

Nieuwsbrief bouw-, vastgoed- en aanbestedingsrecht, Q2 2024

Hierbij ontvangt u de tweede nieuwsbrief bouw-, vastgoed- en aanbestedingsrecht van 2024. Met dit keer onder meer aandacht voor vaststellingsovereenkomsten, oneerlijke algemene voorwaarden en prijsvastbedingen in de bouw, de zorgplicht van de verhuurmakelaar, beslag op meerdere onroerende zaken en de beëindiging van onderhuurovereenkomsten, het Didam-arrest bij grondverkoop, knock-out-criteria en het volgende hoofdstuk in de langsepende aanbestedingskwestie over de zwevende bankjes in de bushokjes in de gemeente Utrecht.

Regelmatig krijgen wij de vraag of deze nieuwsbrief binnen organisaties mag worden gedeeld. Ja, dat mag, wij vinden dat geen probleem.

*Peter Tennekes, Wouter de Vries, Bas Labee en Oscar Horssius
Advocaten Vastgoed & Bouw, kantoor Utrecht*

BOUWRECHT**[Raad van Arbitrage voor de Bouw, 37.731, 17-06-2024 - Raad van Arbitrage - Document](#)**

Vaststellingsovereenkomst, finale kwijting, herstel gebreken na het sluiten van de vaststellingsovereenkomst

Partijen kunnen ter beëindiging van een geschil een vaststellingsovereenkomst sluiten. In een dergelijke vaststellingsovereenkomst verlenen elkaar vrijwel altijd finale kwijting over en weer. Maar wat als nadien nog gebreken de kop op steken?

In deze zaak ging het om een tussen opdrachtgevers en aannemer gesloten aannemingsovereenkomst voor de bouw van een woning. Partijen hebben met betrekking tot diverse (oplever)gebreken een vaststellingsovereenkomst gesloten, die onder meer zien op de door een derde geconstateerde (oplever)gebreken. Na het sluiten van de vaststellingsovereenkomst hebben opdrachtgevers nog enkele gebreken geconstateerd, waarvan zij herstel vorderen. De aannemer gaat niet tot herstel over met als voornaamste standpunt dat partijen elkaar in de vaststellingsovereenkomst finale kwijting hebben verleend.

De arbiter oordeelt dat de finale kwijting in de vaststellingsovereenkomst alleen betrekking heeft op de op dat moment bekende geschilpunten en gebreken. Dit betekent dat gebreken die later zijn geconstateerd niet onder deze kwijting vallen.

Interessant is dat in vaststellingsovereenkomsten ten aanzien van bouwgeschillen vaak, zoals ook hier, garantiebepalingen worden uitgezonderd van de finale kwijting, maar dat eventuele toekomstige

gebreken (als die niet onder de garantiebepalingen vinden) niet worden benoemd. Het verdient aanbeveling om in een vaststellingsovereenkomst ook uitvoerig(er) partijbedoelingen op te nemen en toekomstige gebreken expliciet te benoemen.

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch 16 april 2024, ECLI:NL:GHSHE:2024:1328](#)

Toetsing van oneerlijke bedingen over de klachtplicht in algemene voorwaarden van aannemer

Aannemer R&D Systems heeft in opdracht van een consument een casco houtskeletbouw woning met prefab onderdelen gebouwd. Eind 2019 hebben opdrachtgevers een lijst met punten / klachten aan aannemer gestuurd, omdat deze punten niet aan de aannemingsovereenkomst voldoen en nog hersteld moeten worden. Omdat aannemer niet tot herstel en oplevering is overgegaan, heeft de rechtbank op vordering van opdrachtgevers de aannemingsovereenkomst gedeeltelijk ontbonden.

Aannemer is tegen deze uitspraak in hoger beroep gegaan en heeft zich beroepen op haar algemene voorwaarden waarin (samengevat) staat dat (i) gebreken op straffe van verval van rechten binnen 8 dagen na levering schriftelijk en beargumenteerd bij aannemer moeten worden gemeld, en (ii) dat vorderingen uit hoofde van garantie vervallen als zij niet binnen 14 dagen na constatering van het gebrek bij aannemer zijn gemeld. Volgens aannemer zijn de vorderingsrechten van opdrachtgevers vervallen, omdat zij niet binnen de overeengekomen termijn hebben geklaagd over de gebreken aan de woning.

Het gerechtshof heeft de algemene voorwaarden getoetst aan de *Richtlijn 93/13 EEG betreffende oneerlijke bedingen*. Als deze algemene voorwaarden niet van toepassing zouden zijn, dan zou het algemene artikel 6:89 BW over de klachtplicht gelden en moet de aannemer stellen en bewijzen dat de opdrachtgever niet tijdig heeft geklaagd en de aannemer daardoor in zijn belangen is geschaad. De algemene voorwaarden bevatten zeer korte termijnen waarbinnen de opdrachtgevers de gebreken moeten ontdekken en melden op straffe van verval van alle rechten, waarbij geen onderscheid wordt gemaakt tegen opleveringsgebreken en verborgen gebreken. Het gerechtshof heeft geoordeeld dat deze algemene voorwaarden buiten beschouwing moeten worden gelaten, omdat ze de wettelijke rechten van opdrachtgevers inperken en daarom oneerlijk zijn in de zin van de Richtlijn. Aannemer heeft ook onvoldoende gesteld om een geslaagd beroep op de gewone klachtplicht van artikel 6:89 BW te kunnen doen.

Het gerechtshof heeft de gedeeltelijke ontbinding van de aannemingsovereenkomst in stand gelaten

Rechtbank Den Haag 17 januari 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:309*Relevantie prijsvastbeding bij gestegen prijsstijgingen als gevolg van de oorlog in Oekraïne*

Aannemer BVR en opdrachtgever PMT zijn een aannemingsovereenkomst aangegaan, inhoudende dat PMT aan BVR opdracht heeft gegeven om een woongebouw met in totaal 60 appartementen met bergingen en parkeerplaatsen te realiseren. De realisatiesom bedraagt € 12.120.000,- exclusief btw. In de overeenkomst is opgenomen dat de realisatiesom een vaste prijs is en geen wijziging ondergaat als gevolg van de wijziging van lonen en/of materiaalprijzen of enige andere stijging van prijzen en/of tarieven.

Aannemer stelt zich op het standpunt dat hij geconfronteerd wordt met prijsstijgingen als gevolg van de oorlog in Oekraïne en recht te hebben op een verhoging van de realisatiesom. Deze zaak draait om de vraag of een prijsvastbeding in een aannemingsovereenkomst het doorberekenen van prijsstijgingen als gevolg van de oorlog in de weg staat.

De rechtbank oordeelt dat een prijsvastbeding niet maakt dat artikel 7:753 BW (kostenverhoging bij omstandigheden die de aannemer niet kunnen worden toegerekend) en artikel 6:258 BW (onvoorziene omstandigheid) uitdrukkelijk door partijen zijn uitgesloten. Bij professionele partijen mag in beginsel worden verwacht dat indien zij bedoeld hadden voorgenoemde artikelen buiten toepassing te verklaren, zij dit uitdrukkelijk in de overeenkomst hadden moeten opnemen.

Wij komen de discussies omtrent prijsstijgingen als gevolg van de oorlog in Oekraïne veelvuldig in onze praktijk tegen en hebben daarom deze uitspraak in de nieuwsbrief opgenomen.

VASTGOEDRECHT**Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 23 april 2024, ECLI:NL:GHSHE:2024:1400***Zorgplicht makelaar, Leegstandswet, aansprakelijkheid wegens onvoldoende onderzoek, overeenkomst van opdracht*

In deze zaak ging het om tijdelijke verhuur op basis van de Leegstandswet. De verhuurder wilde zijn woning verhuren zonder dat huurders huurbescherming zouden genieten. De huurders betalen vervolgens de huur niet en beroepen zich op wettelijke huurbescherming. Dat laatste zou niet moeten kunnen als sprake is van een huurovereenkomst onder de Leegstandswet. De verhuurder spreekt zijn verhuurmakelaar aan op schending van zijn zorgplicht.

De rechtbank heeft in eerste instantie de makelaar veroordeeld tot betaling van onder meer een bedrag van € 8.920,91 aan schadevergoeding. De verhuurder vindt het toegewezen bedrag te laag (hij had € 71.590,43 aan schadevergoeding gevorderd) en gaat in hoger beroep.

Het hof overweegt allereerst dat er sprake is van een overeenkomst van opdracht tussen de makelaar en de verhuurder en dat op grond van de wet de makelaar bij de uitvoering van de opdracht de zorg

van een goed opdrachtnemer in acht moet nemen. Dat betekent dat hij bij de uitvoering van de opdracht de zorgvuldigheid moet betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot in gelijke omstandigheden mag worden verwacht, hetgeen afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, waaronder de aard en inhoud van de opdracht, de positie van de opdrachtnemer en de aard en ernst van de betrokken belangen.

Het hof oordeelt dat de makelaar twee verwijten treft. Enerzijds voldeed de door de makelaar opgestelde huurovereenkomst niet aan de eisen van de Leegstandswet. Daarnaast – en dat is het meest interessante – oordeelt het hof dat de makelaar onvoldoende onderzoek had gedaan naar de financiële goegedheid van de huurders. Oftewel, konden de huurders de huur eigenlijk wel betalen?

Het hof overweegt ten aanzien van dit punt dat het behoort tot de zorgplicht van een makelaar die bemiddelt bij de totstandkoming van een particuliere huurovereenkomst dat hij voorafgaand aan de totstandkoming van de bewuste huurovereenkomst gedegen onderzoek doet naar de (potentiële) huurder door een adequate controle te verrichten van de identiteits- en financiële gegevens van de huurder(s). Dat had de makelaar nagelaten en dus is hij aansprakelijk voor de schade die verhuurder lijdt.

De schade die de makelaar aan de verhuurder dient te betalen bestaat onder meer uit de onbetaald gelaten huur. De door de verhuurder gestelde schade aan de inboedel komt niet voor vergoeding in aanmerking. Het hof overweegt namelijk dat deze gestelde schade in een te ver verwijderd verband staat met het aan de makelaar te maken verwijt.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 16 april 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:2575](#)

Incidentele vordering tot opheffing beslagen op meerdere onroerende zaken bij kleine vordering

Appellante is door de kantonrechter veroordeeld om € 4.129 plus rente en kosten aan schuldeiser (geïntimeerde) te betalen, maar zij heeft niet betaald. Schuldeiser heeft vervolgens executoriaal beslag gelegd op zes onroerende zaken van appellante, en onder drie huurders van appellante. Appellante heeft daarop in kort geding gevorderd dat het beslag op vijf van de zes onroerende zaken wordt opgeheven, omdat dit beslag onevenredig en buitenproportioneel zou zijn. Appellante wil de hypotheek op deze onroerende zaken boetevrij oversluiten, maar dat kan niet zolang de beslagen erop liggen.

Het gerechtshof heeft getoetst of de beslagen onrechtmatig (vexatoir) zijn, aan de maatstaf van de Hoge Raad: *De vraag of het leggen van een [...] beslag als vexatoir en daarom onrechtmatig moet worden aangemerkt, dient in beginsel te worden beantwoord aan de hand van de concrete omstandigheden ten tijde van de beslaglegging, waaronder de hoogte van de te verhalen vordering, de waarde van de beslagen goederen en de eventueel onevenredig zware wijze waarop de schuldenaar door het beslag op een van die goederen in zijn belangen wordt getroffen.*

Uit een taxatierapport blijkt dat de overwaarde op één perceel na aftrek van de hypotheeklasten in

beginsel voldoende is om de vordering van geïntimeerde te voldoen. Maar schuldeiser moet ook rekening ermee houden dat de eventuele verkoopopbrengst moet worden gedeeld met andere beslagleggers. Appellante is in meerdere procedures betrokken en er liggen ook al meerdere beslagen op de onroerende zaken. Bovendien geeft zij onvoldoende inzicht in de verhaalsmogelijkheden van schuldeiser. De beslagen onder de huurders treffen geen doel, omdat de huurbetalingen door appellante aan een derde zijn gecedeerd. Het gerechtshof concludeert dat bij appellante eerder sprake is van betalingsonwil dan betalingsonmacht en dat het erop lijkt dat appellante er alles aan doet om het verhaal te frustreren en haar vermogen af te schermen. Het gerechtshof heeft geconcludeerd dat de beslagen niet onnodig of onrechtmatig zijn aan te merken. Van schuldeiser mag wel worden verwacht dat hij niet alle beslagobjecten tegelijkertijd zal uitwinnen, maar dat zo nodig in volgorde zal doen.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 19 maart 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:699

Medehuur en voortzetting van huur, onderhuur van zelfstandige woning

Appellante is eigenaar van vier zelfstandige woningen, waarvoor verschillende huurovereenkomsten zijn gesloten. Vervolgens hebben de huurders de woningen onderverhuurd, zij het onder andere voorwaarden. In deze zaak zijn de hoofdhurovereenkomsten bij verstekvonnissen ontbonden, maar de onderhuurovereenkomst niet.

Appellante is tegen deze uitspraak in hoger beroep gegaan. In hoger beroep heeft appellante zich op het standpunt gesteld dat de onderhuurovereenkomsten dienen te worden beëindigd op grond van artikel 7:269 lid 2 aanhef en sub b BW, aangezien deze tussen hoofdhuurder en onderhuurder zijn aan gegaan met de kennelijke strekking de onderhuurders (geïntimeerden) de positie van huurder te verschaffen.

Het hof overweegt hierover het volgende. Om te kunnen spreken van een situatie als bedoeld in artikel 7:269 lid 2 aanhef en sub b BW, dient zowel de hoofdhuurder/onderverhuurder als de onderhuurder op het moment van het aangaan van de onderhuur de intentie te hebben gehad de onderhuurder de positie van huurder te verschaffen. Appellante heeft verschillende omstandigheden aangevoerd voor de aanwezigheid van deze intentie. De hoofdhuurders zouden geen enkele intentie hebben gehad om terug te keren naar de woningen en de huurprijs die geïntimeerden volgens de onderhuurovereenkomsten moesten betalen zou min of meer gelijk zijn aan de huur van de hoofdhuurders. Tevens werden alle nutsvoorzieningen door de onderhuurders betaald en stonden de hoofdhuurders niet meer op de woningen ingeschreven.

Het hof is het met appellante eens dat de wijze waarop deze woning wordt onderverhuurd bedenkelijk is. Echter, kan op grond van deze omstandigheden niet worden geoordeeld dat geïntimeerden bij het aangaan van de onderhuurovereenkomst de intentie hebben gehad uiteindelijk (hoofd)huurders van de woningen te worden. Hierbij speelt het feit dat onderhuurders uit het buitenland afkomstig waren en derhalve slechts opzoek waren naar een plek om te wonen, een belangrijke rol.

AANBESTEDINGSRECHT

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 13 februari 2024, ECLI:NL:GHSHE:2024:436](#)

Grondverkoop, Didam-arrest, overheidsopdracht voor werken

In deze zaak heeft de gemeente Breda een perceel grond in eigendom waarvan zij wil dat er woningbouw op wordt gerealiseerd. Er zijn twee gegadigden (ontwikkelaar A en B) die de grond willen verwerven om het woningbouwproject te realiseren. De gemeente heeft op 19 juli 2023 in een publicatie aangekondigd dat zij voornemens is om haar perceel onderhands te verkopen aan B. De gemeente is hiertoe gekomen omdat volgens de gemeente B de enige is die aan haar vier criteria kan voldoen, in het bijzonder omdat B een om het perceel van de gemeente liggend perceel grond in eigendom heeft en een koopovereenkomst heeft gesloten met de eigenaren van een tweede omliggend perceel.

Het hof moet in deze zaak de vraag beantwoorden of de gemeente haar perceel onderhands aan B mag aanbieden, of dat de gemeente in een te organiseren procedure meerdere geïnteresseerden, waaronder A, partijen de gelegenheid moet geven mee te dingen naar het perceel grond van de gemeente.

Een misvatting is dat na het verschijnen van het Didam-arrest in 2021, er een aanbestedingsverplichting bestaat bij de verkoop van grond door een overheidslichaam. Uit het Didam-arrest blijkt dat een overheidslichaam een perceel in beginsel slechts mag verkopen aan degene die is geselecteerd op basis van een procedure die voldoet aan eisen die in dat arrest zijn geformuleerd. De selectieprocedure mag uitsluitend achterwege blijven indien bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria slechts één serieuze koper voor de grondverkoop in aanmerking komt.

Het hof overweegt dat de gemeente een grote mate van beleidsvrijheid heeft als het gaat om gebiedsontwikkeling zoals hier aan de orde. Het hof oordeelt dat de gemeente op basis van objectieve, toetsbare en redelijke criteria tot de conclusie gekomen dat er maar één serieuze gegadigde is die aan die criteria kan voldoen. De gemeente heeft die criteria niet 'toegeschreven' naar die enige gegadigde. De criteria zijn in lijn met al lang bestaand ruimtelijke ordeningsbeleid van de gemeente met betrekking tot het gebied waar het in deze zaak over gaat. A vangt dus bot.

A stelt zich verder op het standpunt dat de grond voor minder dan de marktprijs wordt verkocht en dat de transactie meer inhoudt dan alleen de verkoop van grond, wat een aanbestedingsprocedure zou vereisen volgens een Europees arrest (Helmut Müller). A stelt dat de gemeente te veel invloed heeft op het project door eisen te stellen aan woningbouw en de aanleg van openbare ruimte. Het hof gaat hier niet in mee en oordeelt dat een aanbesteding niet nodig is als de gemeente alleen publiekrechtelijke voorwaarden stelt en geen economisch voordeel of beslissende invloed heeft op de bouw.

[Gerechtshof Den Haag 25 juni 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:945](#)

Het wijzigen van de implementatiedatum tijdens de uitvoering van de aanbestede opdracht, betekent niet dat de aanbestedende dienst een knock-out-criterium heeft losgelaten.

De RDW heeft eind 2020 een Europese openbare aanbesteding gehouden voor de levering van een Contact Center as a Service-oplossing (CCaaS+). Eiseres Cloude heeft een inschrijving gedaan en is als tweede geëindigd. Cloude heeft geen kort geding gestart om deze uitslag aan te vechten, maar heeft wel een brief gestuurd dat zij sterke bedenkingen heeft of de winnaar Frontline de oplossing met de juiste kwaliteit kan leveren voor de fatale termijn van 31 mei 2021 (een knock-out eis). RDW is vervolgens met Frontline de 'Concretiseringsfase' ingegaan. Tijdens de Concretiseringsfase heeft Cloude veel gecorrespondeerd met RDW, omdat zij signalen ontving dat de Concretiseringsfase stroef verliep en er privacy issues speelden waardoor de fatale termijn van 31 mei 2021 niet zou worden gehaald. De RDW heeft steeds geantwoord dat Frontline oplossingen hiervoor aanbood en zij ervan uitging dat 31 mei 2021 zou worden gehaald.

In april 2021 heeft RDW de opdracht definitief aan Frontline gegund en is de overeenkomst gesloten, waarbij is afgesproken dat de CCaaS+ op 1 oktober 2021 operationeel moet zijn (dus later dan 31 mei 2021).

Cloude is ook niet tegen deze definitieve gunning opgekomen, maar zij heeft RDW aansprakelijk gesteld omdat de gunning van de opdracht aan Frontline volgens Cloude in strijd is met de wet en de aanbestedingsvoorwaarden, omdat tijdens de Concretiseringsfase de fatale datum van 31 mei 2021 is opgeschoven. De rechtbank heeft de vorderingen van Cloude om RDW te veroordelen tot vergoeding van haar schade afgewezen, omdat Cloude niet binnen de Alcateltermijn tegen de gunningsbeslissing is opgekomen.

In hoger beroep heeft het gerechtshof geoordeeld dat Cloude haar rechten om RDW aansprakelijk te stellen niet heeft verwerkt. Voor de definitieve gunning was voor RDW al duidelijk dat Frontline de fatale termijn niet zou halen, maar dat heeft RDW niet aan Cloude medegedeeld voordat de Alcateltermijn voor het instellen van een kort geding was verstreken. De maatstaven van redelijkheid en billijkheid staan eraan in de weg dat RDW zich beroept op rechtsverwerking wegens overschrijding van de klachttermijn.

Het gerechtshof heeft vervolgens geoordeeld dat Frontline wel een geldige inschrijving heeft gedaan, RDW heeft de aanbestedingsvoorwaarden volgens het gerechtshof niet wezenlijk of ontoelaatbaar gewijzigd. Het wijzigen van de implementatiedatum na de gunningsdatum betekent niet dat RDW de knock-out-eis heeft losgelaten of aangepast. Een redelijk oplettend inschrijver hoeft er geen rekening mee te houden dat hij wordt gestraft als de implementatie door omstandigheden die buiten zijn invloedssfeer liggen wordt uitgesteld. De vorderingen van Cloude zijn daarom afgewezen.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 25 juni 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:4276

Geen wezenlijke wijziging van de concessieopdracht bij vervanging onderaannemer

Gemeente Utrecht heeft in 2018 een Europese (openbare) aanbestedingsprocedure uitgeschreven voor het plaatsen van onder meer haltevoorzieningen zoals losstaande reclamevitrites en billboards. Het gunningscriterium is Economisch Meest Voordelige Inschrijving, waarin de concessieprijs voor 40% meeweegt.

RBL, JCDecaux en Global hebben als enige gegadigden op deze procedure ingeschreven. In een eerdere juridische procedure heeft het hof het vonnis van de rechtbank bekrachtigd, inhoudende dat de opdracht aan JCDecaux had moeten worden gegund omdat laatstgenoemde als enige geldig heeft ingeschreven. De gemeente had dit nagelaten, zodat de gemeente jegens JCDecaux onrechtmatig heeft gehandeld.

Na diverse gesprekken over een oplossing voor de onrechtmatige daad tussen de gemeente, JCDecaux en RBL, is afgesproken dat JCDecaux in plaats van Clear Channel als onderaannemer van RBL de reclame-uitingen zou gaan exploiteren. De gemeente heeft deze voorgenomen wijziging van de concessieovereenkomst gepubliceerd. Zowel Clear Channel als Global zijn naar aanleiding van deze aankondiging een kort geding begonnen tegen de gemeente. De voorzieningenrechter van de rechtbank heeft de gemeente een verbod opgelegd om zonder nieuwe aanbestedingsprocedure uitvoering te geven aan haar voornemen om aan RBL voor de exploitatie van reclame in Utrecht toestemming te verlenen om te gaan werken met JCDecaux als nieuwe onderaannemer. Redengevend hiertoe is dat de voorzieningenrechter deze aanpassing ziet als een wezenlijke wijziging, waarvoor een nieuwe aanbestedingsprocedure moet worden uitgeschreven. Hiertegen heeft de gemeente hoger beroep ingesteld.

In het hoger beroep stond de vraag centraal of de door de gemeente aangekondigde voorgenomen wijzigingen, die zien op de beoogde vervanging een onderaannemer, wezenlijke wijzigingen van de opdracht behelzen. Het hof heeft overwogen dat Clear Channel en Global onvoldoende aannemelijk hebben gemaakt dat het vervangen van de onderaannemer in deze aanbestedingsprocedure moet worden gekwalificeerd als een wezenlijke wijziging. Hierdoor hoeft geen nieuwe aanbestedingsprocedure plaats te vinden. Het hof heeft de uitspraak van de voorzieningenrechter vernietigd en de vorderingen van Clear Channel en Global alsnog afgewezen.