

# Reactie op ‘vertragingsschade’ in de noot van mr. A.F.J. Jacobs bij RvA 28 augustus 2023, Nr. 72.286 (TBR 2024/92)

– Mr. W.M.J.M. Heijltjes<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

Met belangstelling heb ik de noot van confrère Jacobs onder RvA 28 augustus 2023, Nr. 72.268<sup>2</sup> gelezen. Ik wil met name reageren op de in die noot gehanteerde term ‘vertragingsschade’. Wat is de aard van door vertraging in het bouwproces oplopende extra kosten van de uitvoering en met name: zijn die extra kosten, indien toe te rekenen aan de opdrachtgever, juridisch als ‘schade’ te betitelen of moet je daar toch anders tegenaan kijken?

Deze vraag is van belang voor de over zo’n vordering verschuldigde rente. Is dat de wettelijke rente van art. 6:119 BW of de wettelijke handelsrente van art. 6:119a BW?

Als je de verkeerde grondslag kiest gaat het voor de schuldeiser mis.

Ik plaats deze vraag mede in het licht van de Europese richtlijn 2011/7/EU betreffende bestrijding van betalingsachterstand van handelstransacties en de daarop gebaseerde wettelijke handelsrente.

## 2. Een voorbeeld: de belevenissen van het bouwhek

De beantwoording van deze vraag kan worden verduidelijkt aan de hand van een praktisch voorbeeld: een bouwhek.<sup>3</sup> Het voorbeeld van een bouwhek is erg mooi want dat staat vanaf dag één - oftewel vanaf start bouw - ter plaatse op de bouwlocatie tot ongeveer het moment van oplevering. Het staat er dus vrijwel de gehele bouwgeschiedenis, inclusief daarin opgetreden vertragingen. Wat

maakt dat bouwhek in de loop van het bouwproces allemaal mee en hoe is dat juridisch te duiden.

Het bouwhek valt (bij het gebruikelijke bouwproject) onder de verplichtingen van de aannemer.<sup>4</sup> Hij moet het bouwhek plaatsen en in stand houden tijdens de overeengekomen bouwperiode. De kosten daarvan zijn door de aannemer begroot en vervolgens in de aanneemsom terecht gekomen. Die kosten worden door de opdrachtgever betaald. Als de opdrachtgever te laat betaalt, is hij de wettelijke rente verschuldigd. Het gaat dan om de rente van 6:119a BW: de wettelijke handelsrente. Het gaat immers om een geleverde prestatie op grond van een handelsovereenkomst. Tot zover is dit alles helder en wordt daar geen discussie over gevoerd.

De discussie over het bouwhek, de kosten daarvan en de kwalificatie van de betalingsverplichting spitst zich toe in de situatie dat er voor rekening en risico van de opdrachtgever stagnaties optreden. De opdrachtgever verzoekt of veroorzaakt een verlengde bouwtijd. In die situatie zal de aannemer het bouwhek niet weghalen maar handhaven. Het hek langer te laten staan, is mijns inziens simpelweg een door de aannemer aan de opdrachtgever extra geleverde verrichting en kostenpost op grond van een handelsovereenkomst. Dat laatste is het criterium voor de toepassing van de wettelijke handelsrente volgens art. 6:119a\_BW ingeval de opdrachtgever die verrichting niet op tijd (conform de bepalingen van de overeenkomst) betaalt.

Dit lijkt mij onweerlegbaar.

## 3. Kosten of schade

Het is niet juist om extra werk - leveringen en verrichtingen van de aannemer in een vertragingssituatie - anders te behandelen dan de oorspron-

<sup>1</sup> Wim Heijltjes is advocaat bij Heijltjes Advocaten te Nijmegen.

<sup>2</sup> RvA 28 augustus 2023, Nr. 72.268, TBR 2024/92, m.nt. A.F. Jacobs.

<sup>3</sup> Met dank aan mr. B. van der Zijpp voor het aanreiken van dit voorbeeld.

<sup>4</sup> Uiteraard afhankelijk van de voorwaarden en voorschriften in de aannemingsovereenkomst; zie bijv. § 16 lid 1 UAV 2012.



kelijk overeengekomen en met deze handelingen/werkzaamheden vervolgens uitgebreide prestatie. Het is één project, uiteindelijk tot stand gekomen door alle leveringen en diensten van de aannemer, allemaal gestoeld op de aannemingsovereenkomst.

Ik zie geen basis om verschillende ‘etiketten’ te hanteren voor oorspronkelijke uitvoeringskosten en extra uitvoeringskosten.

In de juridische praktijk kom ik nogal eens tegen dat dit onderscheid wel wordt gemaakt. Het benoemen van kosten wegens vertragingen in het bouwproces als ‘schade’ miskent dat het ook dan gaat om door de aannemer aan de opdrachtgever verleende (en door opdrachtgever tijdig te betalen) verrichtingen (‘diensten’ in de bewoordingen van de genoemde richtlijn 2011/7/EU) krachtens een aannemings-/handelsovereenkomst zoals ik hierna zal uiteenzetten.

Juridisch is dit geen schade. Voor de aannemer is het een uitbreiding van de overeengekomen prestatie, aangezien die de prestatie moet leveren. De aannemer moet het bouwhek langer op de bouwplaats handhaven.

De opdrachtgever dient ook deze uitbreiding van de prestatie - de extra kosten wegens de langere looptijd van het bouwproces - tijdig te betalen op straffe van het verschuldigd worden van de wettelijke handelsrente. De Raad van Arbitrage heeft dit voortreffelijk begrepen.<sup>5</sup>

#### 4. Juridische grondslag bepalend voor de toepasselijke rente

De kwalificatie van de door de aannemer gemaakte extra kosten als gevolg van het vertragingsoorzakende handelen van de opdrachtgever, is van invloed op de bij te late betaling op de vordering van toepassing zijnde rente.

Bij de burgerlijke rechter geldt dat juridisch de vordering van de aannemer voor deze extra verrichtingen (diensten) met de juiste grondslag moet worden benoemd. Indien de vordering voor bedoelde extra verrichtingen/diensten wordt ingesteld onder de noemer ‘stagnatieschade’ dan wordt aldus de vordering gegrond op een aanspraak tot schadevergoeding. De burgerlijke rechter zal dan de vordering zelf als schadeclaim behandelen met als gevolg de toepasselijkheid van art. 6:119 BW voor de rentevoet.

De jurisprudentie van de burgerlijke rechter mag niet los gezien worden van de processuele insteek van partijen.

#### 4.1 Wettelijke rente en wettelijke handelsrente volgens de Richtlijn

In art. 2 sub 1 Rl. 2011/7/EU betreffende bestrijding van betalingsachterstand van handelstransacties, zoals bekend de grondslag voor ons art. 6:119a BW, wordt het begrip ‘handelstransacties’ gedefinieerd als: *‘transacties tussen ondernemingen of tussen ondernemingen en overheidsinstanties die leiden tot het leveren van goederen of het verrichten van diensten tegen vergoeding’ (onderstreping WH)*. Dit is de basis voor art. 6:119a BW dat in lid 1 als definitie geeft:

‘Onder handelsovereenkomst wordt verstaan de overeenkomst om baat die een of meer van de partijen verplicht iets te geven of te doen en die tot stand is gekomen tussen een of meer natuurlijke personen die handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf of rechtspersonen.’

#### 4.2 Art. 6:119 en 6:119a BW in de rechtspraak

In de rechtspraak wordt de uitleg van deze definitie in het BW steeds gegeven in het licht van de betekenis en strekking in Rl. 2011/7/EU.

In de loop der tijd hebben zich de nodige casus voorgedaan waarin moest worden beslist of specifieke vorderingen zouden vallen onder de be-

<sup>5</sup> Zie hierna te bespreken RvA 14 december 2010, Nr. 32.335.

scherming die de EU-richtlijn beoogt te bieden aan ondernemingen terzake de nakoming van betalingsverplichtingen jegens hen uit hoofde van handelstransacties.

Ik geef een kort overzicht van enige jurisprudentie om het verschil te verduidelijken tussen welke vorderingen uit overeenkomsten ‘beschermenswaardig’ zijn en welke niet onder die EU bescherming vallen:

- Een geschil waarin wordt beslist dat een veroordeling tot betaling van buitengerechtelijke incassokosten moet worden aangemerkt als vermogensschade (art. 6:96 lid 2 aanhef en onder c BW); deze valt niet onder ‘verplichtingen tot betaling uit handelsovereenkomsten’.<sup>6</sup>
- Een geschil over schadevergoeding wegens ontbinding van een handelstransactie.<sup>7</sup> De Hoge Raad haalt aan de considerans van de Richtlijn met vermelding: ‘Deze richtlijn heeft enkel betrekking op betalingen tot vergoeding van handelstransacties en strekt niet tot regulering van (...) betalingen bij wijze van schadeloosstelling (...)’; dus geldt hiervoor niet art. 6:119a, maar 6:119 BW;
- Een geschil over balansgaranties en betaling van royalty’s.<sup>8</sup> De Hoge Raad overweegt: ‘Art. 6:119a BW heeft alleen betrekking op de geldelijke tegenprestatie voor geleverde goederen of diensten op grond van een handelsovereenkomst. Dit betreft de primaire betalingsverplichting uit de handelsovereenkomst. De wettelijke handelsrente ziet dus niet op andere geldelijke verplichtingen waartoe zo’n overeenkomst aanleiding kan geven, en evenmin op vorderingen tot vergoeding van schade.’

Al dus blijkt in de rechtspraak steeds getoetst te worden of sprake is van de geldelijke tegenprestatie voor geleverde goederen of diensten op grond van een handelsovereenkomst. Dit wordt aangeduid als ‘de primaire betalingsverplichting’ uit de handelsovereenkomst. De wettelijke handelsrente ziet dus niet op andere geldelijke verplichtingen waartoe zo’n overeenkomst aanleiding kan geven, dus ook niet op vorderingen tot vergoeding van schade. Zie hiervoor ook Hof Amsterdam 20 september 2022.<sup>9</sup>

Zo zijn er nog enkele voorbeelden van vorderingen die buiten de primaire betalingsverplichting vielen:

- een vordering wegens onverschuldigde betaling (terugbetaling van koopsommen).<sup>10</sup>

- de koopsom voor percelen grond van een agrarisch bedrijf. Dit werd aangemerkt als een eenmalige transactie en geen handelstransactie.<sup>11</sup>
- bijdrage van een derde en de discussie of de verkoper verplicht is om die bijdrage aan de koper af te dragen. Ook dit is niet de primaire geldelijke tegenprestatie voor de onder die overeenkomst (N.B.: door verkoper aan koper!) geleverde diensten zodat de beslissing dat koper aanspraak op die specifieke bijdrage heeft niet valt onder de wettelijke handelsrente bij te late betaling.<sup>12</sup>

Ook in deze gevallen ging het dus om secundaire verplichtingen tot betaling. De aard van de primaire prestatie geeft de doorslag voor de beslissing of de wettelijke handelsrente toepasselijk is.

In een conclusie PG bij de Hoge Raad d.d. 13 oktober 2023 over een vordering verband houdende met melkgeld wegens levering van melk - maar in dit geval via een coöperatie en een daar doorheen lopend lidmaatschapsverband - wordt door de PG bij de Hoge Raad geconcludeerd dat betreffende vordering hoe dan ook moet worden gezien als een handelstransactie als bedoeld in de Europese richtlijn die ten grondslag ligt aan art. 6:119a BW, ook al loopt de transactie via een lidmaatschapsverhouding.<sup>13</sup> De ratio van de EU-regelgeving gericht op betaling van de prestatie (leveringen en diensten) is doorslaggevend. De aan de Hoge Raad voorgelegde vraag was dus: is de levering van melk en de afrekening van het melkgeld via de tussenstap van een coöperatie en lidmaatschapsrelatie een handelstransactie. De PG vond van wel. De Hoge Raad heeft op 16 februari 2024<sup>14</sup> geoordeeld dat de betaling van het melkgeld als handelstransactie geldt met toepasselijkheid van art. 6:119a BW. Hiermee wordt dus bevestigd dat de aard van de primaire prestatie doorslaggevend is.

Ook de Raad van Arbitrage in bouwgeschillen maakt dit onderscheid in een vonnis over aanspraak op betaling uit hoofde van verzekeringspolissen.<sup>15</sup> Die aanspraak valt in deze uitspraak niet onder artikel 6:119a BW. In deze uitspraak staat een kernachtige en zeer lezenswaardige analyse van de achtergrond van 6:119a tegen Rl. 2011/7/EU<sup>16</sup>. Daarnaast is hier bovendien bijzonder dat dit een aanspraak betrof van de opdrachtgeefster jegens de aannemer.

Ook in RvA 22 juli 2013, Nr. 32.305 komt aan de orde welke rente van toepassing is. Opdracht-

<sup>6</sup> HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:40.

<sup>7</sup> HR 15 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:70.

<sup>8</sup> HR 8 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3106.

<sup>9</sup> ECLI:NL:GHAMS:2022:2714 ro. 3.18.

<sup>10</sup> HR 22 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:596.

<sup>11</sup> ECLI:NL:PHR:2023:617 (Hoge Raad in eindarrest: klacht leidt niet tot cassatie, geen motivering nodig wegens art. 81 lid 1 RO).

<sup>12</sup> Hof Amsterdam 11 juli 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:1642.

<sup>13</sup> ECLI:NL:PHR:2023:911.

<sup>14</sup> ECLI:NL:HR:2024:241.

<sup>15</sup> Zie RvA 14 december 2010, Nr. 32.335.

<sup>16</sup> Zie ro. 17-22.



geefster stelt dat het handelsrentepercentage alleen ziet op de situatie dat betaling van het op grond van de overeenkomst verschuldigde bedrag niet tijdig plaatsvindt en geen betrekking heeft op betaling van schadeloosstelling.<sup>17</sup> Arbiters overwegen dat sprake is van een handelsovereenkomst en dat hier de door aannemster gevraagde vergoeding betrekking heeft op kosten die vergelijkbaar zijn met kostensoorten waarop de aannemingsovereenkomst betrekking heeft, zodat de handelsrente als bedoeld in art. 6:119a lid 1 BW van toepassing is.<sup>18</sup> Dit lijkt mij correct. Het betreft immers extra diensten en verrichtingen van de aannemer in een verdragingsituatie onder de vervaardiging van het aangenomen project, gestoeld op de aannemingsovereenkomst. Alle voor de realisatie van het project door de aannemer ingezette diensten, leveringen en verrichtingen vallen onder de primaire prestatie van de aannemer en de pendant daarvan is dan de primaire betalingsverplichting van de opdrachtgever.

## 5. Het belang van het stellen van de juiste juridische grondslag

De extra diensten die de aannemer verricht, voortvloeiende uit (niet aan hem maar aan de opdrachtgever toerekenbare) verdraging, dient niet als 'schade' te worden gekwalificeerd. Dat is begripmatig onjuist. Juridisch is dit geen schade, maar een uitbreiding van - in de terminologie van RI 2011/7/EU 'het leveren van goederen of het verrichten van diensten' - de dienstverlening.

De aanduiding bij uitloop van de bouwtijd dat dit leidt tot 'stagnatiekosten' of nog meer pregnant 'stagnatieschade' is niet alleen begripmatig onjuist, maar ook relevant voor de juridische betekenis van 'schade' met daaruit voortvloeiende juridische gevolgen.<sup>19</sup>

Een vordering van de aannemer voor deze extra diensten, ingesteld onder de noemer 'stagnatieschade' wordt aldus gegrond op een aanspraak tot schadevergoeding. Die titel voor de vordering trekt deze naar een secundaire verplichting. De burgerlijke rechter zal dan art. 6:119 toepassen voor de rentevoet.

Zelfs als de burgerlijke rechter zou begrijpen dat het in feite bij de aannemer om de uitbreiding van primaire dienstverlening gaat, zal mijns inziens de rechter niet eigenmachtig de grondslag 'vergoeding van schade' mogen wijzigen!

Dat laatste blijkt inderdaad voor de aannemer fout te zijn gegaan in een arrest van het Hof Den

Bosch 3 december 2019.<sup>20</sup> Dat ging eigenlijk al mis door een verkeerde insteek van aannemerszijde bij de rechtbank.<sup>21</sup> Zowel in de dagvaarding als ook in de daaraan voorafgegane twee vaststellingsovereenkomsten met de opdrachtgever zijn de kosten van uitloop van het bouwproject door de aannemer gekwalificeerd als 'stagnatieschade'. De rechtbank (ro. 4.7):

'In beide vaststellingsovereenkomsten wordt consequent gesproken over een vordering van [gedaagde] uit hoofde van verdragingschade. Omdat [gedaagde] haar vordering heeft ingesteld als een vordering tot schadevergoeding en omdat partijen er ook in 2 vaststellingsovereenkomsten vanuit zijn gegaan dat de vordering van [gedaagde] wegens stagnatiekosten geen meerwerk betrof maar een schadevergoeding, kan [gedaagde] daarop nu niet meer terugkomen.'

Vervolgens wordt de rente van art. 6:119 BW hierop toegepast. In hoger beroep heeft de aannemer geprobeerd dit alsnog ongedaan te maken, maar dat is niet gelukt. De les hieruit: begin niet met zelf de rechter de verkeerde kant op te sturen.

## 6. Conclusie

Voor de toepassing van art. 6:119a BW en welke vorderingen daaronder vallen - binnen het kader van handelstransacties - moet gekeken worden naar de teleologische uitleg van de EU-richtlijn (2011/7/EU). Tijdgebonden (extra) kosten van het productieproces (in plaats van de benaming stagnatiekosten of -schade) vallen onder primaire leveringen en diensten. Door de opdrachtgever veroorzaakte uitloop van het bouwproces en daardoor veroorzaakte extra tijdgebonden kosten dienen door de opdrachtgever te worden gedragen. Die grondslag dient wél te worden gesteld.

Een belangrijke vraag is dan nog: wat is uitloop, naar welk criterium moet deze worden gemeten: is dat de planning of is dat de contractuele bouwtijd?

Volgens mij is het uitgangspunt in contracten voor de realisatie van door de aannemer te bouwen projecten dat de aannemer het productieproces inricht. Daarin is zijn planning de maatstaf, mits objectief goed en haalbaar, en/of door de bouwdirectie goedgekeurd. Bij uitloop (i) veroorzaakt door de opdrachtgever (ii) in het kritieke pad, komen de daardoor veroorzaakte extra tijdgebonden kosten van het productieproces - dit valt onder de diensten en leveringen volgens de EU-richtlijn - voor rekening van de opdrachtgever. Daarop is bij te late betaling art. 6:119a BW van toepassing.

<sup>17</sup> Ro. 207.

<sup>18</sup> Ro. 208.

<sup>19</sup> Stagnatiekosten en stagnatieschade zijn in de praktijk veel gehanteerde termen.

<sup>20</sup> Hof Den Bosch 3 december 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:4386.

<sup>21</sup> Rb. Oost-Brabant 23 augustus 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:4546.

## 7. Rente over vertragingskosten in recente rechtspraak A-pier Schiphol

Inmiddels zijn zeer recent op 17 juli jl. een tweetal uitspraken gedaan door de Rechtbank Amsterdam in geschillen over de juridische afloop van het debacle met de A-pier van Schiphol.<sup>22</sup> Zoals bekend zijn de werkzaamheden aan dit project voortijdig beëindigd met gigantische financiële schade en dienovereenkomstige geschillen tot gevolg. In deze twee uitspraken komt ook de vraag voor naar de toepasselijkheid van handelsrente (of niet) over verschillende posten. Is art. 6:119 of 6:119a BW van toepassing?

De ten deze relevante claims van de eisende partijen betreffen:

- vertragingskosten (genoemd Extension of Time, afgekort EoT-claims)
- prolongatiekosten (niet heel erg duidelijk uit de uitspraken kenbaar wat het karakter daarvan precies is)
- verstoringskosten (Disruption claim)

De rechtbank wijst voor deze posten (aanzienlijke) bedragen toe. Dan gaat ook het verschil in rentepercentage tussen art. 6:119 en 6:119a BW tot substantiële bedragen leiden.

De rechtbank zegt hierover in slechts één korte zin dat het art. 6:119a BW-criterium - betaling voor verrichte werkzaamheden en leveringen - niet geldt voor de genoemde drie posten en ook niet voor de retentiegelden. De rechtbank volgt hier kennelijk een standaardsjabloon. De rechtbank koerst hier volgens mij op de automatische piloot en is zich er kennelijk niet van bewust dat deze posten directe kosten van het productieproces zijn en dus de primaire prestatie tot stand brengen. Nergens blijkt althans uit dat de rechtbank zich daarvan bewust was.

Dan nog (extra evident) over de retentiegelden: dit zijn gedeelten van wat er volgens de termijnregeling(en) van de productie aan de aannemer toekomt maar welke gedeelten door de opdrachtgever tot zekerheid mogen worden ingehouden en pas bij oplevering of op een later (contractueel bepaald) tijdstip door de opdrachtgever concreet betaald moeten worden. Juist ook bij deze retentiegelden is evident dat het productiekosten zijn.

De rechter besliste al eerder dat voor retentiegelden art. 6:119a BW niet geldt (eveneens betreffende twee partijen bij de A-pier):

‘Het voorgaande leidt ertoe dat de vordering tot betaling van het retentiebedrag zal worden toegewezen. De door Boko gevorderde wettelijke handelsrente over het retentiebedrag is niet toewijsbaar. Artikel 6:119a BW is alleen van toepassing als sprake is van een geldelijke tegenprestatie voor geleverde goederen of diensten op grond van een handelsovereenkomst. Dit betreft de primaire betalingsverplichting uit de handelsovereenkomst. Betaling van een retentiebedrag is niet als zodanig aan te merken. Wel is toewijsbaar de gewone wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW, zoals gevorderd, vanaf 27 maart 2023 (de dag van dagvaarding)’.<sup>23</sup>

Dit staat haaks op de beschrijving van het retentiegeld in de contracten:

‘8.1 Subject to paragraph 8.2, the Contractor shall be entitled to deduct and withhold retentions, calculated by applying the percentage of retention stated in Schedule 1 (...)’. (citaat uit het vonnis, WH)

Het wordt hoog tijd dat de burgerlijke rechter meer inzicht krijgt in hoe het werkt met de verschillende kostensoorten binnen de productie versus andersoortige aanspraken van de producerende (onder)aannemer. ●

<sup>22</sup> Rb. Amsterdam 17 juli 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:4345 en Rb. Amsterdam 17 juli 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:4347.

<sup>23</sup> Rb. Amsterdam 10 januari 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:99, ro. 5.19.