

TBR 2014/65

Raad van Arbitrage voor de Bouw, 11 juni 2013, No. 33.647 (Afrekenen na opzegging of beëindiging van een aannemingsovereenkomst)

Mr. J. TH. Begheyn, ir. H.M.A. van den Berg en M.H. Krul. Gemachtigde eiseres in conventie, verweerster in reconventie, onderaannemster: mr. D. Warnink. Gemachtigde verweerster in conventie, eiseres in reconventie, hoofdaannemster: mr. A.M. Klunne

BW: art. 6:198, art. 6:200, art. 6:267, art. 7:755 en art. 7:764 lid 2; UAV '89: par. 14 en par. 35

Onderaannemingsovereenkomst renoveren gevelramen. Ontbonden, beëindigd in onvoltooide staat of opgezegd? Financiële afrekening:

Met gastnoot A. Moret en M.W. Speksnijder¹, Red.

(Zie ook HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8728, TBR 2014/66 en Hof Arnhem-Leeuwarden 24 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ8540, TBR 2014/67, hierna opgenomen in dit nummer)

*De gronden van de beslissing
De bevoegdheid*

4. De bevoegdheid van arbiters tot beslechting van het onderhavige geschil bij scheidsrechterlijk vonnis staat onbetwist tussen partijen vast. Zij berust op artikel 32 van de toepasselijke Algemene Voorwaarden voor Inkoop en Uitbesteding 2003 van hoofdaannemster, waarin een arbitraal beding is opgenomen dat verwijst naar de Raad en zijn statuten.

De feiten

5. Tussen partijen staat het volgende vast:
a. tussen partijen is een onderaannemingsovereenkomst gesloten met betrekking tot het renoveren van gevelramen inclusief leveren van materialen zoals hout, glas en dergelijke en het bijbehorende schilderwerk met betrekking tot het project C. te X. voor de aanneemsom van € 1.820.000,00, btw verlegd; van deze overeenkomst is tussen partijen op 2 juni 2009 een akte opgesteld en ondertekend;
b. onderaannemster heeft het overeengekomen werk grotendeels uitgevoerd tot 4 juli 2011; op die datum ontving zij per e-mail bericht van hoofdaannemster dat deze de restwerkzaamheden zelf zou uitvoeren met andere partijen; onderaannemster werd niet meer op het werk toegelaten;
c. in de genoemde e-mail van 4 juli 2011 schrijft hoofdaannemster onder meer: *Verder zullen we het contract met elkaar moeten ontbinden en wij zullen je daar een voorstel in gaan doen*; in haar brief van

¹ Arno Moret en Maartje Speksnijder zijn advocaat bij CMS Derks Star Busmann N.V. in Utrecht binnen de praktijkgroep Real Estate & Construction.

5 september 2011 schrijft hoofdaannemster onder meer: *In tegenstelling tot mijn melding van 4 juli jl. dat we het contract zouden wensen te ontbinden, doen wij u in plaats daarvan hierbij ons voorstel voor de eindafrekening toekomen. ... Dit heeft ons doen besluiten de restant werkzaamheden zelf uit te (laten) voeren en deze werkzaamheden als minder-werk te verrekenen.*

De vordering en het verweer in conventie:

6. Onderaannemster stelt dat sprake is van opzegging van de overeenkomst zodat dient te worden afgerekend overeenkomstig het bepaalde in artikel 7:764 lid 2 BW. Zij vordert derhalve voor eis:

bij scheidsrechterlijk vonnis voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad hoofdaannemster te veroordelen aan onderaannemster te betalen tegen behoorlijk bewijs van kwijting een bedrag van € 474.016,39, vermeerderd met de wettelijke rente over € 469.516,39 met ingang van 4 juli 2011, dan wel met ingang van 14 oktober 2011, dan wel met ingang van 24 oktober 2011, met veroordeling van hoofdaannemster in de kosten van deze procedure, eveneens uitvoerbaar bij voorraad; alles zo nodig onder de vaststelling dat hoofdaannemster de tussen partijen bestaande overeenkomst heeft opgezegd, althans dat hoofdaannemster onderaannemster heeft opgedragen het werk in onvoltooid staat te beëindigen, subsidiair alles zo nodig onder vaststelling dat onderaannemster de bedoelde overeenkomst rechtsgeldig heeft ontbonden, meer subsidiair de tussen partijen bestaande overeenkomst te ontbinden onder vaststelling van de gevolgen in dier voege dat hoofdaannemster wordt veroordeeld tot betaling aan onderaannemster van een bedrag van € 474.016,39 ter zake van schadevergoeding wegens ontbinding, dan wel ter zake van door arbiters vast te stellen gevolgen van de ontbinding, alles vermeerderd met de wettelijke rente met bedragen en ingangsdata zoals hiervoor genoemd en bedoeld, alles eveneens met veroordeling van hoofdaannemster in de kosten van de procedure, eveneens uitvoerbaar bij voorraad.

7. Hoofdaannemster meent dat zij de overeenkomst met onderaannemster heeft ontbonden en dat zij daar ook het recht toe had wegens tekortkomingen in het werk van onderaannemster. Op grond daarvan heeft zij een eindafrekening opgesteld, waaruit blijkt dat hoofdaannemster reeds te veel aan onderaannemster heeft betaald. In conventie concludeert zij derhalve:

bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad: onderaannemster niet-ontvankelijk te verklaren in haar vordering, althans haar deze te ontzeggen en onderaannemster te veroordelen in de kosten van onderhavige procedure in conventie, waaronder begrepen een vergoeding van de kosten

van juridische bijstand door hoofdaannemster gemaakt en onderaannemster te veroordelen tot betaling van de wettelijke rente over de proceskosten met ingang van twee weken na dagtekening vonnis tot aan de dag der algehele voldoening.

De vordering en het verweer in reconventie:

8. Hoofdaannemster gaat uit van de ontbinding van de overeenkomst en vordert derhalve vergoeding van de door haar ter zake geleden schade alsmede het per saldo door haar te veel aan onderaannemster betaalde op grond van de door haar vastgestelde hoeveelheid door onderaannemster uitgevoerd werk. Voor het geval hoofdaannemster boete en aanvullende schadevergoeding verschuldigd mocht worden aan haar principaal vordert zij jegens onderaannemster een verklaring van recht dat onderaannemster die schade aan haar verschuldigd zal worden. Zij concludeert mitsdien voor eis in reconventie, zoals gewijzigd bij repliek in reconventie: *bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:*

1. *primair te verklaren van recht dat hoofdaannemster de aannemingsovereenkomst met onderaannemster op 4 juli 2011 rechtsgeldig gedeeltelijk heeft ontbonden;*
2. *subsidiair de aannemingsovereenkomst gedeeltelijk te ontbinden met ingang van de datum van het indienen van de memorie van eis, althans met ingang van datum vonnis, althans met ingang van een datum in billijkheid door arbiters te bepalen tot aan de dag der algehele voldoening (sic);*
3. *onderaannemster te veroordelen tot het betalen van schadevergoeding aan hoofdaannemster ten bedrage van € 271.904,50, te vermeerderen met btw, vermeerderd met de wettelijke handelsrente over beide bedragen (sic) met ingang van het indienen van de memorie van eis, althans met ingang van een datum in billijkheid door arbiters te bepalen, tot aan de dag der algehele voldoening;*
4. *onderaannemster te veroordelen tot het terugbetalen aan hoofdaannemster van een bedrag van € 65.111,11 te vermeerderen met btw, vermeerderd met de wettelijke handelsrente over beide bedragen (sic) met ingang van de dag dat hoofdaannemster dit te veel betaalde bedrag aan onderaannemster heeft betaald, althans met ingang van de dag van het indienen van de memorie van eis in reconventie tot aan de dag der algehele voldoening;*
5. *indien arbiters in conventie mochten oordelen dat hoofdaannemster de aannemingsovereenkomst zou hebben opgezegd, dan worden arbiters verzocht onderaannemster te veroordelen tot betaling aan hoofdaannemster van een bedrag van € 139.717,89, te vermeerderen met btw, vermeerderd met de wettelijke handelsrente over beide bedragen (sic) met ingang van 4 juli 2011, althans met ingang van de datum van het indienen van de memorie van eis, althans met ingang van een datum*

in billijkheid door arbiters te bepalen, tot aan de dag der algehele voldoening;

6. te verklaren van recht dat onderaannemster jegens hoofdaannemster aansprakelijk is voor de schadevergoeding inclusief boete welke hoofdaannemster verschuldigd zal zijn aan haar opdrachtgever ten gevolge van de aan onderaannemster toerekenbare vertraging in de oplevering, welke schadevergoeding nader opgemaakt dient te worden bij staat;

7. onderaannemster te veroordelen in de kosten van onderhavige procedure in reconventie, waaronder begrepen een vergoeding van de kosten van juridische bijstand door hoofdaannemster gemaakt;

8. onderaannemster te veroordelen tot betaling van de wettelijke rente over de proceskosten met ingang van twee weken na dagtekening vonnis tot aan de dag der algehele voldoening.

9. Onderaannemster blijft bij haar opvatting omtrent de beëindiging van de overeenkomst. Zij acht zich niet aansprakelijk voor enige door hoofdaannemster genoemde schade en kan zich niet verenigen met de door hoofdaannemster opgestelde eindafrekening. Wel corrigeert zij een verschrijving in haar berekeningen. Zij concludeert voor antwoord in reconventie:

tot afwijzing van alle vorderingen, dit met veroordeling van hoofdaannemster in de kosten van de procedure in reconventie, waaronder begrepen vergoeding van de kosten van juridische bijstand door onderaannemster gemaakt, met veroordeling van hoofdaannemster tot betaling van de wettelijke rente over de proceskostenveroordeling met ingang van twee weken na dagtekening van het vonnis tot de dag der algehele voldoening.

De beoordeling van het geschil

10. Hoofdaannemster meent dat onderaannemster de werkzaamheden stelselmatig vertraagde en bovendien ondeugdelijk werk leverde. Zij zou onderaannemster hier herhaaldelijk op hebben gewezen. Op 31 mei 2011 zou bij een rondgang over het werk aan onderaannemster een laatste kans zijn geboden het werk zowel in kwaliteit als in planning op orde te brengen. Toen hoofdaannemster op 4 juli 2011 constateerde dat onderaannemster nog steeds niet aan de eisen voldeed, heeft zij de overeenkomst beëindigd.

11. Onderaannemster is voor wat de planning betreft van mening dat het juist hoofdaannemster was die herhaaldelijk uit de planning liep, waardoor zij niet verder kon met haar werk en onverrichterzake naar huis moest. Dat haar werk kwalitatief onder de maat zou zijn, blijkt volgens haar nergens uit. Integendeel kreeg haar schilder zwart op wit complimenten van hoofdaannemster. Zij heeft na 4 juli

2011 nog expliciet aangeboden het werk gewoon af te maken, maar werd niet meer toegelaten.

12. Wat er ook zij van de aanleiding voor de e-mail van 4 juli 2011 van hoofdaannemster, arbiters constateren dat deze e-mail niet als ontbinding kwalificeert. Voor zover de tekst van de zin: *Verder zullen we het contract met elkaar moeten ontbinden en wij zullen je daar een voorstel in gaan doen* in deze mail voor meerderlei uitleg vatbaar is - gaat het om een in de toekomst tot ontbinding gaan komen of was de bedoeling reeds thans te ontbinden - de brief van hoofdaannemster van 5 september 2011 geeft uitsluitel over haar bedoeling. Uit die brief blijkt immers dat hoofdaannemster niet meer dan de wens had om de onderaannemingsovereenkomst te ontbinden, waar zij in die brief van af ziet. Dus was er geen sprake van een ontbinding, hetgeen ook wordt bevestigd door het feit dat de ontbinding schriftelijk had moeten geschieden en niet per e-mail, nu de overeenkomst bij schriftelijke akte en niet langs elektronische weg is gesloten.

13. Alsdan komt de subsidiaire vordering van hoofdaannemster aan de orde of de overeenkomst alsnog kan worden ontbonden. Uit de e-mail van 4 juli 2011 is op te maken dat onderaannemster de restwerkzaamheden niet meer mag uitvoeren. In de praktijk is haar ook de toegang tot het werk ontzegd, zoals zij heeft gesteld en hoofdaannemster niet heeft weersproken. In de brief van 5 september 2011 komt hoofdaannemster ook tot een minderwerkopdracht voor het overige. Daaruit kan niet anders worden geconcludeerd dan dat hoofdaannemster de overeenkomst heeft beëindigd, waarbij tussen partijen uitsluitend nog aan de orde was welke gevolgen die beëindiging had. In een dergelijk geval, waarbij de overeenkomst tussen partijen feitelijk reeds beëindigd is, kan de overeenkomst niet ook nog eens ontbonden worden.

14. Een en ander betekent dat de door hoofdaannemster in reconventie onder 1 van haar petitum gevraagde verklaring van recht alsmede de onder 2 gevraagde ontbinding door arbiters moet worden afgewezen. Dit laat overigens onverlet de mogelijkheid van hoofdaannemster om schadevergoeding om welke andere reden dan ook te vorderen.

15. Nu de overeenkomst op 4 juli 2011 door hoofdaannemster zowel in juridische als in feitelijke zin is beëindigd zonder ontbinding en niet in overeenstemming met onderaannemster, moet geconcludeerd worden dat de overeenkomst door hoofdaannemster is opgezegd in de zin van artikel 7:764 BW. Arbiters lezen in het tweede gedeelte van de vorderingen van onderaannemster dat onderaannemster een verklaring van recht in die zin vordert. Deze wordt toegewezen.

16. De afrekening van het werk dient in dat geval te geschieden door betaling van de aanneemsom verminderd met de door onderaannemer bespaarde kosten. In hoeverre onderaannemer door de opzegging kosten heeft bespaard dient door hoofdaannemer te worden gesteld en, bij betwisting daarvan door onderaannemer, te worden bewezen, zij het dat op onderaannemer een belangrijke mededelingsplicht rust (HR 12 april 2013, LJN BY8728, overweging 3.4.2).

17. Tussen partijen staat vast dat de aanneemsom € 1.820.000,00 bedroeg. De aanneemsom wordt overeenkomstig artikel 7:755 BW verhoogd met het saldo van het meerwerk. Bij het ontbreken van een schriftelijke opdracht dient onderaannemer te bewijzen dat meerwerk is opgedragen. Tussen partijen bleek ter zitting vast te staan dat voor tenminste € 63.915,00 aan meerwerk is opgedragen. Sedert de brief van mr. Warnink is dit bedrag verschreven naar € 63.195,00 en zo is het ook opgenomen in de berekening van de vordering, zodat arbiters van dat bedrag dienen uit te gaan. Onderaannemer stelt dat sprake is geweest van mondelinge opdrachten boven het genoemde bedrag van € 63.195,00 tot ruim € 122.000,00, maar daar is geen begin van een bewijs van en hoofdaannemer ontkent zulks. Arbiters passeren die stelling derhalve.

18. Op enig moment heeft hoofdaannemer als minderwerk de binnenbeglazing uit het werk van onderaannemer gehaald. Onderaannemer heeft hiervoor een minderwerkbedrag van € 372.348,89 vastgesteld, waarmee hoofdaannemer akkoord is. Weliswaar is tussen partijen in discussie of hoofdaannemer tijdig met dit bedrag akkoord is gegaan, maar in het kader van de afrekening in de procedure is dat irrelevant. Dat betekent dat per saldo sprake is van minderwerk tot een bedrag van € 372.348,89 -/- € 63.195,00 = € 309.153,89. Omdat op grond van artikel 1 juncto artikel 3 lid 2 sub d van de Algemene Voorwaarden van hoofdaannemer op de overeenkomst mede van toepassing zijn de UAV 1989 dient over dit saldo minderwerk op basis van paragraaf 35 lid 5 UAV 1989 10% ten gunste van onderaannemer te worden berekend, ofwel $10\% \times € 309.153,89 = € 30.915,39$.

19. Tussen partijen staat vast dat hoofdaannemer betalingen aan onderaannemer heeft gedaan tot een totaal van € 1.314.531,00. Per saldo resteert alsdan op de aanneemsom en het saldo meer-/minderwerk te betalen € 1.820.000,00 -/- € 309.153,89 + € 30.915,39 -/- € 1.314.531,00 = € 227.230,50. Uit productie 21 blijkt dat onderaannemer erkent dat zij behalve het hiervoor genoemde minderwerk ter zake van het binnenglas ook een vijftal posten nog niet heeft uitgevoerd, waarvoor zij de materiaalkosten als besparing opgeeft tot een bedrag van

€ 1.203,12 + € 9.605,21 + € 7.187,50 + € 210,00 + € 835,00 = € 19.040,83.

20. Hoofdaannemer meent dat van het meerwerk slechts voor € 31.606,00 is uitgevoerd en dus voor € 63.195,00 -/- € 31.606,00 = € 31.589,00 niet is uitgevoerd. Uit de posten waarvan hoofdaannemer erkent dat zij wel zijn uitgevoerd is te analyseren dat de betwisting van uitvoering van meerwerkzaamheden met name betrekking heeft op het aanbrengen van houten proppen, reparaties volgens door hoofdaannemer afgetekende werkbonnen en diverse werkzaamheden volgens een e-mail van de heer D. d.d. 20 juni 2011. Onderaannemer ontkent dat die meerwerkposten niet zijn uitgevoerd en dat zij daarop enige besparing heeft gehad. Hoofdaannemer heeft het tegendeel niet aangevoerd, terwijl volgens voorgaande overwegingen de bewijslast ter zake wel bij haar ligt.

21. Bij memorie van antwoord/eis geeft hoofdaannemer een berekening van onderaannemer weer onder alinea 68, uitkomend op € 469.516,39, rekening houdend met een in de brief van mr. Warnink van 14 oktober 2011 (productie 3) genoemde besparing van € 158.439,61. Hoofdaannemer stelt vervolgens dat daarbij geen rekening is gehouden met het minderwerk van € 372.348,89. Dat is onjuist, zoals uit voornoemde productie 21 blijkt, want in het bedrag van € 158.439,61 is opgenomen de besparingen op materiaalkosten van het genoemde minderwerk. Dit in verband met de discussie tussen partijen of het minderwerk nu wel of niet als zodanig zou zijn overeengekomen, welke discussie inmiddels niet meer relevant is.

22. Bij dupliek/replik komt hoofdaannemer ook nog tot enkele berekeningen. In de eerste plaats geeft zij onder alinea 95 overeengekomen minderwerk weer. Het gaat daarbij om de hiervoor reeds genoemde niet uitgevoerde posten, waarvan de materiaalkosten als bespaard worden beschouwd. Onder alinea 97 presenteert hoofdaannemer een herberekening voor de afrekening. Onder 5 van die herberekening neemt hoofdaannemer een bedrag van € 287.958,00 aan besparingen op. Dat bedrag is volgens productie 55, waar hoofdaannemer haar berekening specificeert, gelijk aan 75% van € 383.944,00, zijnde de volgens hoofdaannemer in de begroting van onderaannemer opgenomen prijs voor de binnenbeglazing, die als minderwerk ad € 372.348,89 tussen partijen is overeengekomen. Nu die minderprijs ook deel uitmaakt van het onder 3 van de herberekening opgenomen erkende minderwerk, heeft hoofdaannemer dit bedrag dus dubbel in haar berekening opgenomen. Arbiters passeren derhalve die herberekening. Ook de berekening onder alinea 100 bevat deze dubbelrekening. Voorts gaat hoofdaannemer daar uit van andere

minderwerkbedragen voor de vijf bespaarde posten onder verwijzing naar haar productie 26. Uit die productie blijken echter de genoemde besparingen, die daar wel zijn opgesomd in een eigen berekening van hoofdaannemster, niet. Arbiters zijn derhalve van oordeel dat van verdere besparingen dan door onderaannemster erkend, niet is gebleken.

23. Onder alinea 114 van, nog steeds, de memorie van dupliek/repliek geeft hoofdaannemster aan dat 5% van het werk van onderaannemster ondeugdelijk zou zijn. Deze stelling onderbouwt zij op geen enkele wijze. Voorts zou slechts 6,93% van het werk aan de binnenzijde gereed zijn. Ter onderbouwing legt hoofdaannemster productie 51 over, maar die productie bevat slechts een door hoofdaannemster zelf opgesteld staatje, waaruit niets blijkt en dat geen bewijskracht heeft. Het genoemde percentage van 6,93 is ook geheel in strijd met de eerdere stellingen van hoofdaannemster in oktober 2010, waar zij reeds 50% van het binnenwerk gereed acht.

24. Op het door hoofdaannemster op de aanneemsom verschuldigde bedrag van €227.230,50 komt derhalve voor besparingen in verband met de voortijdige beëindiging van het werk in mindering € 19.040,83, zodat door hoofdaannemster aan onderaannemster te betalen resteert € 227.230,50 -/- € 19.040,83 = € 208.189,67. Nu hoofdaannemster de overeenkomst per 4 juli 2011 heeft opgezegd, is zij per die datum een direct opeisbare opzegvergoeding verschuldigd. Nu over een verschuldigde verdragingsrente in de algemene voorwaarden van hoofdaannemster niets is bepaald, geldt te dien aanzien hetgeen in de eveneens van toepassing zijnde UAV 1989 onder paragraaf 45 is bepaald. Derhalve is hoofdaannemster over het bedrag van de toewijzing in hoofdsom de rente verschuldigd, berekend tegen de wettelijke rentevoet ex artikel 6:119a BW met ingang van 4 juli 2011 tot de dag der algehele voldoening.

25. Hoofdaannemster vordert betaling van haar schade, bestaande uit de kosten die zij aan derden heeft moeten betalen voor voltooiing van het werk. In de eerste plaats houdt zij daarbij geen rekening met het feit dat reeds verrekening van minderwerk en niet uitgevoerd bestekwerk in de voorgaande afrekening heeft plaatsgevonden, maar bovendien kan hoofdaannemster de meerdere kosten, die zij aan derden moet uitgeven door de opzegging van de overeenkomst niet op onderaannemster verhalen. Door de opzegging zelf ontstaan immers over en weer geen rechten op schadevergoeding in verband met het als gevolg van de opzegging niet uitvoeren van overeengekomen werkzaamheden. Slechts in zoverre hoofdaannemster zou aantonen dat zij kosten heeft moeten maken door slecht werk van

onderaannemster, zou zij de door de opzegging door onderaannemster bespaarde kosten, die deze gebreken dan niet zou hoeven te herstellen, kunnen verrekenen. Van dergelijke gebreken is niets gebleken, ook niet uit overgelegde foto's. Daarop is bijvoorbeeld wel een mechanische beschadiging te zien, maar daarvan is echter niet vast te stellen, wie die heeft veroorzaakt.

26. Verder vordert hoofdaannemster vergoeding door onderaannemster van de eventuele schade die zij kan lijden door te late oplevering van het werk aan haar principaal. Arbiters constateren dat weliswaar in de overeenkomst een datum van oplevering wordt genoemd, maar die datum hebben partijen verlaten, waarbij uit niets blijkt dat de oorzaak daarvan gezocht moet worden bij onderaannemster. Vervolgens is door hoofdaannemster een opleveringsdatum van 15 juli 2011 genoemd, maar uit niets blijkt dat die datum nader tussen partijen is overeengekomen. Nu hoofdaannemster op 4 juli 2011 ervoor gekozen heeft de overeenkomst met onderaannemster op te zeggen, dat wil zeggen te beëindigen in onvoltooide staat, blijkt op geen enkele manier dat aan onderaannemster enige tekortkoming is toe te rekenen van vertraging bij de oplevering. Onderaannemster is ter zake dus ook geen schadevergoeding verschuldigd.

27. Nu hoofdaannemster per saldo een bedrag verschuldigd is aan onderaannemster, komen de door onderaannemster gevorderde buitengerechtigde incassokosten voor vergoeding in aanmerking. Arbiters constateren dat de raadsman van onderaannemster voor vergoeding in aanmerking komende werkzaamheden heeft verricht en stellen de vergoeding daarvoor in redelijkheid vast op het tarief zoals dat volgt uit het Rapport Voorwerk II in combinatie met de ter zake geldende tarieven bij de Raad. De aan onderaannemster toe te kennen vergoeding stellen arbiters op die manier vast op €3.000,00.

28. Aangezien partijen over en weer verder geen stellingen hebben aangeboden te bewijzen die, indien bewezen, tot een ander oordeel kunnen leiden, passeren arbiters hun bewijsaanboden. (*Enz., enz., Red.*)

Noot

Inleiding

Aan de orde is een op 2 juni 2009 gesloten onderaannemingsovereenkomst voor het renoveren van gevelramen inclusief het leveren van materialen en het bijbehorende schilderwerk voor een aanneemsom van € 1.820.000,-. Onderaannemster heeft het overeengekomen werk grotendeels uitgevoerd tot 4 juli 2011, op welke datum zij een e-mail ontvangt dat hoofdaannemster de resterende

werkzaamheden zelf zal uitvoeren c.q. door andere partijen zal laten uitvoeren. In deze e-mail kondigt hoofdaannemster aan een voorstel te zullen doen voor ontbinding. Vervolgens doet hoofdaannemster onderaannemster bij brief van 5 september 2011 een voorstel om tot een eindafrekening te komen.

Partijen strijden over de vraag of de onderaannemingsovereenkomst is ontbonden, dan wel beëindigd of opgezegd en over de financiële afrekening van het werk. Onderaannemster meent dat sprake is van beëindiging in onvoltooide staat, althans opzegging van de overeenkomst, zodat dient te worden afgerekend overeenkomstig het bepaalde in paragraaf 14 UAV '89 respectievelijk artikel 7:764 lid 2 BW. Hoofdaannemster stelt zich op het standpunt dat zij de overeenkomst heeft ontbonden en aanspraak kan maken op schadevergoeding en terugbetaling van een deel van de aanneemsom.

In het vonnis komen daarmee de volgende interessante vragen aan de orde:

- i. is sprake van ontbinding, opzegging of beëindiging in onvoltooide staat?
- ii. wat zijn daarvan de rechtsgevolgen?; en
- iii. hoe moet worden afgerekend?

Ad (i) – ontbinding, opzegging of beëindiging in onvoltooide staat?

Zoals gezegd, heeft hoofdaannemster onderaannemster op 4 juli 2011 per e-mail medegedeeld dat zij de resterende werkzaamheden zelf zal uitvoeren c.q. door andere partijen zal laten uitvoeren. Arbiters oordelen dat, wat er ook zij van de aanleiding voor de e-mail van 4 juli 2011, deze niet als ontbinding kwalificeert. Volgens arbiters blijkt uit de tekst van deze e-mail, waarin hoofdaannemster schrijft: *'Verder zullen we het contract met elkaar moeten ontbinden en wij zullen je daar een voorstel in gaan doen'* en het feit dat hoofdaannemster onderaannemster bij brief van 5 september 2011 heeft bericht: *"In tegenstelling tot mijn melding van 4 juli jl. dat we het contract zouden wensen te ontbinden, doen wij u in plaats daarvan hierbij ons voorstel voor de eindafrekening toekomen'* dat hoofdaannemster slechts de wens had om tot ontbinding over te gaan, maar daarvan heeft afgezien.

Arbiters komen daarmee niet toe aan de vraag of ontbinding juridisch gezien mogelijk was geweest. Dat onderaannemster bijvoorbeeld niet in gebreke was gesteld en of er een afdoende grond was voor ontbinding, komt daardoor niet aan de orde. Opvallend is in dat verband, dat arbiters wel overwegen dat ontbinding schriftelijk had moeten

geschieden en niet per e-mail, nu de overeenkomst bij schriftelijke akte en niet langs elektronische weg is gesloten. Hiermee lijken arbiters een onjuiste interpretatie te geven van artikel 6:267 BW. In het algemeen wordt aangenomen met een ontbindingsverklaring per e-mail wordt voldaan aan het in dit artikel, voor overeenkomsten die anders dan langs elektronische weg tot stand zijn gekomen, genoemde schriftelijkheidsvereiste.²

Arbiters oordelen dat, uit het feit dat hoofdaannemster bij e-mail van 4 juli 2011 heeft aangegeven dat onderaannemster de resterende werkzaamheden niet meer mag uitvoeren en bij brief van 5 september 2011 heeft aangegeven deze werkzaamheden als minderwerk te willen verrekenen met onderaannemster, volgt dat hoofdaannemster de overeenkomst zowel in juridische als in feitelijke zin heeft beëindigd. Na beëindiging kan de overeenkomst niet ook nog eens worden ontbonden, aldus arbiters.

Deze beëindiging, die niet in overeenstemming met onderaannemster heeft plaatsgevonden, moet, zo oordelen arbiters vervolgens, als opzegging in de zin van artikel 7:764 BW worden aangemerkt.

Arbiters kwalificeren de mededelingen van hoofdaannemster aan onderaannemster dus eerst - zowel feitelijk als juridisch - als beëindiging, om vervolgens de beëindiging als opzegging in de zin van artikel 7:764 BW aan te merken. De vaststelling dat feitelijk sprake is van beëindiging is een begrijpelijke tussenstap richting de conclusie dat juridisch sprake is van opzegging (of beëindiging in onvoltooide staat), maar de vaststelling dat ook in juridische zin sprake is van beëindiging is naar onze mening onjuist, althans in ieder geval onnodig.

Het is juridisch gezien immers het één of het ander; beëindiging (in onvoltooide staat) of opzegging. Deze termen zijn niet synoniem. Beëindiging (in onvoltooide staat) is een contractuele bevoegdheid (vaak op grond van paragraaf 14 lid 7 UAV '89). Opzegging is een wettelijke bevoegdheid op grond van artikel 7:764 BW. De wijze van afrekening na beëindiging (in onvoltooide staat) wordt beheerst door de betreffende contractuele afspraken, de wijze van afrekening na opzegging door artikel 7:764 lid 2 BW. Het daaromtrent bepaalde in paragraaf 14 lid 10 UAV '89 is niet identiek aan de afrekenmethodiek op grond van 7:764 lid 2 BW. Paragraaf 14 lid 10 UAV '89 bepaalt dat de aanneemsom eerst dient te worden vermeerderd met de kosten die de aannemer als gevolg van de niet-voltooiing heeft moeten maken, alvorens de bespaarde kosten in mindering worden gebracht.

2 Zie 'J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker, W.L. Valk en M.H. Wissink' 2009 (*T&C Vermogensrecht*), art. 6:267 BW, aant. 2 b).

Artikel 7:764 lid 2 BW gaat uit van de voor het gehele werk geldende prijs, verminderd met de besparingen van de aannemer als gevolg van de opzegging. Dit artikel gaat niet in op de kosten die de aannemer als gevolg van de niet-voltooiing heeft moeten maken, maar op grond van artikel 7:755 BW of via zaakwaarneming ex artikel 6:198 en 6:200 lid 2 BW heeft de aannemer ook op grond van het BW recht op deze vergoeding.³ Verder bepaalt paragraaf 14 lid 10 UAV '89, anders dan artikel 7:764 BW, dat overige aanspraken van de aannemer en de opdrachtgever ter zake van de overeenkomst onverlet blijven. Een ander verschil is dat gedeeltelijke beëindiging in onvoltooide staat op grond van paragraaf 14 UAV '89 niet mogelijk is, terwijl wel gedeeltelijk kan worden opgezegd.⁴

Ter motivering van hun oordeel dat sprake is van beëindiging in juridische zin, verwijzen arbiters niet naar een contractuele grondslag daarvoor. Dit, terwijl in r.o. 18 van het vonnis staat dat, naast de algemene voorwaarden van de hoofdaannemer, ook de UAV '89 van toepassing waren. Waarom arbiters tot het oordeel komen dat de beëindiging kwalificeert als opzegging in de zin van artikel 7:764 BW en niet als beëindiging in onvoltooide staat op grond van paragraaf 14 UAV '89, is derhalve onduidelijk.

Het oordeel van arbiters dat geen sprake is van ontbinding, maar van opzegging, is naar onze mening – met inachtneming van voorgaande kanttekening – juist en in lijn met andere jurisprudentie over dit onderwerp. Uit de jurisprudentie van de Raad van Arbitrage volgt namelijk dat de vraag of een ongegronde ontbinding moet worden aangemerkt als opzegging op grond van artikel 7:764 lid 2 BW, dan wel als beëindiging in onvoltooide staat als bedoeld in paragraaf 14 lid 7 UAV '89, moet worden beantwoord met 'ja, tenzij'. In het overgrote deel van de zaken waarin dit aan de orde is, beantwoordt de Raad van Arbitrage deze vraag namelijk bevestigend.⁵ Dat er een tenzij is, oordeelden appellarbiters op 2 augustus 2004.⁶ In die zaak overwogen arbiters dat een andere conclusie mogelijk is, met name indien beide partijen zich blijven beroepen op de gerechtvaardigheid van de door ieder van hen buitengerechtelijk ingeroepen ontbinding.

Deze lijn passen arbiters nu ook toe in een geval waarin het niet gaat om de vraag of een grond voor ontbinding bestond, maar de gedane mededeling gezien zijn inhoud niet kan worden aangemerkt als ontbinding, maar wel als feitelijke beëindiging. Ook dan moet de feitelijke beëindiging in beginsel als opzegging of beëindiging in onvoltooide staat worden aangemerkt, zo valt uit dit vonnis te concluderen. Dat de overeenkomst daarna niet alsnog (ook) kan worden ontbonden is logisch en behoeft geen nadere toelichting.

Ad (ii) – wat zijn de rechtsgevolgen?

Anders dan indien sprake is van ontbinding, ontstaat bij opzegging of beëindiging in onvoltooide staat geen verplichting tot ongedaanmaking van uitgevoerde prestaties. Evenmin ontstaat door opzegging recht op schadevergoeding, zo oordelen arbiters terecht (r.o. 25). Nog niet uitgevoerde prestaties hoeven na opzegging of beëindiging in onvoltooide staat niet meer te worden uitgevoerd. Daaronder vallen ook garantieverplichtingen.⁷ De enige uitzondering hierop is de verplichting van de opdrachtgever tot betaling van de aanneemsom, zij het dat de omvang daarvan wijzigt. Verder blijven aanspraken van voor de datum van beëindiging, zoals meer- en minderwerkaanspraken, in stand (zie r.o. 19).

Zoals gezegd, is de vergoedingsmethodiek bij beëindiging in onvoltooide staat niet (per definitie) dezelfde als die bij opzegging. De Raad van Arbitrage was in deze zaak duidelijk over de wijze waarop moest worden afgerekend. Nu de feitelijke beëindiging wordt aangemerkt als opzegging, dient de afrekening van het werk te geschieden overeenkomstig artikel 7:764 lid 2 BW.

In andere uitspraken, zowel van de Raad van Arbitrage als van de burgerlijke rechter, is nog wel eens minder duidelijk wat de juridische basis is voor de eindafrekening. Zo oordeelde het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in zijn arrest van 23 april 2013⁸ dat de gemeente Leidschendam-Voorburg bevoegd was om 'het werk in onvoltooide toestand op te zeggen' op grond van paragraaf 14 lid 7 UAV '89 en/of artikel 7:764 BW. Om aan de vergoedingsverplichting van paragraaf 14 UAV '89 te ontkomen, betoogde de gemeente dat beëindiging in de zin van deze bepaling niet aan de orde kan zijn, omdat nog geen sprake was van een werk. Deze

3 Zie ook Rb. Groningen, 30 november 2011, *TBR* 2012/192 met noot F.M. van Cassel – van Zeeland, p. 1066.

4 Zie bijv. RvA 5 januari 1993, No. 15.571, *BR* 1994, p. 421 en de noot van P. Vermeij bij RvA 14 maart 2013, No. 71.733, *TBR* 2013/90.

5 bv. RvA 31 mei 2010, No. 30.753, RvA 21 januari 2010, No. 30.234, RvA 4 januari 2010, No. 71.396, RvA 30 november 2009, No. 28.800, RvA 21 oktober 2009, No. 30.196, RvA 23 juli 2009, No. 31.266, RvA 22 april 2009, No. 28.835, RvA 6 februari 2008, No. 29.803, RvA 25 mei 2007, No. 26.783.

6 RvA 2 augustus 2004, No. 70.637, r.o. 17 en 18.

7 RvA 14 maart 2013, No. 71.733, *TBR* 2013/90, m.gastnt. P. Vermeij.

8 Hof Arnhem-Leeuwarden 23 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ8540 (zie elders in dit nummer *TBR*/67).

stelling verwerpt het hof. Dit, overeenkomstig een eerdere uitspraak van de Raad van Arbitrage die eveneens oordeelde dat voor de toepasselijkheid van paragraaf 14 lid 10 UAV '89 niet nodig is dat de feitelijke uitvoering is aangevangen.⁹ Het hof overweegt vervolgens dat een andersluidend oordeel over deze stelling de gemeente ook niet kan baten, omdat alsdan teruggevallen zou moeten worden op artikel 7:764 BW op grond waarvan een vergoedingsverplichting geldt die grotendeels overeenstemt met die van paragraaf 7 lid 10 UAV (bedoeld wordt kennelijk § 14 lid 10 UAV).

Ad (iii) – de eindafrekening

De afrekening van het werk dient te geschieden door betaling van de aanneemsom verminderd met de door onderaannemster bespaarde kosten (r.o. 16). Onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 12 april 2013¹⁰ overwegen arbiters in dat kader dat hoofdaannemster dient te stellen, en bij betwisting dient te bewijzen, dat en in hoeverre onderaannemster door de opzegging kosten heeft bespaard, maar dat op onderaannemster een belangrijke mededelingsplicht rust.

Hoge Raad

In dit arrest heeft de Hoge Raad in het kader van een afrekening op grond van artikel 7:764 lid 2 BW, onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis, geoordeeld dat de opdrachtgever die aanvoert dat de door hem verschuldigde 'voor het gehele werk geldende prijs' dient te worden verminderd met 'de besparingen die voor de aannemer uit de opzegging voortvloeien', stelplicht en bewijslast heeft van het bestaan en de omvang van die besparingen, maar dat in dat verband op de aannemer 'een belangrijke mededelingsplicht' rust. De Hoge Raad werkt dit als volgt uit.

De Hoge Raad bevestigt het oordeel van het hof dat opdrachtgever aan zijn stelplicht heeft voldaan met de stelling dat de aannemer zijn werknemers op andere klussen heeft kunnen inzetten en dat aannemer dit, gelet op de op hem rustende mededelingsplicht, onvoldoende heeft bestreden. Het inzetten van mensen op andere, reeds aangenomen klussen levert weliswaar in beginsel geen besparing op, maar maakt het wel mogelijk om andere klussen - waarvan vaststaat dat aannemer die had eerder dan gepland af te ronden en zodoende weer eerder aan ander werk te kunnen beginnen. Aangenomen mag worden dat aannemer de vrijgekomen tijd wel deels met ander werk heeft kunnen invullen, aldus de Hoge Raad. **Aannemer heeft** niet aangevoerd dat zijn mensen **noodgedwongen** stil heb-

ben gezeten en heeft daarom niet of onvoldoende aangevoerd dat hij geen arbeidstijd heeft kunnen besparen als gevolg van de opzegging. De stelling van aannemer dat hij werkzaamheden maanden tevoren plant en in de betrokken periode niet met werkzaamheden heeft kunnen schuiven, wordt als onvoldoende uitgewerkt en onderbouwd ter zijde geschoven. De opdrachtgever hoeft daarom de als gevolg van de opzegging bij aannemer vrijgekomen tijd niet geheel te vergoeden, met andere woorden de vrijgekomen tijd wordt aangemerkt als besparing in de zin van artikel 7:764 lid 2 BW.

Met dit oordeel kent de Hoge Raad aan de stelplicht en bewijslast van de opdrachtgever maar een beperkte rol toe, terwijl aan de aannemer een vergaande mededelingsplicht wordt toegekend. Uitgangspunt is dat het inzetten van personeel op andere, reeds aangenomen klussen in beginsel geen besparing oplevert. Zonder voldoende betwisting van de aannemer, neemt de Hoge Raad evenwel aan dat de stelling van de opdrachtgever, dat wel sprake is van een besparing doordat door deze inzet het al aangenomen werk eerder zal zijn afgerond en er dus eerder met nieuw werk kon worden begonnen, juist is. Deze twee stappen – dat de aannemer ander aangenomen werk eerder heeft afgerond én hierdoor eerder met nieuw werk kon beginnen – hoeft de opdrachtgever niet te onderbouwen. De mededelingsplicht van de aannemer houdt daarentegen in dat hij moet stellen en onderbouwen dat hij feitelijk geen kosten heeft bespaard c.q. dat hij de vrijgekomen tijd niet heeft kunnen gebruiken om ander aangenomen werk eerder af te ronden en weer eerder aan ander werk kon beginnen.

Vanuit de gedachte dat een aannemer er niet op vooruit mag gaan in geval van opzegging, althans dat hij niet achterover mag leunen in het geval van opzegging, maar dat hij moet proberen andere opdrachten te verwerven, is het oordeel van de Hoge Raad in deze naar onze mening begrijpelijk. Het zal immers voor een opdrachtgever vrijwel onmogelijk zijn om te onderbouwen in welke mate de aannemer ander werk eerder heeft kunnen afronden en nieuw werk eerder heeft kunnen aanvangen, terwijl het voor de aannemer in beginsel wel mogelijk zal zijn het tegendeel aan te tonen. Bij de interpretatie van dit arrest van de Hoge Raad en toepassing daarvan in andere zaken zal evenwel in ogenschouw genomen moeten worden dat het uitgangspunt nog altijd is dat de stelplicht en de bewijslast niet bij de aannemer, maar bij de opdrachtnemer liggen.

9 RvA 22 maart 2011, No. 32.063, r.o. 18 en 19.

10 Hoge Raad 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8728 (zie elders in dit nummer TBR/66).

Hof Arnhem Leeuwarden

In het hiervoor besproken arrest¹¹ kiest het hof Arnhem-Leeuwarden er eveneens voor om aan de stelplicht en bewijslast van de opdrachtgever een beperkte rol toe te kennen, terwijl aan de aannemer een vergaande mededelingsplicht wordt toegekend.

Appellanten hadden in dit geval nog nauwelijks werkzaamheden uitgevoerd. Om die reden beperkt de discussie zich tot de vraag in hoeverre de gemeente de gederfde winst, algemene kosten en kosten van een onderaannemer van appellanten dient te vergoeden. Voor het overige bestaat de aanneemsom kennelijk uit kosten die appellanten door de beëindiging hebben bespaard.

De gemeente had slechts betwist dat appellanten voor de door hen gestelde 10% algemene kosten geen alternatieven hebben kunnen vinden. Het hof interpreteert deze betwisting kennelijk als een voldoende gemotiveerde stelling dat appellanten ter zake kosten hebben bespaard. Appellanten hadden daarom, naar het oordeel van het hof, hun vordering ter zake nader moeten inkleden, met andere woorden gemotiveerd moeten stellen dat zij geen alternatieven hebben kunnen vinden ter dekking van deze kosten. Het hof wijst daarom slechts het door de gemeente erkende percentage van 5% algemene kosten voor perceel 1 toe. Voor perceel 2 heeft de gemeente niets erkend, om welke reden het hof daarvoor ook niets toekent.

RvA

Terug naar de het vonnis van de Raad van Arbitrage. Arbiters gaan, zoals gezegd, uit van dezelfde bewijslastverdeling, maar lijken - hoewel in deze zaak de gestelde besparingen van andere orde waren dan in de kwestie die voorlag bij de Hoge Raad - hogere eisen te stellen aan de invulling van de stelplicht en bewijslast van de opdrachtgever (in dit geval hoofdaannemerster).

Arbiters beginnen, conform de hiervoor onder (ii) geschetste uitgangspunten, met vast te stellen wat de aanneemsom was, in hoeverre sprake was van meer- en minderwerk en welke betalingen reeds aan onderaannemerster waren gedaan. Daar waar hoofdaannemerster betwist dat meerwerk is uitgevoerd, oordelen arbiters dat hoofdaannemerster dient aan te tonen dat dit niet is uitgevoerd en daar niet in is geslaagd. De berekeningen die hoofdaannemerster heeft aangedragen met betrekking tot de omvang van de besparingen worden allen gepasseerd, omdat deze onjuistheden bevatten dan

wel in strijd zijn met eerdere stellingen van hoofdaannemerster. Arbiters komen tot de conclusie dat slechts de door onderaannemerster erkende besparingen in mindering moeten worden gebracht op de prijs voor het gehele werk (na verrekening van meer- en minderwerk).

De vordering van hoofdaannemerster tot vergoeding van schade wijzen arbiters terecht af. De kosten voor uitvoering door een derde komen niet voor vergoeding in aanmerking, nu niet is gebleken dat sprake is van herstel van gebreken die onderaannemerster anders had moeten herstellen. In dat laatste geval zou onderaannemerster zich immers werkzaamheden bespaard hebben als gevolg van de opzegging. Verder is volgens arbiters niet gebleken dat onderaannemerster vertraging heeft veroorzaakt in de oplevering van het werk. Hiermee hanteren arbiters terecht het uitgangspunt dat de opdrachtgever slechts recht heeft op schadevergoeding, indien sprake is van een aan de aannemer toe te rekenen schadeveroorzakende gebeurtenis die reeds aanwezig was ten tijde van de opzegging.

Ten slotte is nog vermeldenswaardig dat arbiters oordelen dat hoofdaannemerster over het bedrag van de toewijzing in hoofdsom op grond van § 45 UAV 1989 de wettelijke handelsrente is verschuldigd vanaf de dag van opzegging. Eerder heeft de Raad van Arbitrage wel geoordeeld dat het op grond van een dergelijke eindafrekening verschuldigde bedrag het karakter heeft van een schadevergoeding.¹² De wettelijke handelsrente is niet van toepassing op schadevergoedingen. De vordering om het door hoofdaannemerster aan onderaannemerster te betalen bedrag te vermeerderen met de wettelijke handelsrente zou gelet daarop dus moeten worden afgewezen. De Raad van Arbitrage lijkt dit nu - naar onze mening terecht - anders te zien. Betaling van de aanneemsom verminderd met de door de opdrachtnemer bespaarde kosten is in onze optiek namelijk een nakomingsverplichting; de enige verplichting uit de aannemingsovereenkomst die in het geval van opzegging overeind blijft, met dien verstande dat de omvang daarvan wijzigt. Van een betaling met het karakter van een schadevergoeding is derhalve geen sprake.¹³ Een expliciet oordeel over de aard van de 'opzegvergoeding' geven arbiters evenwel niet. Mogelijk hebben arbiters de wettelijke handelsrente enkel toegewezen, omdat hoofdaannemerster op dit punt geen verweer heeft gevoerd.

A. Moret en M.W. Speksnijder

¹¹ Hof Arnhem-Leeuwarden 23 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ8540 (zie elders in dit nummer TBR/67).

¹² RvA 26 november 2009, No. 30.407, r.o. 21.

¹³ Anders: P. Vermeij, 'Beëindiging van de overeenkomst van aanneming van werk: opzegging, beëindiging in onvoltooid staat en ontbinding', *TBR* 2010/212 p.1167.