

Inleiding

1. Het blijft opletten bij de ontbinding van (aannemings)overeenkomsten. Als de aan de ontbinding ten grondslag liggende reden geen tekortkoming is, dan is de ontbinding onterecht. Het hier geannoteerde vonnis¹ is daar een goed voorbeeld van. Bij aannemingsovereenkomsten wordt een onterechte ontbinding 'omgezet' in een beëindiging in onvoltooide staat.

2. Deze 'omzetting' heeft verstrekende gevolgen voor de afrekening van het werk. Bij een ontbinding hoeft immers uitsluitend de waarde van het gerealiseerde werk te worden vergoed, al dan niet verrekend met een schadevergoeding. Bij beëindiging in onvoltooide staat heeft de aannemer recht op vergoeding van de aanneemsom verrekend met kosten en besparingen ten gevolge van de beëindiging/de opzegging. Ook daarvoor zijn de contractuele verplichtingen weer van belang. Met name de opdrachtgever moet zich bewust zijn van de gevolgen van een mogelijke onterechte ontbinding.

Feitelijke achtergrond

3. Door middel van een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure is aan aannemster een opdracht gegund voor het vervangen van bestaande fietsbruggen en het versterken van een monumentale rijbaanbrug. De werkzaamheden moeten in maximaal 100 werkbare werkdagen worden uitgevoerd. De rijbaanbrug mag maximaal 45 achtereenvolgende werkbare werkdagen gesloten worden voor verkeer. Het bestek is opgesteld volgens de RAW-systematiek en de UAV 2012 zijn van toepassing.

4. Door de gemeente wordt de startdatum uitgesteld tot 29 maart 2016. Op 21 maart heeft aannemster proefsleuven gegraven naar aanleiding van een KLIC-melding. Bij het graven van de proefsleuven wordt onder andere een 10kV-kabel gevonden op een andere plaats dan uit de KLIC-melding bleek. Bij de afgraving blijkt verder dat de constructie van de verkeersbrug afwijkt van wat in het bestek en de tekeningen is vermeld.

5. Daarom komt het werk stil te liggen en moet de gemeente een nieuw Definitief Ontwerp (DO) en Uitvoeringsontwerp (UO) opstellen.

6. De gemeente stelt aannemster op 17 mei 2016 in gebreke. Volgens de gemeente heeft aannemster een vertraging in het werk veroorzaakt van vier weken. Aannemster moet een geactualiseerde planning overleggen en het werk hervatten. Tevens sommeert de gemeente aannemster het werk uiterlijk op 15 juli 2016 op te leveren. Aannemster reageert hierop met de mededeling dat het werk pas kan worden voortgezet als de gemeente reageert op verschillende 'afwijkingen'.

7. Bij e-mail van 9 juni 2016 stelt de gemeente aannemster nogmaals in gebreke. Aannemster moet wederom een geactualiseerde planning overleggen en het werk uiterlijk op 14 juni 2016 hervatten. Doet zij dat niet, dan behoudt de gemeente zich (kort gezegd) het recht voor de overeenkomst te beëindigen, aannemster de toegang tot het werk te ontfemen en het werk door een derde voor rekening van aannemster te laten afronden. Bij brief van 10 juni 2016 schrijft aannemster dat van een ontbinding geen sprake kan zijn en dat, ingeval de overeenkomst wordt beëindigd, dat een beëindiging in onvoltooide staat is.

8. De gemeente ontvangt de gevraagde geactualiseerde planning niet en ontbindt op 13 juni 2016 de overeenkomst. Aannemster stuurt in reactie daarop haar eindafrekening aan de gemeente en roept haar retentierecht in. Doordat de gemeente een bankgarantie stelt en een betaling doet aan aannemster, wordt het retentierecht opgeheven.

¹ RvA 30 november 2016, No. 35.885.

RvA: geen ontbinding, wel beëindiging in onvoltooide staat

9. Bij de Raad van Arbitrage twisten partijen over de vraag of de ontbinding terecht is. Voor zover die onterecht is, zijn partijen het erover eens dat het werk in onvoltooide staat is beëindigd.

10. De gemeente stelt dat aannemster stelselmatig werkzaamheden niet heeft uitgevoerd. Daardoor heeft aannemster vertraging in het werk veroorzaakt volgens de gemeente. Bovendien heeft aannemster volgens de gemeente geweigerd een geactualiseerde planning in te dienen. Uit de planning zou moeten blijken dat de verkeersbrug tijdig wordt opgeleverd.

11. Aannemster betwist dit. Volgens haar is de vertraging in het werk veroorzaakt door de onvoorzienige ligging van de 10kV-kabel en de afwijkende constructie van de brug. Die omstandigheden liggen in de risicosfeer van de gemeente, zodat het juist de gemeente is die tekortschiet. Het werk is volgens aannemster daarom in onvoltooide staat beëindigd en moet worden afgerekend volgens par. 14, lid 10 UAV 2012.

12. Arbiters oordelen dat de ontbinding onterecht is. Ten eerste is aannemster in het bestek niet verplicht een geactualiseerde planning aan te leveren. Op grond van par. 26, lid 1 UAV 2012, waarvan niet uitdrukkelijk is afgeweken, hoeft aannemster alleen bij aanvang van het werk een algemeen tijdschema te verstrekken met daarbij een planning. Door tussentijds geen geactualiseerde planning te verstrekken, is aannemster dus niet tekort geschoten.

13. Arbiters oordelen verder dat de vertraging op het kritieke pad is veroorzaakt door de gemeente. Onbetwist is dat de exacte ligging van de 10kV-kabel afweek van de KLIC-melding en pas kon worden vastgesteld door het graven van proefsleuven. De gemeente heeft daardoor niet voldaan aan haar verplichtingen ex. par. 5 UAV 2012. De stelling van de gemeente dat aannemster eerder een KLIC-melding had moeten doen en eerder proefsleuven had moeten graven, wordt niet gevolgd. Evenmin is gebleken dat daardoor vertraging op het kritieke pad zou zijn voorkomen.

14. Door het verleggen van de 10kV-kabel moest een onvoorzienige grondkerende constructie worden aangebracht waardoor de gemeente het DO en UO moest aanpassen. Op vragen van aannemster over het gewijzigde ontwerp heeft de gemeente niet geantwoord waardoor volgens arbiters het werk niet worden hervat.

15. De wijzigingen in de constructie en de afwijkende ligging van de gasleidingen en de 10kV-kabel komen op grond van par. 5 UAV 2012 voor risico van de gemeente en niet van aannemster. Daarom kan de gemeente die niet als grondslag gebruiken voor de ontbinding.

16. Vanwege het voorgaande is de ontbinding onterecht en wordt die 'omgezet' in een beëindiging van het werk in onvoltooide staat.

RvA: afrekening van het werk

17. Vervolgens wordt toegekomen aan de eindafrekening. Op grond van par. 14, lid 10 UAV 2012 heeft aannemster recht op de aanneemsom, vermeerderd met de kosten ten gevolge van de beëindiging en verminderd met de besparingen.

18. Hoewel het aan de gemeente is te stellen, en zo nodig te bewijzen, wat de besparingen zijn, heeft aannemster wel een belangrijke mededelingsplicht.² Volgens aannemster zijn de

² Bijvoorbeeld: HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8728; RvA 18 december 2013, nr. 33.888; RvA 11 mei 2007, nr. 27.232; RvA 16 oktober 2006, nr. 26.756.

besparingen € 295.194,62. De gemeente betwist dat en stelt dat aanneemster haar besparingen niet (voldoende) heeft onderbouwd.

19. Volgens de gemeente heeft aanneemster kosten voor het niet-verwijderen van een ondersteuningsconstructie onterecht niet als besparing aangemerkt. Dit argument wordt door de RvA niet gevolgd. In het bestek is uitsluitend het aanbrengen en in stand houden van de ondersteuningsconstructie als verplichting opgenomen. Het verwijderen daarvan niet. Van een besparing betreffende het niet-verwijderen van de constructie is dus geen sprake.

20. Na verrekening van de aanneemsom met de besparingen van aanneemster, de kosten ten gevolge van de beëindiging en de reeds door de gemeente betaalde bedragen, wijst de RvA een bedrag van € 53.173,99 aan aanneemster toe.

Ontbinding of beëindiging in onvoltooide staat: wat schrijft de overeenkomst voor?

21. Of ontbinding terecht is, is afhankelijk van de bestekverplichtingen. In het hier geannoteerde vonnis oordelen arbiters dat aanneemster niet tekort was geschoten in de nakoming van contractuele verplichtingen en dat de ontbinding onterecht was. Alvorens tot ontbinding over te gaan, zal een opdrachtgever zorgvuldig moeten beoordelen of de beweerdelijke tekortkomingen een contractuele basis hebben.

22. Ontbinding van de overeenkomst is geregeld in art. 6:265, lid 1 BW. Daarin is bepaald: *“Iedere tekortkoming van een partij in de nakoming van een van haar verbintenissen geeft aan de wederpartij de bevoegdheid om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden, tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt.”*
(onderstreping, auteur)

De schuldenaar moet ter zake van die tekortkoming ook in verzuim verkeren (art. 6:265, lid 2 BW).

23. De gemeente grondt de ontbinding op twee beweerdelijke tekortkomingen: het niet-aanleveren van een geactualiseerde planning en het veroorzaken van vertraging. Eerst de planning. Hoewel de tekortkoming waarop de ontbinding is gegrond niet een toerekenbare hoeft te zijn, moet de overeenkomst wel een basis hebben voor de verplichting die niet wordt nagekomen. Op grond van par. 26, lid 1 UAV 2012 hoeft een aannemer uitsluitend bij aanvang van het werk een planning in te dienen. Aangezien hiervan niet was afgeweken, was aanneemster niet verplicht de planning tijdens het werk te actualiseren. Terecht oordelen arbiters daarom dat aanneemster niet tekort kan schieten als ze dat niet doet.

24. Dan de vertraging in het werk. De gemeente verwijt aanneemster dat aanneemster die veroorzaakt heeft. Uit het geannoteerde vonnis blijkt echter, en arbiters oordelen naar mijn mening terecht, dat de vertraging aan de gemeente was te wijten. Anders gezegd: de gemeente is tekort geschoten en niet aanneemster.

25. Uit de feiten in het vonnis blijkt ten eerste dat de werkelijke ligging van kabels en leidingen anders was dan aanneemster op grond van het bestek en de KLIC-melding hoefde te verwachten. Op grond van par. 5 UAV 2012 is de ligging van kabels en leidingen en de invloed daarvan op het ontwerp een omstandigheid de risicosfeer van de opdrachtgever. Nu hierdoor vertraging in het werk is ontstaan, oordelen arbiters mijns inziens terecht dat die vertraging voor rekening van de gemeente komt.

26. Verder moest vanwege de bodemgesteldheid een andere werkwijze worden toegepast waardoor het ontwerp wijzigde. Omdat het oorspronkelijke ontwerp afkomstig was van de

gemeente, was het aan de gemeente om het ontwerp aan te passen (par. 5, lid 2 UAV 2012). De gemeente heeft dit inderdaad opgepakt, maar heeft dat volgens aanneemster en naar oordeel van arbiters niet deugdelijk en niet voortvarend heeft gedaan. Daardoor werd het werk verder vertraagd. Uit de feiten bij het vonnis blijkt eveneens dat aanneemster het werk daadwerkelijk niet kon voortzetten zonder dat de gemeente het ontwerp (voldoende deugdelijk) had herzien. Het was dus niet aanneemster die vertraging heeft veroorzaakt, maar de gemeente, waardoor de gemeente en niet aanneemster tekort is geschoten.

27. Nu niet aan de voorwaarden voor ontbinding is voldaan, wordt de ontbinding omgezet in een beëindiging van het werk in onvoltooide staat (par. 14, lid 7 UAV 2012). Uit het vonnis blijkt dat partijen het daarover eens waren, zodat in dat geval uitsluitend naar de afrekening hoeft te worden gekeken.

28. De vraag kan echter gesteld worden of het in het algemeen juridisch juist is een onterechte ontbinding om te zetten in een beëindiging in onvoltooide staat. Door de Raad van Arbitrage wordt in de meeste jurisprudentie een onterechte ontbinding al snel 'omgezet' in een beëindiging in onvoltooide staat.³ Uit een arbitraal vonnis uit 2009 kan worden afgeleid dat die omzetting voortvloeit uit de bevoegdheid van opdrachtgever om de overeenkomst te allen tijde op te zeggen/ in onvoltooide staat te beëindigen.⁴ Die bevoegdheid is neergelegd in bijvoorbeeld art. 7:764, lid 1 BW en par. 14, lid 7 UAV 2012.

29. Mijns inziens kan echter niet zomaar worden geconcludeerd dat van die bevoegdheid gebruik is gemaakt, uitsluitend omdat de ontbinding onterecht is.⁵ De ontbinding en de beëindiging in onvoltooide staat zijn beide eenzijdige rechtshandelingen die een op het gewenste rechtsgevolg gerichte wil en de daarvoor noodzakelijke verklaring vereisen (art. 3:33 BW). De wil van de gemeente was in ieder geval gericht op de ontbinding van de overeenkomst. Om aan te nemen dat de wil van de opdrachtgever eveneens gericht is op de beëindiging van het werk in onvoltooide staat, is mijns inziens echter meer nodig dan een onterechte ontbinding.

30. In de rechtspraak van de Raad van Arbitrage en de overheidsrechter zijn aanwijzingen te vinden dat uit alle omstandigheden van het geval moet blijken dat de wil van de opdrachtgever (ook) gericht is op opzegging/ beëindiging in onvoltooide staat. Bijvoorbeeld omdat de opdrachtgever het werk in eigen beheer afrondt of omdat een opdracht voor oplevering van het restant van het werk aan een derde is gegund.⁶ Op grond van dergelijke gedragingen mag een aannemer erop vertrouwen (art. 3:35 jo. 3:37, lid 1 BW) dat de opdrachtgever de overeenkomst wil beëindigen, ongeacht de juridische vorm waaronder waarschijnlijk ook valt de beëindiging in onvoltooide staat.

31. Ik meen dat niet te makkelijk aangenomen zou moeten worden dat een onterechte ontbinding betekent dat het werk in onvoltooide staat is beëindigd. De feitelijke gevolgen van die omzetting zijn immers ingrijpend. De afrekening van een werk dat in onvoltooide staat is beëindigd, is namelijk vaak duurder dan de afrekening van een ontbonden overeenkomst. In beide gevallen moet een opdrachtgever uiteraard een nieuwe aannemer contracteren en zal dus in beide gevallen met meerkosten te maken krijgen, omdat het werk van een derde moet worden

³ Zie bijvoorbeeld: RVA 4 juli 2013, No. 34.005; RvA 31 mei 2010, No. 30.753 en RvA 21 januari 2010, No. 30.234.

Zie ook voor een overzichtsartikel over deze materie: P. Vermeij, Beëindiging van de overeenkomst van aanneming van werk: opzegging, beëindiging in onvoltooide staat en ontbinding, *TBR* 2010/212.

⁴ RvA 14 september 2009, No. 28.885, r.nr. 19, *BR* 2010/211, m.nt. F. van Westrheden.

⁵ Zie annotatie van M.R Lim bij RvA 22 oktober 2015, *BR* 2016/14; annotatie van J.M. Henriques bij RvA 22 juli 2015, *BR* 2015/116 en annotatie van F. van Westrheden bij RvA 14 september 2009, nr. 28.885, *BR* 2010/11..

⁶ RvA 22 juli 2015, nr. 71.968, *BR* 2015/116, m.nt. J.M. Henriques; RvA 4 januari 2010, nr. 71.396; Vzr. Rb. Dordrecht 8 januari 2009, ECLI:NL:RBDOR:2009:BG9499.

afgerond.⁷ Bij de ontbinding hoeft echter uitsluitend de waarde van het gerealiseerde werk te worden vergoed (art. 6:272, lid 1 BW), terwijl bij de opzegging/beëindiging in onvoltooide staat de volledige aanneemsom, verminderd met de besparingen en vermeerderd met de kosten vanwege de beëindiging moet worden betaald. De waarde van het werk zal bij de ontbinding naar mening van de opdrachtgever waarschijnlijk lager zijn dan betaling van de aanneemsom naar de stand van het werk, omdat de aannemer bij ontbinding naar mening van de opdrachtgever tekort is geschoten en het werk niet voldoet aan de overeenkomst.

32. Gezien de afrekening van het werk en de mogelijke interpretaties van de opdrachtgever over de te betalen bedragen, ligt het niet voor de hand dat de wil van de opdrachtgever zich eveneens uitstrekt over een beëindiging in onvoltooide staat als de ontbinding onterecht zou zijn. Opdrachtgevers moeten zich daarvan bewust zijn en dat standpunt ook innemen in een juridische procedure over de ontbinding. Jurisprudentie van de Raad van Arbitrage laat overigens zien dat een dergelijk standpunt zeker niet kansloos is.⁸

Conclusies

34. Het hier geannoteerde vonnis onderstreept het belang dat aan een ontbinding een tekortkoming ten grondslag ligt die een grondslag in de overeenkomst heeft. Zonder bestekverplichting kan er in ieder geval geen sprake zijn van een tekortkoming en is de ontbinding onterecht (art. 6:265, lid 1 BW). Een zorgvuldige bestudering van de wederzijdse bestekverplichtingen en de van toepassing verklaarde standaardvoorwaarden is noodzakelijk alvorens tot ontbinding wordt overgegaan.

35. Hoewel de opdrachtgever in de onderhavige procedure niet betwistte dat een onterechte ontbinding werd omgezet in een beëindiging in onvoltooide staat, doen opdrachtgevers er goed aan te beseffen dat een aannemer uit alle omstandigheden van het geval, en met name uit schriftelijke verklaringen en feitelijke gedragingen mag afleiden dat de wil van de opdrachtgever tot ontbinding van de overeenkomst zich eveneens kan uitstreken tot de beëindiging van het werk in onvoltooide staat als de ontbinding onterecht is. In een procedure betreffende de ontbinding van een aannemingsovereenkomst, heeft een opdrachtgever er dus belang bij naast het primaire standpunt dat de ontbinding terecht is, subsidiair aan te voeren dat een onterechte ontbinding niet (automatisch) betekent dat het werk in onvoltooide staat is beëindigd. Alle (feitelijke) omstandigheden van het geval moeten daarvoor wel voldoende aanknopingspunten bieden.

J.H.J. Bax

⁷ RvA 7 april 2004, nr. 24.311, r.nr. 22.

⁸ RvA 22 juli 2015, nr. 71.968, BR 2015/116, m.nt. J.M. Henriques.