamheden op te maken. Door het ontbinden van de overeenkomst van 29 september 2016 herleeft volgens KKH het verzuim van X ten aanzien van de nakoming van de annemingsovereenkomst. X heeft niet betwist dat tussen partijen een vaststellingsovereenkomst tot stand was gekomen. In reconventie vorderde X betaling van meerwerk, stagnatiekosten en vergoeding van expertisecosten. De kantonrechter wees beide vorderingen af.

**10.** De kantonrechter<sup>3</sup> oordeelt dat de afspraken die partijen op 29 september 2016 in het bijzijn van een deskundige van EMN Expertise, de heer Van Beckum, hebben gemaakt, moeten worden gekwalificeerd als vaststellingsovereenkomst. De afspraken zijn immers bedoeld ter beëindiging van het tussen partijen ontstane geschil over de afronding van de werkzaamheden.

<sup>3</sup> Rb. Rotterdam 18 januari 2018, zaaknummer 5833301 / CV EXP 17-2362 ro. 3.2 en 4.3.

<sup>2</sup> HR 26 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:447.

**Hoger beroep**

**11.** In hoger beroep grieft KKH in het principaal appel onder meer tegen dit oordeel. In de toelichting op de grief stelt KKH dat sprake is van een wijziging van de eerder door partijen gesloten overeenkomst van 25 mei 2016. Partijen hebben volgens haar niet beoogd die overeenkomst in het geheel te beëindigen.

**12.** Het hof overweegt<sup>4</sup> dat de vaststellingsovereenkomst wettelijk is geregeld in art. 7:900 BW. In lid 1 van dat artikel is bepaald dat de vaststelling bestemd is om ook te gelden voor zover zij van de tevoren bestaande rechtstoestand mocht afwijken. Dit betekent dat voor de kwalificatie als vaststellingsovereenkomst niet relevant is of al dan niet sprake is van een wijziging van de eerder door partijen gesloten overeenkomst van 25 mei 2016.

**13.** Waar het volgens het hof om gaat is dat partijen zich bij de overeenkomst van 29 september 2016, ter beëindiging van een geschil over wat tussen hen rechtens gold op grond van de overeenkomst van 25 mei 2016, jegens elkaar hebben gebonden aan de vaststelling daarvan. Het hof merkt in dit verband op dat mr. Den Engelsman deze overeenkomst in zijn e-mail van 29 september 2016 namens KKH aanduidt als een 'finale regeling' en in zijn e-mail van 5 oktober 2016 spreekt van een minnelijke regeling. Deze overeenkomst moet daarom worden gekwalificeerd als een vaststellingsovereenkomst. In zoverre is de grief ongegrond.

**Kwalificatie en uitleg overeenkomsten**

**14.** Voor de kwalificatie van een overeenkomst is in de eerste plaats van belang wat partijen hebben afgesproken en of sprake is van wilsovereenstemming. Daarvoor is altijd uitleg van de overeenkomst vereist. Een zuiver taalkundige uitleg is daarbij niet beslissend. De Haviltex<sup>5</sup>-maatstaf verplicht de rechter om bij de uitleg van de overeenkomst ook de overige omstandigheden van het geval te betrekken, waaronder de bedoeling van partijen.

**15.** Het Groen/Schoeversarrest<sup>6</sup> van de Hoge Raad uit 1997 was lange tijd het standaardarrest voor de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst.<sup>7</sup> In latere uitspraken verwijst de Hoge Raad regelmatig naar dit arrest. De algemene opvatting in de literatuur is dat met dit arrest de partijbedoeling een grote rol speelt bij de beantwoording van de kwalificatievraag: hadden partijen de bedoeling om een arbeidsovereenkomst aan te gaan? Hadden partijen die bedoeling niet, dan kwalificeerde de overeenkomst niet als arbeidsovereenkomst. Daardoor wordt het Groen/Schoeversarrest ook wel gezien als belangrijke uitholling van de arbeidsovereenkomst.<sup>8</sup> Partijen kunnen kennelijk overeenkomen dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst.

**16.** Met name bij dwingendrechtelijke overeenkomsten die ten doel hebben om een zwakkere contractpartij te beschermen, ligt met de focus op de partijbedoeling bij de kwalificatievraag misbruik op de loer.

**17.** In het Inscharringsarrest<sup>9</sup> van 20 december 2019 verduidelijkt<sup>10</sup> de Hoge Raad de maatstaf uit het Groen/Schoeversarrest voor de kwalificatie van een overeenkomst.

**18.** In eerstgenoemd arrest was de vraag of de eerst mondeling tot stand gekomen 'overeenkomst van uitscharing' voor het laten grazen van vee van de uitscharder op grond van de inscharder, kwalificeerde als dwingendrechtelijke pachtovereenkomst. Het hof oordeelde aan de hand van de Haviltex-maatstaf dat deze overeenkomst niet kwalificeerde als pachtovereenkomst, omdat partijen de overeenkomst van uitscharing eerst mondeling waren aangegaan en zij de latere schriftelijke overeenkomst van uitscharing niet als pacht beschouwden. Bij zijn oordeel dat de overeenkomst van uitscharing niet kwalificeerde als pachtovereenkomst had het hof de bedoeling van partijen meegewogen.

**19.** De Hoge Raad oordeelde echter dat het niet van belang is of partijen ook daadwerkelijk de bedoeling hadden de overeenkomst onder de regeling van pacht te laten vallen. Waar het om ging was of de overeengekomen rechten en verplichtingen voldeden aan de wettelijke omschrijving van pachtovereenkomst.

**20.** In het Inscharringsarrest geeft de Hoge Raad het volgende gefaseerde stappenplan voor de kwalificatie van een overeenkomst<sup>11</sup>: *'De hiervoor [...] besproken vraag naar de kwalificatie van een overeenkomst moet worden onderscheiden van de - daaraan voorafgaande - vraag welke rechten en verplichtingen partijen zijn overeengekomen. Die vraag dient te worden beantwoord aan de hand van de Haviltex-maatstaf. Nadat de rechter met behulp van die maatstaf de inhoud van de overeenkomst - dat wil zeggen de wederzijdse rechten en verplichtingen heeft vastgesteld (uitleg), kan hij beoordelen of die overeenkomst de kenmerken heeft van een pachtovereenkomst (kwalificatie).'*

**21.** In het Participatieplaatsing-arrest<sup>12</sup> herhaalde de Hoge Raad het stappenplan 'eerst uitleggen dan kwalificeren'.<sup>13</sup> In dat arrest ging het om de vraag of een participatieplek kwalificeerde als arbeidsovereenkomst of niet. Bij de beantwoording van deze vraag had het hof meegewogen of partijen de bedoeling hadden gehad om een arbeidsovereenkomst aan te gaan. Dat was volgens de Hoge Raad niet de bedoeling.<sup>14</sup> Waar het om gaat is of de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan de wettelijke omschrijving van arbeidsovereenkomst.

<sup>4</sup> Hof Den Haag 7 januari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:19 ro. 10.

<sup>5</sup> HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158 (*Ermes/Haviltex*).

<sup>6</sup> HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495 (*Groen/Schoevers*).

<sup>7</sup> Conclusie A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2020:698, nr. 5.10.

<sup>8</sup> Ibid, nr. 5.13.

<sup>9</sup> HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034.

<sup>10</sup> Conclusie A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2020:698, nr. 5.43.

<sup>11</sup> HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034, ro. 3.2.2.

<sup>12</sup> HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, ro. 3.2.3.

<sup>13</sup> W.H. van Boom 'Uitleg en kwalificatie: stappenplan of eendentest?', *NTBR* 2021/5, p. 2.

<sup>14</sup> HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 ro. 3.2.2.



**22.** In lijn hiermee oordeelde het hof Amsterdam in 2021<sup>15</sup> conform het stappenplan dat de overeenkomst tussen Deliveroo en haar maaltijdbezorgers kwalificeert als arbeidsovereenkomst, waarbij de bedoeling van partijen bij de kwalificatie niet doorslaggevend is.

**23.** Voor het antwoord op de vraag of een (verlengde) 'gebruiksovereenkomst' met betrekking tot een woning op het voormalig vliegveld Deelen kwalificeerde als huurovereenkomst, volgde ook het hof Arnhem-Leeuwarden in zijn arrest van 15 juni 2021<sup>16</sup> op overzichtelijke wijze meergenoemd stappenplan van de Hoge Raad.<sup>17</sup>

**24.** Volgens Van Boom<sup>18</sup> biedt het lineaire stappenplan van de Hoge Raad echter niet in alle gevallen voldoende houvast bij de kwalificatie van een overeenkomst. Dan gaat het om gevallen waarin essentiële elementen van de overeenkomst niet in de wettelijke omschrijving van de overeenkomst zijn opgenomen, gevallen waarin de overeenkomst slechts gedeeltelijk voldoet aan de wettelijke omschrijving en gevallen waarin kwalificatie alleen tot toepassing van de wettelijke regels kan leiden door toepassing van de 'eendentest': *'if it looks like a duck, swims like a duck and quacks like a duck, then it probably is a duck'*. De eendentest impliceert het toepassen van een 'strekkingredenering' met als gevolg dat een - na uitleg - vastgestelde overeenkomst qua strekking toch onder de desbetreffende wettelijke regeling valt, ook als deze niet strikt onder de wettelijke omschrijving kan worden begrepen.

**25.** Soms moet voorbij de wettelijke omschrijving worden gekeken naar het geheel van de wettelijke regeling, om dan weer terug te keren naar het (uitgelegde) contract om te bezien of de *strekking* daarvan toch niet ook voldoet aan de essentiële elementen van het benoemde contract. In dergelijke gevallen is het stappenplan iets te simpel en is nog iets meer denkwerk nodig of een heen-en-weer-gaan tussen uitleg en kwalificatie.

**26.** Ook Van Wechem en Rinkes<sup>19</sup> zijn kritisch over het in het Inscharing-arrest geïntroduceerde stappenplan van de Hoge Raad. Naar eigen zeggen hebben ze dit arrest in eerdere kronieken aan zich voorbij laten waggelen, omdat ze niet zo goed wisten wat ze hiermee aan moesten. In hun optiek is de hiervoor genoemde overweging 3.2.2 uit het Inscharringsarrest - waarin de Hoge Raad suggereert dat de uitleg geen rol speelt bij de kwalificatie van de rechtsverhouding - innerlijk wat tegenstrijdig. Bij de uitleg van een overeenkomst aan de hand van de Haviltex-maatstaf in fase 1 gaat het immers juist wel om de partijbedoeling, hetgeen zou kunnen doorwerken bij de kwalificatie van de overeenkomst in fase 2. Zo bezien is nog maar de vraag of het In-

scharingsarrest daadwerkelijk een verduidelijking is van het Groen/Schoeversarrest.

**27.** Daarnaast is de vraag of de partijbedoeling en de gegeven omstandigheden over en weer ingevolge de Haviltex-maatstaf wel zo'n grote rol spelen bij de uitleg van overeenkomsten als de rechtspraak van de Hoge Raad suggereert.

**28.** Uit het ontvullende artikel van Smeehuijzen en De Haan<sup>20</sup>, waarin ze verslag doen van hun empirisch onderzoek in 2018 naar 268 uitleg (Haviltex)-uitspraken, blijkt dat de rechter in eerste aanleg, anders dan men op grond van de Haviltex-maatstaf zou verwachten, in de overgrote meerderheid van de gevallen (96,7%) oordeelt *conform de tekst* van de overeenkomst. Die dominantie van de tekst blijkt volgens hen ook uit de opbouw van rechterlijke motiveringen. De rechter neemt veelal de tekst van de overeenkomst als vertrekpunt en vraagt zich vervolgens af of de overige omstandigheden aan de door de tekst gesuggereerde uitleg toe- of afdoen.

**29.** Smeehuijzen en De Haan concluderen dat nadere rechtsontwikkeling van de Hoge Raad voor verbetering van de kwaliteit van het Nederlandse uitlegdebat niet behulpzaam is. Het uitlegleerstuk is in de praktijk niet zo moeilijk als de literatuur en rechtspraak van de Hoge Raad doen vermoeden. Zij achten de rechtsontwikkeling van de Hoge Raad op dit punt voltooid. Zij zien de vooruitgang van het uitlegdebat in een beter feitelijk debat, omdat uitleg een feitelijke aangelegenheid is.

**30.** Volgens art. 7:900 lid 1 BW binden partijen, ter beëindiging of ter voorkoming van onzekerheid of geschil omtrent tussen hen rechtens geldt, zich jegens elkaar aan een vaststelling daarvan, bestemd om ook te gelden voor zover zij van de tevoren bestaande rechtstoestand mocht afwijken.

**31.** Het hof overweegt in ro. 12 dat partijen zich bij de overeenkomst van 29 september 2016 jegens elkaar hebben verbonden aan de vaststelling ter beëindiging van het geschil over wat tussen hen rechtens gold, waarmee de overeenkomst voldoet aan de definitie van vaststellingsovereenkomst in art. 7:900 lid 1 BW. Daarbij lijkt het hof beslissend gewicht toe te kennen aan de woorden '*finale regeling*' in de e-mail van mr. Den Engelsman van 29 september 2016 en de woorden '*minnelijke regeling*' in zijn e-mail van 5 oktober 2016.

**32.** In het onderhavige arrest kwalificeert het hof de overeenkomst tussen partijen als vaststellingsovereenkomst overeenkomstig het Inscharing-arrest zonder daarbij de bedoeling van partijen te betrekken. Het hof past het stappenplan uit het Inscharing-arrest niet (uitdrukkelijk) toe. Het hof lijkt de vraag welke rechten en verplichtingen partijen zijn overeengekomen (fase 1) over te slaan. Daarmee wijkt het hof m.i. echter niet af van de lijn van de

<sup>15</sup> Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:382.

<sup>16</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 15 juni 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:5822.

<sup>17</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 15 juni 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:5822 ro. 5.9 t/m 5.19.

<sup>18</sup> Van Boom 2021, p. 2.

<sup>19</sup> E. van Wechem & J. Rinkes, 'Kroniek Vermogensrecht', NJ 2021, afl. 35, p. 2850.

Hoge Raad in het Inscharringsarrest. Het hof oordeelt dat de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan de wettelijke omschrijving van een vaststellingsovereenkomst. Daarbij is van belang dat in de uitspraken waarin het stappenplan werd toegepast, de kwalificatie van de desbetreffende overeenkomst in geschil was. Dat was in dit geval anders. Tussen partijen bestond wilsovereenstemming over de inhoud van de overeenkomst. Tussen hen was niet in geschil dat de afspraak van 29 september 2016 zag op beëindiging van het tussen partijen ontstane geschil over de afronding van de werkzaamheden. Het geschil zag op de inhoud van de vaststellingsovereenkomst en de vraag of X in verzuim was met de nakoming van zijn verplichtingen voortvloeiende uit de vaststellingsovereenkomst.

**33.** Het hof oordeelt in lijn met de bevindingen uit het empirisch onderzoek van Smeehuijzen en De Haan<sup>21</sup> aan de hand van de algemene Haviltexmaatstaf conform de door de tekst van overeenkomst van 29 september 2016 gesuggereerde uitkomst dat partijen een vaststellingsovereenkomst zijn aangegaan. Bij zijn motivering benoemt het hof de overige omstandigheden die de door de tekst gesuggereerde tekst ondersteunen, namelijk dat mr. Den Engelsman de overeenkomst in zijn email van 29 september 2016 aanduidt als een 'finale regeling' en in zijn email van 5 oktober 2016 spreekt van een minnelijke regeling. De toepasselijke uitlegmaatstaf lijkt voor het hof evident. In zijn motivering gaat het hof niet in op de toepasselijke maatstaf.

**34.** Het cassatieberoep heeft geen betrekking heeft op de kwalificatie en uitleg van de vaststellingsovereenkomst. Onderdeel 1 van het cassatieberoep ziet op de vraag of X in verzuim was en of in de vaststellingsovereenkomst een fatale termijn voor het aanleveren van de planning is overeengekomen.

#### Aanleveren planning geen fatale termijn

**35.** In het principaal appel voert KKH aan dat de overeenkomst van 29 september 2016 is ontbonden, ook als deze overeenkomst wel zou moeten worden gekwalificeerd als een vaststellingsovereenkomst. KKH verbindt hieraan het gevolg dat de oorspronkelijke (onder) aannemingsovereenkomst van 25 mei 2016 is herleefd en dat deze overeenkomst op haar beurt partieel is ontbonden voor zover het gaat om werkzaamheden die X nog moest verrichten en waarvoor KKH nog moest betalen. Voor zover de aannemingsovereenkomst nog niet zou zijn ontbonden, stelt KKH dat deze overeenkomst in ieder geval is ontbonden bij dagvaarding van 14 maart 2017, althans dat deze alsnog wordt ontbonden.

**36.** Volgens het hof moet aan de hand van uitleg van de overeenkomst van 29 september 2016 worden vastgesteld of X verplicht was om op maandag 3 oktober 2016 een planning van de werkzaamheden aan te leveren. Volgens het hof stond die verplichting niet vast, omdat KKH - op wie de bewijslast rust - tegenover de gemotiveerde be-

twisting van X niet heeft aangetoond dat die afspraak (mondeling) is gemaakt.

**37.** Naar het oordeel van het hof mocht KKH uit de opmerking van X 'Data start/planning volgt zsm' redelijkerwijze niet begrijpen dat X instemde met het aanleveren van een planning op 3 oktober 2016, laat staan dat sprake was van een fatale termijn. Volgens het hof ziet de bevestiging van de afspraken van de deskundige op 30 september 2016 slechts op de essentialia daarvan. Daarnaast duidt het hof de vraag van mr. Den Engelsman aan X om de planning graag uiterlijk maandag 3 oktober 2016 aan te leveren als een verzoek en niet als een overeengekomen fatale termijn.

**38.** In cassatie stelt KKH dat het oordeel van het hof dat het aanleveren van de planning geen fatale termijn is, onbegrijpelijk is en onvoldoende is gemotiveerd.

**39.** Deze klacht slaagt niet. Volgens de AG is de gedachtegang van het hof goed te volgen. Het hof oordeelt dat X in ieder geval de afspraak over de planning niet heeft bevestigd in zijn e-mail.<sup>22</sup>

**40.** Op grond van art. 6:83 sub a BW treedt verzuim in zonder ingebrekestelling, indien sprake is van een bij overeenkomst of andere rechtshandeling voor de nakoming gestelde termijn.<sup>23</sup> Voor een geslaagde ingebrekestelling dient de gestelde termijn voldoende te zijn bepaald. Het noemen van een kalenderdatum is niet vereist.<sup>24</sup>

**41.** Het hof legt de vaststellingsovereenkomst en de vraag of daarin een fatale termijn voor het aanleveren van de planning is overeengekomen uit aan de hand van het Haviltex-criterium, waarbij het aankomt op de zin die partijen over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.

**42.** De vaststellingsovereenkomst van 29 september 2016 bevat geen termijn voor het aanleveren van de planning. Bovendien heeft X niet bevestigd dat zij de planning uiterlijk maandag, zijnde 3 oktober 2016, zou aanleveren. Integendeel, X heeft aangegeven dat zij de planning zo spoedig mogelijk zou aanleveren. Door niet akkoord te gaan met het aanleveren van een planning op uiterlijk 3 oktober 2016 is niet voldaan aan het vereiste van art. 6:83 sub a BW van een bij overeenkomst of andere rechtshandeling voor de nakoming gestelde termijn.

#### Conclusie

**43.** Gezien het verloop van de procedures was het waarschijnlijk beter geweest als partijen een formele vaststellingsovereenkomst hadden opgesteld met inbegrip van een concrete en fatale termijn voor het aanleveren van de planning. In dat geval was X door het niet op tijd aanleveren van de planning van rechtswege in verzuim

<sup>22</sup> Conclusie Van Peursem, 12 februari 2021, ECLI:NL:PHR:2021:129, nr. 2.23.

<sup>23</sup> TM, *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 295.

<sup>24</sup> M.M. Olthof, in *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 6:83 sub a BW, aant. 2.

geweest en was de ontbinding geslaagd met als gevolg dat KKH recht had gehad op vergoeding van de door haar geleden ontbindingsschade. Maar dat is achteraf en in de praktijk vaak makkelijker gezegd dan gedaan.

**44.** Ook lijkt - anders dan het stappenplan van de Hoge Raad in het Inscharing-arrest suggereert - in dit

geval geen hogere uitlegkunde nodig voor de kwalificatie van de overeenkomst als vaststellingsovereenkomst. Het hof oordeelde op basis van de wilsvertrouwensleer conform de tekst van de overeenkomst dat de overeenkomst tussen partijen kwalificeerde als vaststellingsovereenkomst.

O. Laan

## Jurisprudentie – VII. Aanbestedingsrecht

### TBR 2022/34

**Hof Den Haag, 25 mei 2021, 200.284.759/01, ECLI:NL:GHDHA:2021:890 (Toelaatbaarheid rechtsbeschermingsclausule)**

(Mr. J.J. van der Helm, mr. H.J.M. Burg en mr. J.H. Kuiper)

**Handvest van de grondrechten van de Europese Unie: art. 47, art. 52; Richtlijn 2007/66/EG:**

**Met gastnoot O.L. van der Pol en B.J.H. Blaisse-Verkooijen, Red.<sup>1</sup>**

#### Beoordeling van het hoger beroep Feiten

2. Het hof gaat uit van de volgende feiten. a. Op 5 juni 2020 heeft het Ministerie, mede namens verschillende andere ministeries en hoge colleges van Staat, de aanbesteding onder de naam 'ROAD2020', betreffende het sluiten van vijf raamovereenkomsten voor het leveren van Data-centermiddelen en bijbehorende dienstverlening, aangekondigd. De totale geraamde opdrachtwaarde bedraagt € 242.500.000,--, exclusief BTW. Op de aanbesteding is de Aanbestedingswet 2012 (hierna ook: Aw) van toepassing.

Voor zover hier van belang vermeldt het Beschrijvend Document:

'1.7 Installed base en Basis-fabrikanten

*De Installed base van de Deelnemer (hof: de operationele eenheid binnen de Rijksoverheid die deelneemt aan de aanbesteding) bestaat uit Producten (en Diensten) van een groot aantal fabrikanten. Het grootste deel van de Installed base bestaat uit Producten en/of Diensten van een aantal fabrikanten. Deze fabrikanten noemen we voor deze Aanbesteding de Basis-fabrikanten. Om continuïteit in de bedrijfsvoering te kunnen borgen, is het voor de Deelnemer belangrijk dat minimaal de Producten en/of Diensten van deze fabrikanten aangekocht kunnen worden. Het gaat om de volgende Basis-fabrikanten:*

Kavel	Basis-fabrikant	Geschatte aanschafwaarde Installed base Deelnemers t.b.v. Herhalingsaanvragen
A	Cisco	€ 73.000.000
B	HPE	€ 41.000.000
C	DELL-EMC	€ 26.000.000
D	Fujitsu	€ 8.000.000
E	NetApp	€ 5.000.000

(...)

*Elke genoemde Basis-fabrikant betreft een kavel. Per kavel wordt een vaste prijsafspraken voor product-/kortingsgroepen van de corresponderende fabrikant gemaakt met de geselecteerde leverancier die het economisch meest voordeligst is voor die betreffende kavel. Deze leverancier zal dan gedurende de looptijd van de Raamovereenkomst in het geval sprake is van een Herhalingsaankoop de producten van de desbetreffende Basis-fabrikant mogen leveren. Wanneer geen sprake is van een Herhalingsaankoop, maar de behoefte valt wel binnen de scope van de aanbesteding, dan wordt dit in een minicompetitie onder de vijf gecontracteerde Opdrachtnemers uitgezet. Zie voor een nadere uitleg Bijlage 3 - 'Nadere inkoopproces'.*

(...)

#### 4.3 Planning

*In onderstaande tabel is de planning weergegeven. Deze planning is ook opgenomen in CTM. Bij eventuele geconstateerde afwijkingen tussen de opgegeven planning in dit document en de planning in CTM is de planning in CTM leidend.*

**Tabel 4.1 Planning**

Actie	Datum	Tijd
(...)	(...)	
Bekendmaken gunningsbeslissing	8 juli 2020	
(...)	(...)	

*De Aanbestedende dienst behoudt zich het recht voor, indien omstandigheden daartoe aanleiding geven, de in Tabel 4.1 genoemde termijn(en) te wijzigen. Wijzigingen worden doorgevoerd in CTM en worden aangekondigd via de Nota van inlichtingen in CTM. Aan de*

<sup>1</sup> Oscar van der Pol en Babette Blaisse-Verkooijen zijn als advocaat werkzaam bij Pot Jonker Advocaten.