

Contracteren vooruitlopend op bouwvergunning

Regelmatig worden overeenkomsten voor de realisatie van een werk gesloten, terwijl de bouwvergunning er nog niet is of nog niet onherroepelijk is. Vaak worstelen partijen met de formulering van de opschortende en ontbindende voorwaarden die in verband daarmee in de overeenkomst worden opgenomen. Een klassieke opschortende voorwaarde die met regelmaat in koop-/aannemingsovereenkomsten wordt aangetroffen is: "Deze overeenkomst is aangegaan onder de opschortende voorwaarde dat de onherroepelijke bouwvergunning uiterlijk op (datum) wordt afgegeven."

Een onherroepelijke bouwvergunning wordt echter nooit afgegeven. De bouwvergunning heeft wel direct bij afgifte rechtskracht maar wordt pas onherroepelijk als deze niet meer vatbaar is voor bezwaar of beroep. Een protesterende (en procederende) derde kan de onherroepelijkheid jaren tegenhouden. De tegenhanger van de hiervoor aangehaalde opschortende voorwaarde is: "Deze overeenkomst is aangegaan onder de ontbindende voorwaarde dat de onherroepelijke bouwvergunning uiterlijk op (datum) wordt afgegeven."

Als dan niet (tijdig) een beroep is gedaan op een ontbindende voorwaarde maar jarenlang over de bouwvergunning wordt geprocedeerd, blijft de overeenkomst tussen partijen gelden terwijl het tijdstip van levering onbepaald is en, indien het besluit wordt vernietigd, zelfs nooit komt.

Partijen zijn bij het sluiten van een overeenkomst vaak te optimistisch over het tijdstip waarop de bouwvergunning genomen wordt of onherroepelijk zal zijn. In dat geval moet de partij die daar belang bij heeft binnen de afgesproken termijn een beroep doen op een ontbindende voorwaarde in de overeenkomst, soms zelfs terwijl al duidelijk is dat het besluit elk moment genomen of onherroepelijk kan worden. Het is daarom verstandig om die partij de mogelijkheid te geven om



mr. P.F.M. Verstegen
Advocaat en procureur
bij Heijltjes advocaten te
Nijmegen.

E-mail:
verstegen@heijltjes.nl

de termijn waarbinnen hij een beroep moet doen op de voorwaarde te verlengen in het zicht van het besluit of de onherroepelijkheid daarvan.

Het is belangrijk dat bij het opstellen van overeenkomsten vooruitlopend op besluiten die bouwen mogelijk moeten maken goed nagedacht wordt over de navolgende onderdelen:

- opschorting van de uitvoering van de overeenkomst uitsluitend voor bepaalde en beperkte tijd;
- absolute einddatum opnemen;
- verplichting tot levering niet koppelen aan onzekere planologische maatregel;
- beroep op ontbinding genuanceerd regelen (door wie, in welk geval en binnen welke niet te krappe termijn);
- mogelijkheid van verlenging van termijnen inbouwen of verschuiving van termijnen afstemmen op voortgang van het besluitvormingsproces;
- rekening houden met derden die een rol spelen bij uitvoering van de overeenkomst, zoals een garantie-instituut of een hypotheekbank.

Voor het formuleren van voorwaarden die gevolgen verbinden aan publiekrechtelijke besluitvormingsprocessen is kennis van die processen een vereiste. Laat u dus goed voorlichten en bezint eer gij contracteert!

MEESTERS IN DE BOUW



Raad van Arbitrage voor de Bouw buiten spel?

Op de meeste aannemingsovereenkomsten zijn algemene voorwaarden van toepassing. De meest voorkomende zijn de UAV 1989, de AVA 1992 en het GIW-model. In al die voorwaarden komt een bepaling voor – een arbitraal beding – op grond waarvan geschillen tussen contractspartijen worden beslecht door de Raad van Arbitrage voor de Bouw, met uitsluiting van de gewone rechter. De geldigheid van dit arbitraal beding staat ter discussie.

Veel partijen in de bouw geven de voorkeur aan de Raad van Arbitrage omdat arbiters over het algemeen ervaring in de bouwbranche en een technische achtergrond hebben. Uiteraard zijn aan arbitrage ook nadelen verbonden. De procedure is gemiddeld genomen duurder en de keerzijde van de vrijheid van arbiters om redelijkheid en billijkheid zwaarder te laten wegen dan formele aspecten, is dat dit wel ten koste gaat van de voorspelbaarheid van de uitspraken. Bovendien wordt, met name door particulieren, wel als nadeel gevoeld dat de Raad van Arbitrage, bestaande uit insiders in de bouw, de schijn van partijdigheid tegen zich heeft.

In een aantal recente gevallen is geprobeerd om het arbitraal beding buiten werking te stellen door te stellen dat een dergelijk beding, dat is opgenomen in algemene voorwaarden die van toepassing zijn op een overeenkomst met een particulier, onredelijk bezwarend is. De sanctie daarop is dat het beding vernietigbaar is en partij die de vernietiging inroept niet aan het beding gebonden is.

In een richtlijn van de EEG uit 1993 is gesteld dat een arbitraal beding onredelijk bezwarend kan zijn. Zo'n richtlijn houdt voor de Nederlandse wetgever de opdracht in om de inhoud daarvan in de Nederlandse wet te implementeren. Het woord 'kan' duidt erop dat Nederland een eigen afweging mag maken of en hoe



mr. P.F.M. Verstegen
advocaat en procureur
bij Heijltjes advocaten te
Nijmegen.

E-mail:
verstegen@heijltjes.nl

zij de aanwijzing uit de richtlijn in nationale wetgeving omzet. Hoewel er aanwijzingen zijn dat de wetgever het arbitraal beding bewust niet als onredelijk bezwarend heeft aangemerkt, heeft de Rechtbank Amsterdam in een recente uitspraak geoordeeld dat het arbitraal beding zoals opgenomen in de UAV 1989, onredelijk bezwarend is. Indien dit vonnis navolging krijgt, heeft dat grote consequenties voor de praktijk. Of de Raad van Arbitrage te verkiezen is boven de rechter is deels subjectief en afhankelijk van de situatie, maar onzekerheid over de bevoegdheid van de Raad van Arbitrage is zeer onwenselijk. Een contract is immers juist bedoeld om onzekerheid te voorkomen en discussie over de geldigheid van contractbepalingen is daarvoor niet bevorderlijk.

Gelet op de ontwikkelingen in de rechtspraak is het verstandig om de keuze voor rechter of arbitrage niet te regelen in de algemene voorwaarden maar in de overeenkomst zelf. In dat geval is die afspraak niet vernietigbaar. Wie geen enkel risico wil nemen, bepaalt dat dit uitdrukkelijk is besproken en dat de opdrachtgever begrijpt dat hij afziet van een beroep op de overheidsrechter. Of dat commercieel handig is, valt te betwijfelen maar die afweging moet iedereen voor zich maken.

MEESTERS IN DE BOUW

CONTRACT

Bedenktijd: drie dagen van (on)zekerheid!

De bouwbranche gaat zorgelijke tijden tegemoet. Ook de consument is voorzichtig. Particulieren die recent een koop-/aannemingsovereenkomst hebben gesloten en daar nu spijt van hebben, kunnen in bepaalde gevallen nog van die overeenkomst af.

Op grond van artikel 7:2 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek heeft de particuliere koper van een woning het recht om, gedurende drie dagen nadat hij de schriftelijke koopovereenkomst heeft ontvangen, de koop zonder opgaaft van redenen te ontbinden. Deze bepaling is destijds ingevoerd om kopers in de toen oververhitte woningmarkt tegen zichzelf en de markt te beschermen. De bedenkijd geldt ook voor particulieren die een aannemingsovereenkomst hebben gesloten (artikel 7:766 lid 2 BW). Van beide artikelen kan niet ten nadele van de koper worden afgeweken.

De bedenkijd geldt ook voor de aannemingsovereenkomst, omdat de wetgever heeft willen voorkomen dat een particulier die een koop-/aannemingsovereenkomst heeft gesloten die overeenkomst deels, voor wat betreft de koop van grond, wel kan ontbinden maar gebonden blijft aan de aannemingsovereenkomst. Het is echter niet de bedoeling van de wetgever geweest de bedenkijd voor de zuivere aannemingsovereenkomst te laten gelden. Daarom bepaalt de wet dat de bedenkijd niet geldt voor particulieren die een aannemingsovereenkomst hebben gesloten voor de bouw van een woning op grond die hen al toebehoort en de overeenkomst niet met de koop van deze grond in verband staat.

Het doel van deze bepaling is ontduiking van de bedenkijd te voorkomen door een koop-/aannemingsovereenkomst te splitsen in twee aparte overeenkomsten, waarbij eerst de grond wordt verkocht en later een aannemingsovereenkomst wordt gesloten. Het komt regelmatig voor dat een gemeente voor een bepaald project met een projectontwikkelaar afsprekt



mr. P.F.M. Verstegen
advocaat en procureur
bij Heijltjes advocaten te
Nijmegen.

E-mail:
verstegen@heijltjes.nl

dat deze aannemingsovereenkomsten sluit met degenen die grond van de gemeente kopen. Het is duidelijk dat de bedenkijd in dat geval zowel op de koop- als op de aannemingsovereenkomst van toepassing is.

Soms is echter onduidelijk of de bedenkijd van toepassing is. In een geval waarover nu geprocedeerd wordt, had de opdrachtgever grond gekocht van een ontwikkelingsmaatschappij om vervolgens zelf een aannemer te kiezen met wie hij een aannemingsovereenkomst sloot. Hij kreeg echter spijt en ontbond eerst de koopovereenkomst en daarna, met een beroep op de bedenkijd, ook de aannemingsovereenkomst. Omdat hij de grond wel had gekocht maar nog niet geleverd had gekregen, was er discussie over de vraag of de grond al aan hem toebehoorde zoals de wet vereist. Ook waren partijen het oneens of, indien de grond al aan de koper toebehoorde, de aannemingsovereenkomst wel met de koop van de grond in verband stond. Uiteraard hadden beide overeenkomsten met elkaar te maken maar van een koop-/aannemingsovereenkomst was geen sprake en evenmin van een poging de bedenkijd te ontduiken. De aannemer had immers met de koop van de grond niets van doen gehad. Partijen kwamen er niet uit zodat nu de rechter mag nadenken over de bedenkijd.

MEESTERS IN DE BOUW



Stijgende prijzen; pech voor de aannemer?

In 2004 merkte Europa voor het eerst de invloed van de groeiende Chinese economie door een aanzienlijke stijging van staalprijzen. Inmiddels is duidelijk dat dit een voorbode was van een stijging van de kosten van allerhande grondstoffen en materialen. Kunnen en mogen aannemers deze prijsstijgingen doorberekenen aan hun opdrachtgevers?

Een overeenkomst, en dus ook de overeengekomen aanneemsom, is bindend. In sommige gevallen heeft de aannemer (op grond van §47 UAV 1989 of art. 7:753 Burgerlijk Wetboek) toch recht op bijbetaling, namelijk indien sprake is van kostenverhogende omstandigheden. Onder kostenverhogende omstandigheden worden verstaan: 'Omstandigheden die (A) van dien aard zijn dat bij het tot stand komen van de overeenkomst geen rekening hoeft te worden gehouden met de kans dat zij zich zouden voordoen, die (B) de aannemer niet kunnen worden toegerekend en die (C) de kosten van het werk aanzienlijk verhogen.'

Dat stijgende prijzen de aannemer niet kunnen worden toegerekend, spreekt voor zich. De aannemer heeft daarop geen enkele invloed. Het zijn ook voor de aannemer externe (en ongewenste) factoren.

In het recente verleden zijn, door de Raad van Arbitrage voor de Bouw en door rechtbanken, meerdere vonnissen gewezen over stijgende staalprijzen. Daarin is uitgemakkt dat de stijging van de staalprijzen destijds (in 2004) een omstandigheid was die van dien aard was de aannemer daarmee geen rekening had hoeven houden. In de huidige markt zal dat niet snel meer worden aangenomen omdat de prijzen immers al geruime tijd stijgen.

Of er sprake is van een aanzienlijke stijging van de kosten van het werk is afhankelijk van twee parameters. Ten eerste de stijging van het in de aanneemsom begrepen bedrag voor het desbetreffende materiaal. In



mr. P.F.M. Verstegen
advocaat en procureur
bij Heijltjes advocaten te
Nijmegen.

E-mail:
verstegen@heijltjes.nl

de regel wordt ervan uitgegaan dat de eerste 10% van de prijsstijging tot het ondernemersrisico van de aannemer behoort. Ten tweede geldt dat het meerdere (boven het ondernemersrisico) pas voor vergoeding in aanmerking komt als er ook sprake is van een aanzienlijke verhoging van de totale aanneemsom, dat wil zeggen met ten minste enkele procenten. Een exact percentage is niet te geven, maar door diverse schrijvers wordt een percentage van 4 genoemd.

Het criterium dat de prijsstijging aanzienlijk dient te zijn kan nadelig uitpakken voor een aannemer die aan een leverancier moet toegeven dat diens kostprijs procentueel wel aanzienlijk is gestegen terwijl de totale aanneemsom procentueel niet sterk stijgt door de stijging van één bepaalde post. In dat geval heeft de leverancier wel recht op bijbetaling maar de aannemer zelf niet.

De aannemer dient eventuele aanspraken wel tijdig te melden. Indien de kostenverhogingen pas maanden later worden voorgelegd, heeft de aannemer zijn recht op bijbetaling verwerkt en zal hij zelf de gevolgen van de prijsstijgingen moeten dragen, tenzij hij in de overeenkomsten met zijn leveranciers en onderaannemers het recht om prijsstijgingen – ook al zijn deze onvoorzien – door te berekenen heeft uitgesloten.

MEESTERS IN DE BOUW



Ontwerprisico's: wie heeft de beste kaarten?

In de klassieke verhouding tussen opdrachtgever en aannemer levert de opdrachtgever een in zijn opdracht gemaakt ontwerp aan, dat vervolgens door de aannemer wordt uitgevoerd. De aannemer is in dat geval in beginsel slechts verantwoordelijk voor een juiste uitvoering van het ontwerp. Als er een fout in het ontwerp blijkt te zitten, rust de verantwoordelijkheid daarvoor bij de opdrachtgever. De gedachte daarachter is dat iedere partij verantwoordelijk is voor zijn eigen inbreng. Veel arbitrages gaan dan ook over de vraag of een bepaald gebrek het gevolg is van een ontwerpfout of van een gebrekkige uitvoering. Als het ontwerp afkomstig is van de aannemer, hoeft die discussie niet te worden gevoerd. Dan is de aannemer zowel voor het ontwerp als voor de uitvoering daarvan aansprakelijk.

BOUWTEAM

Moeilijker is de situatie wanneer in een bouwteam wordt gebouwd. Dan is namelijk veel moeilijker te achterhalen wat nu wiens inbreng was. Hoofdregel is in dat geval dat de aansprakelijkheid wordt verdeeld over partijen naar rato van de door hen gemaakte fouten. Zo overwoog de Raad van Arbitrage voor de Bouw in een zaak waarin de aannemer had voorgesteld dilataties aan te brengen in de bouw, dat de aannemer vanwege zijn deskundigheid en het door de opdrachtgever geschonken vertrouwen, voor 2/3e aansprakelijk was voor de schade die daardoor was ontstaan.

RAAD VAN ARBITRAGE

Uit deze uitspraak blijkt dat voor de verdeling van de aansprakelijkheid niet alleen bepalend is wie het gedeelte van het ontwerp dat ondeugdelijk blijkt heeft bedacht, maar ook hoeveel deskundigheid van die partij mocht worden verwacht. De Raad van Arbitrage had clementie met een aannemer toen een gedeelte van een door hem gerealiseerd gebouw instortte. Weliswaar was de constructie in overleg tussen de aan-



mr. P.F.M. Verstegen
advocaat en procureur
bij Heijltjes advocaten te
Nijmegen.

E-mail:
verstegen@heijltjes.nl

mer en de technisch deskundige ontworpen, maar de Raad vond dat van de aannemer, een voormalig timmerman, ter plaatse bekend, niet mocht worden verwacht dat hij de constructie zelfstandig zou toetsen. De opdrachtgever bleef dan ook letterlijk en figuurlijk met de brokken zitten.

BEPERKEN

De aansprakelijkheid voor fouten wanneer in bouwteam wordt gebouwd is vaak lastig vast te stellen en erg afhankelijk van de omstandigheden van het specifieke geval. Steeds meer opdrachtgevers proberen daarom op voorhand hun risico's te beperken door in de overeenkomst of het bestek te bepalen dat de aannemer bij de totstandkoming van het ontwerp betrokken is geweest en daarom niet alleen geen aanspraak kan maken op meerwerk, maar ook de gevolgen van eventuele onvolkomenheden van het ontwerp voor zijn rekening en risico neemt. Tegen een dergelijke bepaling bestaat geen bezwaar als de aannemer inderdaad mee heeft ontworpen en kan instaan voor de kwaliteit van bestek en tekeningen. Als dat echter niet het geval is, neemt de aannemer een risico op zich met een onbekende omvang en heeft de opdrachtgever bij problemen alle troeven in handen.

MEESTERS IN DE BOUW



Een ongelukje zit in een klein hoekje!

Bouwwakker is een mooi maar risicovol vak. In zijn arbeidsleven heeft de werknemer in de bouw een kans van één op zes op een ernstig ongeval.

De voornaamste oorzaken van ongevallen, zoals valgevaar, zijn alom bekend. Door te focussen op in het oog springende ongevalsoorzaken, kunnen de huis-tuin-en-keuken (on)gevallen echter over het hoofd worden gezien. Maar ook die kunnen verstrekkende gevolgen hebben.

AFSTAPJE

Na voltooiing van stucwerkzaamheden in een woning, waar de stukadoor via de achterdeur was binnengegaan, verliet hij de woning via de voordeur. Hij droeg een speciekuip voor zich uit, en verzwikte prompt zijn enkel omdat de grond vóór de woning ongeveer 30 cm lager en niet vlak was. Dit had dramatische gevolgen. De werknemer belandde in een rolstoel, raakte volledig arbeidsongeschikt en claimde van zijn werkgever € 123.000.

De werknemer wees op de verplichting van de werkgever om maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken die redelijkerwijs nodig zijn om ongevallen te voorkomen.

De werkgever meende niet aansprakelijk te zijn. Behoort het immers niet tot de normale werkomstandigheden dat er niveauverschillen van beperkte aard en omvang op een bouwplaats zijn? De werknemer had, als ervaren stukadoor, hierop in redelijkheid bedacht moeten zijn.

Het Gerechtshof gaf de werkgever gelijk en de werknemer mocht het doen met de uitsmijter dat 'men in het algemeen moet kijken waar men zijn voeten neerzet'. Kortom, de werknemer had het ongeval kunnen voorkomen, gewoon door zelf op te letten in deze voor de bouw normale situatie.



mr. P.F.M. Verstegen
advocaat en procureur
bij Heijltjes advocaten te
Nijmegen.

E-mail:
verstegen@heijltjes.nl

HOGE RAAD

De bouwwereld slaakte een zucht van verlichting. Een opgeruimde, georganiseerde en veilige bouwplaats streven we uiteraard allemaal na, maar een bouwplaats is nu eenmaal een bouwplaats en geen dansvloer. Maarja, de Hoge Raad dacht er anders over. Bepalend was de regel in het Arbobesluit dat vloeren van arbeidsplaatsen zoveel mogelijk vrij van oneffenheden en gevaarlijke hellingen dienen te zijn. Het feit dat zulke niveauverschillen tot de normale werkomstandigheden op bouwplaatsen zouden behoren, neemt volgens de Hoge Raad niet weg dat de werkgever op grond van zowel voornoemd veiligheidsvoorschrift als zijn algemene zorgplicht, die maatregelen moet treffen of aanwijzingen moet geven die redelijkerwijs nodig zijn om ongelukken te voorkomen.

Hoewel echt niet alle vorderingen van werknemers tot schadevergoeding wegens bedrijfsongevallen worden toegewezen, blijkt dat de zorgplicht van de werkgever voor veilige werkomstandigheden, ingevuld door de arbonormen, behoorlijk ver kan gaan. Neem daarom juist ook die dagelijkse situaties, waarin op het eerste gezicht geen risico's aanwezig lijken, eens goed onder de loep!

MEESTERS IN DE BOUW