

in dat geval mogelijk wel sprake van een verrassingsbeslissing geweest.⁸ Het risico van een verrassingsbeslissing had voorkomen kunnen worden door de partijen alsnog in de gelegenheid te stellen zich over de toepasselijkheid en de rechtsgevolgen van paragraaf 42 UAV 1989 uit te laten.

De interpretatie van het voorbehoud met betrekking tot artikel 3 van de overeenkomst van onderaanneming (aanhef, vraag b)

Beide scheidsgerichten interpreteren het voorbehoud dat B maakte bij de aanvaarding van A's aanbod tot sluiting van de overeenkomst van onderaanneming. Het scheidsgerecht in eerste instantie lijkt het voorbehoud (in combinatie met A's stilzwijgen nadat het hem bereikt heeft) letterlijk te interpreteren. Zonder dat uitdrukkelijk vast te stellen lijkt het scheidsgerecht in eerste instantie B gelijk te geven waar hij stelt dat hij met zijn voorbehoud alle bepalingen van het contract tussen A en diens opdrachtgever waarnaar artikel 3 verwijst buiten spel heeft willen zetten. Het scheidsgerecht in eerste instantie beoordeelt dan ook A's vordering alleen op basis van paragraaf 42 van UAV 1989. Het scheidsgerecht in hoger beroep heeft B's voorbehoud geïnterpreteerd met inachtneming van diens in dat voorbehoud neergelegde intentie (artikel 3:33 BW): B wenste te voorkomen dat de overeenkomst van onderaanneming mede zou worden beheerst door stukken die hem onbekend waren. Bij die intentie past niet dat B zich op het

standpunt stelt dat ook de stukken waarnaar artikel 3 verwijst die hem wel bekend waren (waaronder de algemene bepalingen van het bestek), niettemin ingevolge het voorbehoud niet op de overeenkomst van toepassing waren (Vonnis-2, punten 29-32). De interpretatie van de kortingsregeling dat de door B aan A te verlenen korting gebaseerd moet worden op de tussen A en diens opdrachtgever overeengekomen aanneemsom vindt in de ogen van het scheidsgerecht in hoger beroep geen genade. Zonder verdere plichtplegingen stelt het scheidsgerecht in hoger beroep vast dat de aanneemsom waarvan moet worden uitgegaan de tussen A en B bedongen aanneemsom is en niet die tussen A en diens opdrachtgever. Dat is in ieder geval in overeenstemming met de redelijkheid en de billijkheid, en het volgt ongetwijfeld ook uit hetgeen de partijen over en weer in redelijkheid van elkaar mochten verwachten.

Slot

Er is weinig nieuws onder de zon. De bewijslast voor de stelling dat een verweer *gedekt* is althans dat daarvan afstand is gedaan is hoog en aan die bewijslast is in casu bij lange na niet door A voldaan. Verklaringen van partijen worden geïnterpreteerd in overeenstemming met de intentie van de partij die de verklaring aflegt. Die intentie viel in casu uit B's verklaring af te leiden.

J.W. Bitter

TBR 2012/192

Rechtbank Groningen, 30 november 2011, zaaknr. 111629 / HA ZA 09-674, LJN: BU8749 (Opzeggen of ontbinden)

Mr. J.E. Wichers

BW: art. 6:265, art. 6:277 en art. 7:764

Samenloop van toerekenbare tekortkoming en opzegging. De opzegging van de overeenkomst wijzigt niet een al ontstaan recht op schadevergoeding uit wanprestatie:

Met gastnoot F.M. van Cassel - van Zeeland¹, Red.

2. De feiten

2.1. Op 18 juni 2008 is tussen System Lan en de National Technical University of Athens (hierna:

NTUA) een overeenkomst gesloten voor de levering van een zogeheten Driedimensionaal Retro-projectiesysteem. De overeenkomst is ondertekend door P, plaatsvervangend rector magnificus van de universiteit en G, C.E.O. van System Lan. In de overeenkomst is opgenomen dat System Lan zich verplicht het projectiesysteem binnen 3 maanden na ondertekening van de overeenkomst te leveren aan de NTUA. Op de overeenkomst is na de handtekeningen een stempel afgedrukt met datum 15 juli 2008, gevolgd door ondertekening van K, medewerker van de NTUA.

2.2. Voor de uitvoering van voornoemde overeenkomst heeft System Lan met Glimm Screens op 22 juli 2008 een overeenkomst van aanneming van werk gesloten. Glimm Screens, waarvan B algemeen directeur is, heeft de verplichting op

⁸ Waardoor het arbitrale vonnis mogelijk wegens strijd met de openbare orde (blijkend uit veronachtzaming van het beginsel van hoor en wederhoor) voor vernietiging in aanmerking zou kunnen komen (artikel 1065 lid sub (c) Rv).

¹ Frank van Cassel - van Zeeland is verbonden aan de TU Delft als buitenpromovendus.

zich genomen een aantal screens te produceren voor projectiedoelinden tegen betaling van EUR 27.000,00. De screens dienden door Glimm Screens te worden vervaardigd en te worden geïnstalleerd in Griekenland bij de NTUA. In een e-mail van 22 juli 2008 van G aan Glimm Screens staat onder meer geschreven:

'We are in the pleasant position to confirm our order for the purchase and installation of a set of back screen solution as discussed and finally agreed today. (...) The status is as follows. The final screensizes are 225 cm x 300 cm (...) Our plan is as follows:
 -We will send you with KLM two boxes with Projectiondesign evo2sx and one box with Cyviz Viz3D stereo frame setup, 3 boxes in total, either on Friday 25/7 or Monday 28/7 (...)
 -Construction 1 August-10 September
 -Shipment 10-15 September
 -The installation period will be within the week 15-19 September.'

In een door Glimm Screens aan System Lan toegezonden 'timetable' staat als 'deadline' vermeld voor 'shipping/installation in Greece: 25/29-8-2008'.

2.3. Glimm Screens heeft een factuur aan System Lan gestuurd ter zake van de te vervaardigen screens. Deze factuur is gedateerd 25 juni 2008 en bedraagt EUR 27.000,00. Op de factuur staat geschreven:

'Payment 70% in advance/ 30% after delivery
 Delivery 5-6 weeks after payment'

System Lan heeft op 27 juli 2008 aan Glimm Screens een bedrag van EUR 18.900,00 betaald, zijnde 70 % van het totaal overeengekomen bedrag.

2.4. System Lan heeft, zoals aangekondigd in de e-mail van 22 juli 2008, een tweetal projectoren aan Glimm Screens ter beschikking gesteld voor configuratiedoelinden. Deze projectoren waren eigendom van de NTUA en stonden, blijkens de e-mailwisseling van 28, 30 en 31 juli 2008 tussen Glimm Screens en System Lan vanaf 31 juli althans 1 augustus 2008 ter beschikking aan Glimm Screens.

2.5. Glimm Screens is niet tot levering en installatie van de screens overgegaan in augustus dan wel september 2008. Bij brief van 7 oktober 2008 heeft de raadsman van System Lan Glimm Screens in gebreke en aansprakelijk gesteld. System Lan heeft in de brief Glimm Screens de gelegenheid gegeven haar verplichtingen alsnog na te komen voor 13 oktober 2008. In de brief staat onder meer geschreven:

'Glimm has also failed to meet the planning as agreed upon. The deadline according to the plan-

ning for installation in Greece was 25 till 29 September 2008. Please note that the agreement legally qualifies as an agreement of "aanneming van werk" as set out in article 7:750 Dutch Civil Code. My client has the unconditional right by law (article 7:764 Dutch Civil Code) to terminate the agreement immediately. My client is considering to terminate the agreement ex article 7:764 Dutch Civil Code if Glimm fails to deliver the purchased devices before Monday 13 th October 2008. My client has notified Glimm - expressly- before entering into the agreement with Glimm that System Lan can be held liable by NTUA if System Lan does not deliver the devices to NTUA within the deadlines as set out in the agreement. My client holds Glimm therefore liable for all past and future damages incurred by Glimm's failure to deliver the devices according to planning. (...) I request and - if necessary- summon Glimm to confirm to me in writing before Friday October 10th 12.00 hours that Glimm will meet her obligations under the agreement with my client in full and will deliver and install the purchased devices before 15th October 2008 in Athens at a designated location by my client and that Glimm will - on her own cost - ship to my client the set of projectors CYVIZ of the NTUA back before 15th October 2008.'

2.6. Glimm Screens is ook na de brief van 7 oktober 2008 met de daarin opgenomen termijn van 15 oktober 2008 niet tot levering en installatie van de screens dan wel enig andere zaak overgegaan. De raadsman van System Lan heeft op 5 november 2008 namens System Lan de overeenkomst opgezegd. Glimm Screens heeft de projectoren op 14 januari 2009 geretourneerd.

2.7. System Lan heeft vervolgens een derde partij, te weten Next A.E. en Telmako A.E., opdracht gegeven de screens te produceren voor EUR 38.187,10. De screens zijn door deze partijen vervaardigd en geïnstalleerd.

2.8. Bij e-mail van 22 juni 2010 heeft D namens het bedrijf Audipack B.V. verklaard:

'Bij deze verklaar ik D, sales representative, dat Glimm Screens naar aanleiding van een offerte van Audipack B.V. in 2008, voor een projectiescherm met opstelling, nooit een aankoop bij ons (Audipack B.V.) heeft gedaan. Zie offerte in attachment. De eerste order van Glimm bij Audipack B.V. was in 2003 en de tweede in 2009. Deze laatste, geleverd op 17-11-2009, betreft alleen een kleine glasspiegel en heeft niets met de eerder gemaakte offerte te maken.'

2.9. Bij e-mail van 31 augustus 2010 heeft N namens Heuvelman Sound & Vision het volgende verklaard:

‘Heuvelman heeft destijds de test met projectoren niet goed kunnen doen wegens het feit dat de content niet aanwezig was, de projectoren niet goed getest konden worden omdat deze niet functioneerden en ook omdat de projectoren tijdig weer naar een ander adres verzonden moesten worden o.a. (System Lan). Door dit laatste feit was er ook geen tijd meer om verder te testen. Indien de overige punten waren verholpen hadden we de verdere testen kunnen volbrengen.’

3. De vordering (...)

4. Het geschil en de beoordeling

Standpunt System Lan in hoofdlijnen

4.1. System Lan heeft gesteld dat Glimm Screens in gebreke is gebleven het werk tijdig - uiterlijk 29 augustus althans 29 september 2008 - op te leveren in Griekenland.

Het verzuim van Glimm Screens is ingetreden door het verstrijken van de fatale termijn.

Bij schrijven van 7 oktober 2008 is Glimm Screens in de gelegenheid gesteld alsnog het werk op te leveren voor 15 oktober 2008. Daartoe is zij evenwel niet overgegaan.

Glimm Screens is toerekenbaar tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen, is in verzuim en is aansprakelijk voor de daardoor ontstane schade.

Glimm Screens heeft verzuimd System Lan te informeren over de voortgang van het werk, waar herhaaldelijk om is verzocht. Glimm Screens heeft, voor zover de door System Lan geleverde projector niet functioneerde, niet aan de op haar rustende waarschuwingsplicht van artikel 7:754 BW voldaan. System Lan moest zo snel mogelijk opleveren aan de NTUA. Zij moest weten of zij een derde de opdracht moest verstrekken het geheel te fabriceren dan wel hetgeen door Glimm Screens reeds tot stand was gebracht, af te maken. System Lan heeft, teneinde afgifte te kunnen vorderen van het door System Lan reeds gepresteerde werk, op 5 november 2008 de overeenkomst opgezegd. Glimm Screens heeft enkel de door System Lan ter beschikking gestelde projectoren geretourneerd, maar geen screens of in aanbouw zijnde screens.

Geconcludeerd moet worden dat Glimm Screens geen aanvang heeft genomen met het werk. System Lan zag zich genoodzaakt, teneinde haar verplichtingen jegens de NTUA te kunnen nakomen, de screens door een derde, te weten Next A.E. en Telmako A.E., te laten vervaardigen. In plaats van EUR 27.000,00 diende System Lan daarvoor EUR 38.187,10 te betalen, hetgeen nader is onderbouwd door overlegging van de facturen. De door System Lan gederfde winst bedraagt EUR 11.187,10 die zij krachtens artikel 6:74 jo. 6:96 lid 1 BW als schade vergoed wil zien. Voorts heeft zij EUR 18.900,00 gevorderd als schade, zijnde hetgeen zij aan Glimm

Screens heeft betaald. Ten slotte heeft zij de werkelijke kosten van rechtsbijstand gevorderd, alsmede de kosten van de beslagen en de kosten van de procedure.

Standpunt Glimm Screens in hoofdlijnen

4.2. Glimm Screens heeft zich verweerd door te stellen dat tussen partijen niet in geschil is dat een overeenkomst van aanneming van werk is gesloten. Aanvankelijk heeft Glimm Screens gesteld dat zij door ontbinding van de overeenkomst schade heeft geleden. Ter comparitie en nadien heeft zij dit verweer verlaten. Zij heeft vervolgens gesteld dat krachtens artikel 7:764 lid 1 BW System Lan bevoegd was de overeenkomst op te zeggen, hetgeen zij bij brief van 5 november 2008 heeft gedaan.

Uit artikel 7:764 lid 2 BW vloeit voort dat System Lan de voor het gehele werk geldende prijs moet betalen, verminderd met de besparingen die voor Glimm Screens uit de opzegging voortvloeien.

System Lan dient derhalve nog (EUR 27.000,00 - EUR 18.900,00=) EUR 8.100,00 te betalen, nu van besparingen geen sprake is.

System Lan heeft geen recht op schadevergoeding. Primair is dat het geval omdat er geen wettelijke grondslag is op basis waarvan schadevergoeding kan worden gevorderd na opzegging van een overeenkomst. Subsidiair is dat het geval omdat sprake is van schuldeisersverzuim aan de zijde van System Lan dan wel omdat het tekortschieten van Glimm Screens haar niet kan worden toegerekend op basis van artikel 6:74 lid 1 BW.

Er is sprake van schuldeisersverzuim dan wel van een tekortschieten dat niet aan Glimm Screens kan worden toegerekend omdat System Lan ondeugdelijke projectoren heeft geleverd. Glimm Screens heeft Heuvelman Sound & Vision ingeschakeld die de projectoren ook niet aan de praat kreeg. Heuvelman Sound & Vision heeft EUR 1.666,00 bij Glimm Screens in rekening gebracht. System Lan is gehouden deze kosten te vergoeden nu zij ondeugdelijke projectoren heeft geleverd.

System Lan dient naast de eerder genoemde bedragen van EUR 8.100,00 en EUR 1.666,00 ook nog EUR 191,00 te vergoeden. Dit laatste bedrag zijn de kosten die Glimm Screens heeft gemaakt voor het opsturen van de projectoren terwijl de afspraak was dat System Lan de projectoren zou komen ophalen. System Lan dient derhalve nog EUR 9.957,00 te vergoeden. Indien de rechtbank van oordeel is dat System Lan een vordering heeft op Glimm Screens, doet Glimm Screens een beroep op verrekening van voornoemd bedrag. Glimm Screens heeft voorts de buitengerechtigde kosten betwist alsmede de gevorderde handelsrente.

De rechtbank

Aanneming van werk

4.3. De rechtbank stelt voorop dat tussen partijen

niet in geschil is dat de overeenkomst tussen partij- en als aanneming van werk dient te worden gekwalificeerd. De rechtbank zal van deze kwalificatie en de daarbij behorende wettelijke regeling uitgaan.

Opzegging en de verplichting tot afrekenen

4.4. De rechtbank overweegt dat krachtens artikel 7:764 lid 1 BW System Lan te allen tijde bevoegd was de overeenkomst op te zeggen, hetgeen zij, zoals zij heeft gesteld en door Glimm Screens is erkend, bij brief van 5 november 2008 - die overigens niet in geding is gebracht - heeft gedaan. Opzegging door System Lan laat haar verplichtingen uit de overeenkomst, anders dan bij ontbinding, onverlet. Dit betekent dat System Lan is gehouden de gehele aanneemsom van EUR 27.000,00 te betalen. Zij had daarvan EUR 18.900,00 betaald, zodat in beginsel EUR 8.100,00 resteert. Krachtens artikel 7:764 lid 2 BW mogen de besparingen die voor Glimm Screens uit de opzegging voortvloeien daarop in mindering worden gebracht. De stelplicht en bewijslast ten aanzien van de besparingen rusten op System Lan. Wel heeft Glimm Screens een belangrijke mededelingsplicht in die zin dat zij voldoende onderbouwd System Lan in staat moet stellen voornoemd bewijs te leveren.

De afrekenmethode van artikel 7:764 BW houdt in dat de aannemer in beginsel aanspraak behoudt op de volledige winst over het gehele werk, ook over het niet uitgevoerde deel ervan.

4.5. System Lan heeft ter zake van de verplichting tot afrekenen gesteld dat er niets is gepresteerd. Glimm Screens heeft op geen enkele wijze inzichtelijk gemaakt wat zij reeds heeft gepresteerd voor datum opzegging. Glimm Screens heeft gesteld dat zij kosten heeft gemaakt en winst heeft gederfd. De kosten heeft zij onderbouwd door overlegging van een offerte van Audipack ten bedrage van EUR 14.022,00. Audipack heeft evenwel verklaard dat Glimm Screens nooit enige aankoop heeft gedaan. Glimm Screens heeft haar stelling dat zij de screens heeft geproduceerd ook verder nooit op enige wijze gesubstantieerd, alhoewel ze daarvoor ruimschoots in de gelegenheid is geweest. System Lan heeft geen screens ontvangen. Het moet ervoor worden gehouden dat de besparingen 100% zijn geweest.

4.6. Glimm Screens heeft zich verweerd door te stellen dat zij, voordat zij de twee projectoren heeft ontvangen, de screens heeft vervaardigd. Zij heeft kosten gemaakt in verband met de uitvoering van de opdracht en heeft specifiek voor deze opdracht producten ingekocht die lastig voor andere opdrachten te gebruiken zijn. De gederfde winst moet nog exact worden begroot maar bedraagt in ieder geval EUR 12.000,00. Glimm Screens heeft een offerte van Audipack in het geding gebracht ten bedrage van EUR 14.022,00.

Ter comparitie heeft de raadsman van Glimm Screens verklaard dat hieruit blijkt dat Glimm Screens goederen heeft ingekocht voor de overeenkomst met System Lan. Bij conclusie van dupliek is Glimm Screens hierop teruggekomen en heeft zij gesteld dat zij enkel een offerte bij Audipack heeft opgevraagd om de kosten te kunnen vergelijken met de kosten die zij zelf zou maken indien Glimm Screens zelf de onderdelen zou vervaardigen. Nu de laatste kosten lager uitvielen dan de offerte van Audipack heeft zij vervolgens zelf de screens gefabriceerd en geen gebruik gemaakt van de offerte. Glimm Screens heeft de projectoren en de te testen screens naar Heuvelman Sound & Vision gebracht en haar verzocht te bezien of zij de niet-functionerende projector aan de praat kreeg. Bij conclusie van repliek alinea 10 heeft System Lan erkend dat er geen besparingen zijn, zij is dus nog EUR 8.100,00 schuldig.

4.7. De rechtbank overweegt als volgt. Dat System Lan bij conclusie van repliek zou hebben erkend dat er geen besparingen zijn en dat zij dus heeft erkend nog gehouden te zijn tot betaling van EUR 8.100,00, kan de rechtbank niet opmaken uit de voornoemde conclusie of de passage waar naar verwezen wordt. System Lan heeft gemotiveerd gesteld dat er niets is vervaardigd en dat derhalve door Glimm Screens 100% is bespaard. Glimm Screens heeft deze stelling betwist. Aanvankelijk heeft zij ter onderbouwing aangevoerd dat zij goederen bij Audipack B.V. heeft ingekocht voor de overeenkomst met System Lan. Daarop is zij teruggekomen, na overlegging van de verklaring van D van Audipack. De rechtbank constateert dat Glimm Screens met haar stelling dat zij bij Audipack goederen heeft ingekocht voor de productie van de screens, in strijd heeft gehandeld met artikel 21 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering om de van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te leveren. Nu zij, nadat System Lan de verklaring van Audipack in het geding heeft ingebracht, op haar stelling is teruggekomen, volstaat haar verweer in essentie met een blote ontkenning van de stelling van System Lan dat er niets is geproduceerd. Weliswaar heeft Glimm Screens opgemerkt dat zij de te testen screens tezamen met de projectoren aan Heuvelman Sound & Vision ter beschikking heeft gesteld, maar uit het e-mail bericht van 31 augustus 2008 van voornoemd bedrijf is dat niet af te leiden.

Het had naar het oordeel van de rechtbank op de weg van Glimm Screens gelegen nader te onderbouwen dat zij de screens heeft vervaardigd vòòr het moment van opzegging, door bijvoorbeeld overlegging van verklaringen van (deskundige) derden, facturen van ingekochte voor de vervaardiging noodzakelijke materialen of bijvoorbeeld foto's. Nu dit evenwel niet is gebeurd, heeft zij haar verweer

onvoldoende onderbouwd en kan worden uitgegaan van de juistheid van de stelling van System Lan dat de screens niet zijn vervaardigd.

De rechtbank constateert verder dat Glimm Screens geen inzicht heeft gegeven in hetgeen zij voor de opzegging aan werkzaamheden heeft verricht. Zij heeft geen enkele specificatie en onderbouwing gegeven van kosten die zij heeft gemaakt of van kosten die zij zich ondanks de opzegging (niet) heeft bespaard, alhoewel zij daartoe ruimschoots in de gelegenheid is geweest. Daarmee heeft zij niet voldaan aan haar mededelingsplicht die voortvloeit uit artikel 7:764 lid 2 BW. Nu er in rechte van uit wordt gegaan dat de screens niet zijn vervaardigd, zijn de bespaarde kosten in beginsel 100%. De rechtbank merkt daarbij op dat Glimm Screens, ondanks het feit dat ze niet heeft gepresteerd, bij opzegging haar aanspraak op de volledige winst behoudt. Zij heeft zonder nadere onderbouwing in het kader van haar aanvankelijke verweer dat zij schade heeft geleden als gevolg van de ontbinding gesteld dat die winst tenminste EUR 12.000,00 bedraagt, maar dat een nadere begroting nog dient plaats te vinden. Een nadere onderbouwing en begroting zijn uitgebleven, evenmin zijn zij aangeboden. De rechtbank gaat dan ook aan deze stelling als onvoldoende onderbouwd voorbij, daargelaten dat hetgeen System Lan reeds als voorschot had betaald, te weten EUR 18.900,00, de gestelde EUR 12.000,00 ook overschrijdt.

Het voorgaande brengt met zich mee dat System Lan in ieder geval niet is gehouden tot betaling van EUR 8.100,00 aan Glimm Screens.

Schadevergoeding en opzegging

4.8.1. System Lan heeft schadevergoeding gevorderd op basis van wanprestatie en heeft gesteld dat de opzegging van de overeenkomst daaraan niet in de weg staat.

Glimm Screens heeft zich primair verweerd door te stellen dat System Lan geen recht heeft op schadevergoeding omdat daarvoor geen wettelijke grondslag is na opzegging van een overeenkomst.

4.8.2. De rechtbank is van oordeel dat een opzegging in de zin van artikel 7:764 BW de mogelijkheid onverlet laat om op grond van wanprestatie schadevergoeding te vorderen van de aannemer. Dit is in lijn met verschillende uitspraken geweest onder artikel 7A:1647 Burgerlijk Wetboek (oud). Artikel 7:764 BW heeft geen exclusieve werking in die zin dat het de algemene regeling van de wanprestatie en de gevolgen daarvan opzij zet. Dat, wanneer de drijfveer voor de beëindiging van de overeenkomst is gelegen in de wanprestatie van de aannemer, de opdrachtgever er verstandig aan doet op die grond ontbinding te vorderen met schadevergoeding in plaats van de overeenkomst op te zeggen, heeft te maken met de verplichting tot afrekenen van artikel 7:764 BW, maar doet geen afbreuk

aan het uitgangspunt dat vergoeding van schade wegens wanprestatie mogelijk blijft. Waarom in het onderhavige geval geen ruimte is voor vergoeding van de door System Lan gestelde schade, naast de verplichting tot afrekenen van artikel 7:764 BW, is niet door Glimm Screens gesteld, noch is dit gebleken. Glimm Screens heeft, zoals ten aanzien van de verplichting tot afrekenen reeds is overwogen in rechtsoverweging 4.7., geen inzicht gegeven in hetgeen zij aan werkzaamheden heeft verricht of specificaties gegeven van de kosten die zij heeft gemaakt dan wel van de kosten die zij zich ondanks de opzegging (niet) heeft bespaard, alhoewel dat wel op haar weg had gelegen. De rechtbank zal aan het primaire verweer van Glimm Screens dan ook voorbij gaan, nu zij ter zake niet aan haar stelplicht heeft voldaan.

Schadevergoeding op basis van wanprestatie

4.9. De rechtbank zal thans ingaan op het subsidiair gevoerde verweer en op de vraag of de vordering tot vergoeding van schade op basis van wanprestatie kan worden toegewezen. De rechtbank stelt voorop dat het bij de schadevergoedingsvordering moet gaan om een aanspraak uit hoofde van een toerekenbare tekortkoming waarbij sprake is van verzuim, ontstaan vóór de opzegging. De opzegging strekt er immers toe de overeenkomst in de toekomst te beëindigen, maar laat reeds ontstane aanspraken onverlet.

De opdrachtgever kan in beginsel vergoeding vorderen ter zake van schade welke het directe gevolg is van de wanprestatie met betrekking tot hetgeen voor de opzegging is gepresteerd (vgl. Hof 's Hertogenbosch 14 december 1979, BR 1980, p. 471).

Niet-nakoming en tekortkoming

4.10. De rechtbank overweegt dat partijen - kort gezegd - zijn overeengekomen dat Glimm Screens een aantal screens voor System Lan zou vervaardigen en zou installeren in Griekenland bij de NTUA. Glimm Screens was, zoals zij ter comparitie heeft verklaard, op de hoogte van het feit dat het werk voor een bepaalde datum klaar moest zijn. Uit de e-mail van System Lan van 22 juli 2008 waarin de order wordt bevestigd, blijkt dat het de bedoeling van System Lan was dat de screens zouden worden geïnstalleerd in de week van 15 tot en met 19 september 2008. Uit de door Glimm Screens aan System Lan toegezonden timetable blijkt dat Glimm Screens zelf is uitgegaan van een 'deadline' van 29 augustus 2008. Glimm Screens heeft ter comparitie verklaard dat de timetable een interne memo was voor de eigen werknemers. De timetable is evenwel aan System Lan toegezonden. De rechtbank maakt daaruit op dat de timetable onderdeel uitmaakt van de overeenkomst en dat Glimm Screens beoogde uiterlijk op 29 augustus 2008 te leveren. System Lan is in haar brief van 7

oktober 2008 aan Glimm Screens uitgegaan van 29 september 2008 als uiterste dag van installatie in Griekenland. Deze datum is in overeenstemming met de door Glimm Screens in haar factuur van 25 juni 2008 gegeven termijn van levering na betaling van 70% van de aanneemsom en met hetgeen B heeft verklaard ter comparitie. Hij heeft ter zitting verklaard dat hij in september 2008 om uitstel van de levering heeft gevraagd.

De rechtbank concludeert dat partijen in ieder geval zijn uitgegaan van een levering in september 2008 en kwalificeert dan ook 29 september 2008 als de overeengekomen dag waarop nog kon worden nagekomen door installatie van de screens bij de NTAU. Tussen partijen staat vast dat de screens niet door Glimm Screens zijn geleverd c.q. geïnstalleerd in Griekenland vóór, op dan wel na 29 september 2008. Daarmee is sprake van niet-nakoming van de overeenkomst en tevens van een tekortkoming omdat de prestatie achter is gebleven bij hetgeen de verbintenis vergde.

Schuldeisersverzuim

4.11.1. Glimm Screens heeft zich tegen de aanspraken van System Lan verweerd door te stellen dat System Lan in schuldeisersverzuim verkeert doordat één van de twee door System Lan aangeleverde projectoren niet functioneerde en dat derhalve geen deugdelijke tests konden worden uitgevoerd. Glimm Screens heeft voordat zij de projectoren ontving de screens gefabriceerd. De testen konden vervolgens niet deugdelijk worden uitgevoerd omdat één van de projectoren het niet deed. Glimm Screens heeft Heuvelman Sound & Vision ingeschakeld, maar ook zij kregen de projector niet aan de praat. Glimm Screens heeft bewijs aangeboden van de stelling dat de projector niet functioneerde. Het niet functioneren bracht vertraging van de levering van de screens met zich mee en is meerdere malen telefonisch en schriftelijk aan System Lan medegedeeld. In september en oktober 2008 hebben ook de raadsman van partijen veelvuldig contact gehad, zowel telefonisch, per fax en brief. Onjuist is dat Glimm Screens pas na de opzegging zich op het standpunt heeft gesteld dat de projector niet functioneerde. De raadsman van Glimm Screens heeft bij brief van 10 oktober 2008 aangegeven dat de door System Lan aangeleverde projector niet functioneerde en dat Glimm Screens ongeveer zes weken nodig had om een andere, soortgelijke doch functionerende projector te verkrijgen en de screens te testen.

System Lan heeft geweigerd akkoord te gaan met de uitstel. Glimm Screens heeft de directeur en het ondersteunend personeel van System Lan continu telefonisch van de problemen op de hoogte gebracht. Glimm Screens biedt bewijs aan van deze stelling.

4.11.2. System Lan heeft gesteld dat zij een tweetal

projectoren aan Glimm Screens ter beschikking heeft gesteld voor configuratiedoelinden, zodat Glimm Screens, indien zij dat nodig achtte, een voorschot zou kunnen nemen op de installatie van de screens bij de NTUA in Griekenland. Dit zou tijd besparen bij de installatie op de NTUA. System Lan heeft betwist dat de projectoren of één daarvan niet naar behoren functioneerden. De raadsman van System Lan heeft dit met medewerkers van System Lan na retourzending zelf geconstateerd. Dat een projector niet functioneerde blijkt nergens uit. Uit de verklaring van Heuvelman Sound & Vision is niet af te leiden welke gebreken aan de projector kleefden. System Lan heeft ter onderbouwing van de stelling dat de projectoren wel functioneerden, een verklaring van Next A.E. overgelegd. Bovendien is van belang dat de projectoren reeds op 31 juli 2008 zijn toegezonden aan Glimm Screens. Glimm Screens had zich moeten wenden tot System Lan. Zij had krachtens artikel 7:754 BW de plicht de opdrachtgever tijdig te waarschuwen. Dat heeft zij nagelaten.

4.11.3. De rechtbank is van oordeel dat schuldeisersverzuim onvoldoende is gebleken. Ook al zou één van de projectoren niet goed hebben gefunctioneerd bij aankomst - hetgeen de rechtbank hier verder in het midden zal laten - dan impliceert dat feit nog niet zonder nadere onderbouwing dat het niet op tijd installeren van de screens in Griekenland, te wijten is aan een van de kant van de schuldeiser opkomend beletsel. Onwil of onvermogen aan de zijde van System Lan tijdig deugdelijke projectoren te leveren is niet gesteld of gebleken. Tussen partijen staat vast dat de twee projectoren reeds op 31 juli 2008 aan Glimm Screens ter beschikking zijn gesteld. Glimm Screens had naar eigen zeggen de screens reeds geproduceerd voordat de projectoren waren gearriveerd. Zij moet derhalve voldoende tijd hebben gehad om de screens in combinatie met de projectoren te testen en, voor zover zij daarbij heeft ontdekt dat één projector het niet deed, System Lan daarvan tijdig op de hoogte te brengen, dat wil zeggen voor het verstrijken van de overeengekomen termijn voor installatie in Griekenland op 29 september 2008, zodat naar een oplossing had kunnen worden gezocht. Glimm Screens heeft gesteld dat haar raadsman bij brief van 10 oktober 2008 System Lan van de problemen op de hoogte heeft gebracht, maar die brief dateert van na de overeengekomen datum van levering. Glimm Screens is bij brief van 7 oktober 2008 weliswaar nog in de gelegenheid gesteld vóór 15 oktober 2008 te leveren, maar die mogelijkheid om alsnog te presteren, maakt de melding van de disfunctionerende projector in de brief van 10 oktober 2008 nog niet tot een tijdige, gezien de dan reeds verstreken tijd sinds 31 juli 2008 en de overeengekomen termijn van levering.

Dat telefonisch System Lan continue op de hoogte is gebracht van het niet functioneren van de projec-

tor is op geen enkele wijze gesubstantieerd, zodat de rechtbank aan het bewijsaanbod ter zake voorbij gaat. Ook het bewijsaanbod ter zake van het niet-functioneren van de projector wordt gepasseerd, omdat indien Glimm Screens zou slagen in dit bewijs, dat nog niet de conclusie rechtvaardigt dat sprake is van schuldeisersverzuim.

Door Glimm Screens is overigens ook onvoldoende gemotiveerd gesteld dat het testen van de door haar te produceren screens met de door System Lan geleverde projectoren in Nederland noodzakelijk was voor een tijdige installatie van de screens in Griekenland, hetgeen voor het intreden van schuldeisersverzuim op voornoemde grond wel noodzakelijk is.

Verder heeft Glimm Screens onvoldoende eenduidig gesteld dat het testen niet mogelijk was door de defecte projector. B heeft ter comparitie verklaard dat uit de test naar voren kwam dat het type projector dat werd gebruikt niet paste bij het systeem dat Glimm Screens doorgaans maakt en dat extra aanpassingen nodig waren die de vertraging in de oplevering veroorzaakten. Blijkens de bewoordingen van B waren testen dus wel degelijk mogelijk en werd vertraging in de oplevering niet (enkel) veroorzaakt door één defecte projector.

System Lan is niet gehouden tot betaling van de kosten die Glimm Screens aan Heuvelman Sound & Vision heeft betaald, nu van schuldeisersverzuim geen sprake is en ook overigens niet is gebleken op welke grond System Lan voor deze kosten aansprakelijk is.

Toerekenbare tekortkoming

4.12. Nu vast staat dat Glimm Screens de overeenkomst niet -(tijdig)- is nagekomen is sprake van een tekortkoming. De rechtbank acht deze tekortkoming ook toerekenbaar aan Glimm Screens.

Dat de oorzaak van het niet-nakomen is gelegen in het feit dat System Lan in gebreke bleef met het aanleveren van een deugdelijk functionerende projector - zoals door Glimm Screens is aangevoerd - is onvoldoende gemotiveerd en eenduidig gesteld en voorts niet gebleken. De rechtbank verwijst, nu aan dit bevrijdend verweer van Glimm Screens dezelfde feitelijkeheden ten grondslag zijn gelegd als aan haar beroep op schuldeisersverzuim, korthedshalve naar hetgeen over deze feitelijkeheden in rechtsoverweging 4.11.3. reeds is overwogen.

Verzuim

4.13. De rechtbank heeft in rechtsoverweging 4.10. overwogen dat partijen zijn overeengekomen dat levering van de screens uiterlijk op 29 september 2008 diende plaats te vinden bij de NTUA. Tussen partijen staat voorts vast dat de screens niet door Glimm Screens zijn geleverd c.q. geïnstalleerd in Griekenland vóór, op dan wel na 29 september 2008. Voor zover deze termijn als een fatale termijn

voor nakoming is te kwalificeren, is Glimm Screens door overschrijding van deze termijn krachtens artikel 6:83 sub a van rechtswege vanaf 30 september 2008 in verzuim. Dit verzuim is ingetreden voor de opzegging van de overeenkomst door System Lan bij brief van 5 november 2008.

Voor zover 29 september 2008 niet als een fatale termijn kan worden gekwalificeerd is Glimm Screens door de ingebrekestelling van 7 oktober 2008 waarin nog de mogelijkheid is gegeven vóór 15 oktober 2008 na te komen, door het verstrijken van die termijn in verzuim geraakt vanaf 15 oktober 2008. Ook in dat geval is het verzuim ingetreden voor de opzegging van de overeenkomst op 5 november 2008.

Schadevergoeding, hoofdsommen

4.14.1. Nu sprake is van een toerekenbare tekortkoming waarbij het verzuim is ingetreden vóór de opzegging, kan System Lan in beginsel aanspraak maken op vergoeding van haar schade die het directe gevolg is van de wanprestatie met betrekking tot hetgeen voor de opzegging is gepresteerd. System Lan heeft gevorderd EUR 18.900,00 aan reeds betaalde termijn alsmede EUR 11.187,10 aan gederfde winst nu zij de screens door een derde partij, tegen een hoger bedrag heeft moeten laten vervaardigen.

4.14.2. De rechtbank merkt met betrekking tot de gevorderde EUR 18.900,00 op dat het bedrag als schade voor vergoeding in aanmerking komt. Glimm Screens is immers niet overgegaan tot aflevering van enig werk. De besparingen zijn in rechte ook vastgesteld op 100 %. Glimm Screens heeft gesteld dat System Lan een verzoek tot aflevering niet heeft gedaan. Zij gaat daarmee in ieder geval voorbij aan de brief van System Lan van 7 oktober 2008 waarin om levering wordt verzocht. System Lan heeft EUR 18.900,00 betaald, zonder dat zij daarvoor iets heeft ontvangen. Dat is schade die een direct gevolg is van de wanprestatie met betrekking tot hetgeen voor de opzegging is gepresteerd en die voor vergoeding in aanmerking komt. System Lan heeft de wettelijke handelsrente over dit bedrag gevorderd vanaf 27 juli 2008. De wettelijke handelsrente over dit bedrag zal, nu het een verplichting tot betaling van schadevergoeding betreft, gelet op artikel 6:119a BW niet worden toegewezen. De rechtbank zal ambtshalve de wettelijke rente over dit bedrag toewijzen vanaf het moment waarop Glimm Screens in ieder geval in verzuim was, te weten 15 oktober 2008.

4.14.3. Het bedrag van EUR 11.187,10 zal eveneens worden toegewezen. System Lan heeft ter onderbouwing van deze schade facturen en verklaringen van Next A.E. en Telmako A.E. in geding gebracht. Glimm Screens heeft hiertegen geen verweer gevoerd. Nu naar het oordeel van de rechtbank sprake is van voldoende causaal verband zal de rechtbank

de vordering ter zake toewijzen. De wettelijke handelsrente over dit bedrag vanaf de vervaldatum van de door Next A.E. en Telmako A.E. verzonden facturen, zal niet worden toegewezen. Daarvoor zal de rechtbank ambtshalve de wettelijke rente over dit bedrag vanaf datum dagvaarding toewijzen.

Verrekening

4.15. Glimm Screens heeft een beroep gedaan op verrekening. De rechtbank is van oordeel dat voor wat betreft het bedrag van EUR 8.100,00 als zijnde het restant van de aanneemsom, Glimm Screens niet tot verrekening is bevoegd. Evenmin is dat het geval met betrekking tot de kosten van Heuvelman Sound & Vision ten bedrage van EUR 1.666,00. De rechtbank verwijst korthedshalve naar rechtsoverweging 4.7. en 4.11.3. Voorts heeft Glimm Screens een beroep gedaan op verrekening ten aanzien van EUR 191,00 aan verzendkosten voor de projectoren. Glimm Screens heeft gesteld dat System Lan bij brief van 5 november 2008 aan Glimm Screens heeft verzocht te bevestigen dat een derde de projectoren zou kunnen ophalen bij Glimm Screens. Glimm Screens heeft dat gedaan bij brief van 28 november 2008. Vervolgens zijn de projectoren niet afgehaald. Uiteindelijk heeft Glimm Screens de projectoren opgestuurd voor EUR 191,00. System Lan heeft het gestelde in de brief van 5 november 2008 erkend en verder geen verweer gevoerd. De rechtbank zal EUR 191,00 dan ook verrekenen met EUR 18.900,00 zodat (EUR 18.900,00 - EUR 191,00 =) EUR 18.709,00 resteert. (*Enz., enz., Red.*)

Noot

1. Het vonnis van de Rechtbank Groningen is interessant vanwege de samenloop van een toerekenbare tekortkoming én opzegging. Een toerekenbare tekortkoming (wanprestatie) die ontbinding zou rechtvaardigen, maar waarbij de schuldeiser er voor gekozen heeft om op te zeggen in plaats van te ontbinden.

2. De Griekse universiteit National Technical University of Athens (NTUA) sluit met System Lan een overeenkomst voor het plaatsen van een projectiesysteem. System Lan besteedt het vervaardigen van de benodigde screens uit aan het Nederlandse bedrijf Glimm Screens. Glimm Screens zal de screens ook installeren bij de universiteit. In de overeenkomst tussen System Lan en Glimm Screens is opgenomen dat de constructie van de screens in de periode 1 augustus tot en met 10 september 2008 zal geschieden in de eigen werkplaats van Glimm Screens. Aansluitend worden de screens vervoerd naar Griekenland en daar geïnstalleerd van 15 tot en met 19 september 2008. System Lan heeft tijdig de eerste termijn aan Glimm Screens betaald. Glimm Screens heeft niet

tijdig de screens gefabriceerd en derhalve ook niet tijdig geïnstalleerd.

3. Nadat Glimm Screens niet tot levering en installatie van de screens is overgegaan, heeft System Lan bij brief van 7 oktober 2008 Glimm Screens in gebreke en aansprakelijk gesteld. Aan Glimm Screens is daarbij een extra termijn van presteren gegund tot en met 15 oktober 2008, waarbij Glimm Screens wel uiterlijk op vrijdag 10 oktober moest laten weten aan de termijn van de 15e te zullen voldoen. Uit het vonnis van de rechtbank volgt niet of Glimm Screens voor vrijdag 10 oktober 2008 heeft laten weten dat zij aan de door Lan Systems gestelde termijn van 15 oktober zal voldoen. Wel is duidelijk dat Glimm Screens niet tot levering en installatie is overgegaan voor 15 oktober 2008. Vervolgens is op 5 november 2008 door System Lan de overeenkomst opgezegd. System Lan heeft aansluitend door een derde de screens laten vervaardigen en installeren voor € 38.187,10. De met Glimm Screens overeengekomen prijs was € 27.000,00, zodat System Lan € 11.187,10 duurder uit was. Daarnaast had System Lan de eerste termijn ad € 18.900,00 al betaald aan Glimm Screens. In rechte is System Lan deze twee bedragen (€ 11.187,10 en € 18.900,00) gaan verhalen op Glimm Screens. System Lan krijgt tegengeworpen dat ze de aannemingsovereenkomst heeft opgezegd. System Lan was weliswaar bevoegd om op te zeggen, maar dient nu de volle aanneemsom te voldoen minus de bespaarde kosten en heeft - aldus Glimm Screens - geen recht op terugbetaling van hetgeen reeds betaald is en ook geen recht op schadevergoeding. Glimm Screens stelt ook dat van bespaarde kosten geen sprake is, zodat haar nog de resterende € 8.100,00 toekomt.

4. De rechtbank volgt Glimm Screens deels in haar betoog. De rechtbank overweegt dat opzegging de verplichtingen van System Lan uit de overeenkomst onverlet laat, anders dan ontbinding. Zij dient het resterende deel van de aanneemsom te betalen aan Glimm Screens. De rechtbank vervolgt evenwel met de overweging dat op de volle aanneemsom die System Lan aan Glimm Screens dient te betalen, de besparingen die Glimm Screens heeft vanwege de opzegging, in mindering gebracht mogen worden.

5. De bewijslast van de omvang van de besparingen rust op System Lan, maar Glimm Screens heeft daarbij wel een belangrijke mededelingsplicht. System Lan stelt dat er niets is gepresteerd door Glimm Screens. Zo is er nooit een screen ontvangen door System Lan. Glimm Screens voert aan dat zij diverse activiteiten heeft ontplooid, maar de rechtbank acht Glimm Screens onvoldoende geslaagd in haar mededelingsplicht om

de kosten die zij gemaakt heeft te substantiëren. De rechtbank houdt het erop dat de besparingen bij Glimm Screens door de opzegging 100% zijn geweest. De vordering van Glimm Screens tot betaling van het restant (€ 8.100,00) van de aanneemsom wordt afgewezen.

6. Hiermee is de beoordeling van het geschil en de posities van partijen nog niet ten einde. Glimm Screens heeft niet tijdig screens bij de universiteit geïnstalleerd. Hierdoor is er sprake van een toerekenbare niet-nakoming van de overeenkomst. Ten aanzien van het moment van het in verzuim geraken van Glimm Screens hanteert de rechtbank een tweesporen beleid. Het eerste spoor is dat 29 september 2008 als fatale termijn wordt aange-merkt. Deze datum was opgenomen als deadline in het tijdschema dat Glimm Screens aan System Lan had toegezonden. Door het verstrijken van deze fatale termijn was Glimm Screens van rechtswege in verzuim geraakt. Het andere spoor dat de rechtbank volgt is dat zij ook de situatie onderzoekt dat Glimm Screens eerst ingebreke is gesteld en een nadere termijn is gegund. Waarom de rechtbank dit doet is niet duidelijk, met het verstrijken van de fatale termijn was Glimm Screens immers al van rechtswege in verzuim. Mogelijk dat de rechtbank voor de zorgvuldigheid, en daarbij de stellingen van partijen volgend, de situatie onderzoekt dat Glimm Screens eerst in gebreke is gesteld. Dit is gebeurd op 7 oktober 2008. Aan haar is toen door System Lan nog een uiterste datum van nakoming gegund tot 15 oktober 2008. De conclusie van de rechtbank is dat als 29 september 2008 niet als fatale termijn is op te vatten, Glimm Screens in ieder geval op 15 oktober 2008 in verzuim is komen te verkeren. Op zich maakt het niet uit op welke van deze twee data Glimm Screens in verzuim is komen te verkeren. Beide data zijn gelegen vóór de datum van opzegging van de overeenkomst door System Lan. Deze opzegging is pas op 5 november 2008 gebeurd, zodat Glimm Screens toen al in verzuim was. Nu het verzuim is ingetreden voor de

opzegging, kan System Lan in beginsel aanspraak maken op vergoeding van haar schade die het directe gevolg is van de toerekenbare tekortkoming. Hiertoe hoort het bedrag dat System Lan reeds aan Glimm Screens had betaald (€ 18.900,00) terwijl zij niets had ontvangen. Eveneens worden de extra kosten toegewezen die zij heeft moeten maken om de screens elders te kunnen betrekken. Dit is het bedrag van € 11.187,10. Uiteindelijk komt System Lan in gelijke positie² als dat Glimm Screens correct de overeenkomst was nagekomen. Partijen waren immers overeengekomen dat de screens voor het bedrag van € 27.000,00 geleverd en geïnstalleerd zouden worden. System Lan heeft weliswaar aan de derde nu € 38.187,10 moeten betalen, maar hetgeen boven de € 27.000,00 uitsteeg is gedragen door Glimm Screens.

7. De overeenkomst tussen System Lan en Glimm Screens is te kwalificeren als aanneming van werk. De criteria voor een overeenkomst van aanneming van werk zijn dat er sprake is van het buiten dienstbetrekking tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard en dit werk op te leveren, tegen betaling van geld.³ Daar voldoet de overeenkomst tussen System Lan en Glimm Screens aan. Bij een overeenkomst tot aanneming is de opdrachtgever te allen tijde bevoegd de overeenkomst geheel of gedeeltelijk op te zeggen.⁴ De opdrachtgever hoeft hierbij geen reden of grond aan te voeren. Evenmin is nodig dat de aannemer wanprestatie heeft gepleegd of dat er anderszins sprake is van verwijtbare of voor haar risico komende omstandigheden.⁵ Een andere mogelijkheid⁶ voor de opdrachtgever om de overeenkomst voortijdig te beëindigen is te ontbinden. Om als opdrachtgever een aannemingsovereenkomst te kunnen ontbinden moet er een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst zijn aan de zijde van de aannemer. De bevoegdheid tot ontbinding ontstaat direct als de nakoming onmogelijk⁷ is of, als nakoming nog mogelijk is eerst nadat de schuldenaar schriftelijk is aangemaand, waarbij hem een redelijke termijn

- 2 Op haar extra geleverde inspanning en een bedrag van € 191,00 na. Dit bedrag is toegewezen voor het retour zenden van de projectoren door Glimm Screens, terwijl System Lan (na de opzegging) had toegezegd dat zij de projectoren zou laten ophalen. Tevens zijn aan Glimm Screens door System Lan voor de uitvoering van de werkzaamheden twee projectoren en een audioinstallatie ter beschikking gesteld. In rechte wordt ook nog door Glimm Screens aangevoerd dat één van de twee projectoren kapot was. Deze twee kwesties laat ik verder buiten bespreking daar het niet de kern betreft van de samenloop van de opzegging en ontbinding.
- 3 art. 7:750-1 BW luidt als volgt: 'Aanneming van werk is de overeenkomst waarbij de ene partij, de aannemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt om buiten dienstbetrekking een werk van stoffelijke aard tot stand te brengen en op te leveren, tegen een door de opdrachtgever te betalen prijs in geld.'
- 4 Art. 7:764 BW.
- 5 A. Hammerstein & J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2003, p. 22.
- 6 Er is nog de generieke ontbindingsmogelijkheid van de anticipatieve ontbinding ex art. 6:80 BW. Voor aanneming van werk is er tevens nog de beëindigingmogelijkheid van een anticipatieve ontbinding door de rechter vanwege de verwachte niet tijdige oplevering of het niet kunnen voldoen aan de verplichtingen (art. 7:756 BW) alsmede de beëindigingmogelijkheid wegens overliden of duurzame arbeidsongeschiktheid van een van de beide partijen (art. 7:763 BW). Deze drie mogelijkheden laat ik hier verder rusten. Slechts aan de opzegging ex art. 7:764 BW en de algemene verbintenisrechtelijke ontbinding ex art. 6:265 BW wordt aandacht besteed.
- 7 Art. 6:265 BW.

voor de nakoming is gesteld en de nakoming binnen die termijn is uitgebleven⁸. De mogelijkheid tot ontbinden staat de opdrachtgever dus niet altijd ten dienste, terwijl de opdrachtgever wel altijd⁹ kan kiezen voor opzegging.

8. Het verschil in gevolg tussen ontbinding en opzegging is onder andere gelegen in de financiële afrekening. Bij de algemene verbintenisrechtelijke ontbinding door de opdrachtgever op grond van 6:265 BW dient de aannemer de schade te vergoeden die de opdrachtgever lijdt¹⁰. Bij opzegging van de aannemingsovereenkomst door de opdrachtgever is hij daarentegen gehouden de voor het gehele werk geldende prijs aan de aannemer te betalen verminderd met de besparingen die de aannemer heeft door de opzegging.¹¹

9. Het financiële verschil tussen ontbinding en opzegging kan groot zijn. Bij ontbinding worden de partijen bevrijd van de door de ontbinding getroffen verbintenissen. Voor zover deze verbintenissen reeds zijn nagekomen, blijft de rechtsgrond voor deze nakoming in stand, maar ontstaat voor partijen een verbintenis tot ongedaanmaking van de reeds door hen ontvangen prestaties. Daarnaast is de partij wier tekortkoming een grond voor ontbinding heeft opgeleverd, verplicht haar wederpartij de schade te vergoeden die deze lijdt, doordat geen wederzijdse nakoming doch ontbinding van de overeenkomst plaatsvindt.¹² Degene die ontbindt, wordt derhalve schadeloos gesteld. Dit is anders bij opzegging. Daar moet degene die opzegt juist

de gedeerde winst¹³ aan de andere partij betalen en mogelijk meer. De onderhavige uitspraak is een uitzondering op dit uitgangspunt. Uiteindelijk krijgt degene die opzegt, System Lan, haar schade vergoed en behoeft zij geen gedeerde winst of dekking van algemene kosten te betalen aan Glimm Screens. Dit wordt veroorzaakt door een bijzonder aspect dat in de onderhavige uitspraak naar voren komt. Dat aspect is dat de opzegging de bevoegdheid tot het vorderen van schadevergoeding uit wanprestatie onverlet laat.¹⁴ Als de wederpartij op voet van art. 6:74 BW schadeplichtig is geworden, brengt opzegging van de overeenkomst niet mee dat een al ontstaan recht op schadevergoeding vervalt¹⁵. De rechtbank heeft in haar uitspraak deze weg ook gevolgd. Er is wel opgezegd, maar voordat er is opgezegd, is Glimm Screens toerekenbaar tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen en is zij in verzuim komen te verkeren. Hierdoor dient zij de schade die System Lan lijdt te vergoeden.¹⁶ Het betreft hier enkel de schade die geleden wordt door het tekortschieten tot aan het moment van opzeggen. Na het moment van opzegging kan Glimm Screens immers niet meer tekortschieten in de nakoming van haar verbintenis omdat de verbintenis is beëindigd.

10. De schade die System Lan lijdt, wordt in twee delen door de rechtbank bepaald. Hetgeen System Lan reeds aan Glimm Screens heeft betaald, € 18.900,00, wordt als schade aangemerkt omdat Glimm Screens niet is overgegaan tot aflevering van enig werk. Daarnaast ontvangt System Lan

8 Art. 6:265 BW jo. art. 6:83 BW.

9 Van Dunné betoogt dat de wil om op te zeggen alleen relevant is indien zij zich met de goede trouw verdraagt, dat wil zeggen indien bij afweging van de belangen van partijen de aanbesteder zijn belang mag laten prevaleren, naar redelijkheid en billijkheid. Hij verwijst tevens naar een uitspraak van rechtbank Rotterdam van 25 juni 1931, NJ 1932/950, alwaar in deze zin is besloten. Zie J.M. van Dunné, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 1971 p. 48 en p. 51. Van den Berg acht de wettelijke regeling aanvaardbaar tegen de achtergrond van een tweetal factoren: enerzijds de omstandigheid dat in geval van 'incompatibiliteit d'humeur' het meestal ondoenlijk is om aan te geven waarom het tussen betrokkenen niet goed wil 'boteren' en aan wie dat nu in hoofdzaak ligt, anderzijds de omstandigheid dat de mogelijkheid tot opzegging bezwaarlijk kan worden gemist indien de samenwerking tussen opdrachtgever en aannemer niet vlot. Zie *Asser/Van den Berg 5-IIIC 2007* nr. 172. Indien deze argumenten van Van den Berg gevolgd worden, dient ook aan de aannemer de mogelijkheid van opzegging gegeven te worden, hetgeen mij niet onlogisch lijkt, mits de opdrachtgever schadeloos gesteld wordt.

10 Art. 6:277 BW.

11 Art. 7:764 BW. In de vaak gebruikte, maar in deze casus niet van toepassing zijnde, UAV '89 of UAV 2012 wordt in § 14-10 aan de aannemer daarboven nog vergoeding toegekend van de kosten die de aannemer als gevolg van niet-voltooiing heeft moeten maken. Op grond van art. 7:755 BW of via zaakwaarneming ex art. 6:198 juncto art. 6:200 lid 2 BW, heeft de aannemer ook op grond van het Burgerlijk Wetboek recht op deze vergoeding.

12 Indien de tekortkoming niet aan de schuldenaar kan worden toegerekend, is dit slechts zo binnen de grenzen van het in art. 6:78 BW bepaalde, zie art. 6:277 BW.

13 Van den Berg geeft aan dat de afrekenmethode van de wet inhoudt dat de aannemer aanspraak behoudt op de volledige winst over het gehele werk, dus ook over het niet uitgevoerde deel daarvan, zie *Asser/Van den Berg 5-IIIC 2007*, nr. 173. Door het niet kunnen inzetten van vrijkomende werknemers op andere werken, ingekocht materiaal dat niet elders te gebruiken is en een mogelijke dekking voor risico en algemene kosten, kan hetgeen de opdrachtgever moet betalen evenwel fors uitstijgen boven enkel de gedeerde winst.

14 zie T. Hartlief, *Ontbinding*, Deventer: Kluwer 1994, p. 180. In Hof Den Bosch 14 december 1979, BR 1980, p. 471, is de mogelijkheid tot het vorderen van schadevergoeding naast de opzegging gepreciseerd (en beperkt) tot het vorderen van schade die een direct gevolg is van wanprestatie met betrekking tot het werk dat door de aannemer vóór de opzegging werd verricht. *Asser/Van den Berg 5-IIIC 2007*, nr. 176. De rechtbank sluit in r.o. 4.9 bij dit arrest aan. Zie voor een overzicht van verdere jurisprudentie *Asser/Van den Berg 5-IIIC 2007*, nr. 176.

15 FB. Bakels, *Ontbinding van overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2011, p. 17.

16 Op grond van art. 6:74 BW.

€ 11.187,10. System Lan heeft als grond voor dit bedrag gederfde winst aangevoerd. Het bedrag is onderbouwd door facturen en verklaringen, waarbij er voldoende causaal verband aanwezig geacht wordt door de rechtbank. Verder is er geen verweer gevoerd door Glimm Screens, zodat het bedrag toegewezen wordt.

11. De geest van ontbinding van de overeenkomst waart door deze splitsing van bedragen heen. In termen van ontbinding is de € 18.900,00 de ongedaanmaakverbintenis en de € 11.187,10 de aanvullende schadevergoeding.

12. Waarschijnlijk komt de rechtbank tot deze manier van toewijzing door de wijze waarop System Lan haar vordering heeft ingericht. Evenwel moet niet uit het oog verloren worden dat System Lan niet ontbonden heeft. Zij heeft wel recht op vergoeding van haar schade, maar haar schade is erin gelegen dat ze aan een derde € 38.187,10 heeft moeten betalen om de vereiste screens te verwerven en te laten installeren. Nadat Glimm Screens aan System Lan dit volledige bedrag betaald zou hebben, had System Lan geen schade meer gehad en was het werk correct uitgevoerd geweest.

13. Door System Lan is bij aanvang van de overeenkomst aan Glimm Screens € 18.900,00 betaald. De rechtbank heeft deze betaling als schade ten gevolge van de wanprestatie aangemerkt, omdat System Lan hier niets voor heeft ontvangen. Deze schade komt - aldus de rechtbank - voor vergoeding in aanmerking en wordt toegewezen. Dat System Lan in ruil voor de betaling van € 18.900,00 niets heeft ontvangen is niet relevant. Partijen hebben een wederkerige overeenkomst afgesloten, waarbij zij ieder een verbintenis op zich genomen hebben. De verbintenis van System Lan is het betalen van € 27.000,00 en wel in twee delen (€ 18.900,00 en € 8.100). Dat System Lan, volgens de rechtbank, voor het voldoen aan haar verbintenis tot betaling van € 18.900,00 niets ontvangen heeft, doet niet ter zake. Zij heeft immers gewoon te voldoen aan de verbintenis die ze zelf op zich heeft genomen. Het voldoen aan deze verbintenis is dan ook niet te kwalificeren als schade, maar als nakoming. De schade die System Lan lijdt is niet gelegen in haar eigen betaling, maar in het uitblijven van de prestatie die Glimm Screens dient te verrichten. Het uitblijven van die prestatie levert de schade op. Die schade, door het uitblijven van de prestatie zijdens Glimm Screens dient vergoed te worden. Nadat Glimm Screens dit gedaan heeft, dus na vergoeding van de schade die System Lan heeft geleden, heeft Glimm Screens gepresteerd. Glimm Screens heeft niet feitelijk gepresteerd door levering en montage van de screens, maar zij heeft gepresteerd door het betalen aan System Lan van

de vervangende schadevergoeding. System Lan dient ook haar deel van de overeenkomst na te komen en te betalen conform de overeenkomst. System Lan is de volle aanneemsom van € 27.000,00 aan Glimm Screens verschuldigd geworden nadat Glimm Screens haar volledig schadeloos heeft gesteld. Uiteindelijk heeft System Lan aan de derde € 38.187,10 betaald, aan Glimm Screens heeft zij betaald € 27.000,00 én van Glimm Screens heeft System Lan weer € 38.187,10 ontvangen. Per saldo heeft System Lan voor de levering en installatie van de screens € 27.000,00 betaald, gelijk zij oorspronkelijk had afgesproken met Glimm Screens.

14. Maar hoe zit het dan met de opzegging van de overeenkomst die gevolgd is op de toerekenbare tekortkoming?

15. Uit het voorgaande volgt dat de opzegging niet echt relevant meer is. Ook zonder de opzegging was Glimm Screens immers gehouden om de schade van System Lan te vergoeden en was System Lan gehouden om de aanneemsom te betalen aan Glimm Screens. Het enige dat de opzegging nog bewerkstelligt is dat er een hard moment komt dat de overeenkomst beëindigd wordt. Daarnaast wordt - indien dat nog mogelijk geweest zou zijn - aan Glimm Screens de mogelijkheid ontnomen om haar verzuim te zuiveren.

16. De weg die de rechtbank heeft gevolgd is duidelijk geïnspireerd op de gebruikelijke route van de gerechtelijke of buitengerechtelijke ontbinding door de schuldeiser jegens wie gewanpresteerd wordt. Toegekend wordt immers een bedrag gebaseerd op hetgeen door System Lan is gepresteerd (€ 18.900,00) en een bedrag gebaseerd op de extra kosten die System Lan heeft moeten maken (€ 11.187,10). Per saldo heeft System Lan dan de screens geleverd en geïnstalleerd gekregen voor het bedrag dat zij met Glimm Screens overeengekomen was, namelijk € 27.000,00 en heeft Glimm Screens de extra kosten (€ 11.187,10) gedragen die opgekomen zijn door het inschakelen van de derde. Deze route kon evenwel niet gevolgd worden omdat geen van partijen de overeenkomst ontbonden heeft. Dat de rechtbank gemeend heeft deze route toch te moeten volgen maakt voor het uiteindelijke resultaat niet uit, maar is niet geheel correct.

17. Met hetzelfde resultaat, maar dan via de route van de opzegging, is het als volgt. Na de toerekenbare tekortkoming en het intreden van verzuim of de blijvende onmogelijkheid van de nakoming is de schuldenaar (Glimm Screens) schadeplichtig geworden tegen de schuldeiser (System Lan). De schade die System Lan lijdt, is € 38.187,10.

Dat bedrag moet Glimm Screens betalen. Daarnaast ontvangt Glimm Screens de overeengekomen aanneemsom van € 27.000,00. Per saldo draagt Glimm Screens dus de extra kosten van

€ 11.187,10 en heeft System Lan uiteindelijk € 27.000,00 betaald voor de beoogde screens.

F.M. van Cassel - van Zeeland

TBR 2012/193

Commissie van Geschillen van het Koninklijk Instituut van Ingenieurs (KIVI), 21 december 2011, No. 416-592 (Doorbreking aansprakelijkheidsbeperking)

Ir. W.M. Faas, ir. J.G. Hulsbergen en mr. J.C. Overbosch. Gemachtigde verzoekster, V B.V.: mr. B.J.H. Blaisse-Verkooyen. Gemachtigde verweerster, B B.V.: voorheen mr. E.J.A. Vilé, thans A.J.M. Tielemans

RVOI 1998: art. 16 en art. 18; Rv: art. 161

Ingestorte balkons. Doorbreking aansprakelijkheidsbeperking:

Met noot C.A. Adriaansens, Red.

Overwegende

Ten aanzien van de feiten

1. Verzoekster, hierna: V, heeft op 6 juni 2005 een procedure aanhangig gemaakt bij de Commissie van Geschillen van het Koninklijk Instituut Van Ingenieurs (KIVI) te 's-Gravenhage. V heeft middels indiening van een memorie van eis betaling gevorderd van een bedrag van € 39.654,11 inclusief BTW, te vermeerderen met rente en kosten. V heeft bij haar memorie van eis 20 producties overgelegd.

2. Verweerster, hierna: B, heeft bij memorie van antwoord in conventie, memorie van eis in reconventie d.d. 25 juli 2005 in conventie geconcludeerd tot afwijzing van de vorderingen van V en in reconventie betaling gevorderd van een bedrag van € 180.038,10, te vermeerderen met rente, met veroordeling van V in de proceskosten. B heeft bij deze memorie 6 producties overgelegd.

3. Bij memorie van repliek, tevens houdende wijziging van eis, in conventie en memorie van antwoord in reconventie d.d. 25 april 2006 heeft V haar eis gewijzigd en betaling gevorderd van € 2.109.072,03 exclusief BTW, te vermeerderen met rente ter zake ingestorte balkons, € 757.343,01 exclusief BTW te vermeerderen met rente, ter zake de parkeerkelder en € 1.983.407,88 exclusief BTW, te vermeerderen met rente, ter zake van de overige balkons en andere constructieve fouten en in reconventie geconcludeerd tot niet-ontvankelijkheid van

de vorderingen van B, althans afwijzing van haar vorderingen, één en ander met veroordeling van B in de proceskosten. Bij deze memorie heeft V 36 producties overgelegd.

4. Bij memorie van dupliek in conventie, tevens memorie van repliek in reconventie d.d. 26 september 2006 heeft B haar conclusies ten aanzien van de vorderingen in conventie en reconventie gehandhaafd, onder overlegging van 1 productie.

5. Vervolgens heeft de procedure op verzoek van partijen geruime tijd stilgelegen, onder andere in afwachting van de uitkomst van de strafzaak tegen B. De procedure is hervat middels een nadere memorie in conventie tevens houdende vermindering van eis en memorie van dupliek in reconventie d.d. 17 februari 2011 van V. Daarin heeft V haar eis in conventie gewijzigd, aldus dat zij heeft verzocht om veroordeling van B tot betaling van:

- € 791.504,33 ex btw en te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 20 mei 2003 ter zake van de parkeergarage;
- € 510.779,31 ex btw en te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 6 mei 2003 ter zake van de reconstructie van de balkons;
- € 2.074.274,88 ex btw en te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 6 mei 2003 ter zake van de overige balkons en andere constructieve aanpassingen;
- € 320.837,00 ex btw en te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 6 mei 2003 ter zake van Algemene Kosten Smeets Bouw;
- € 1.925.630,16 ex btw en te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 6 mei 2003 ter zake van overige kosten;
- € 239.301,83 ex btw en te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 6 mei 2003 ter zake van kosten die verband houden met de (voorbereiding van de) onderhavige procedure;

en in reconventie haar conclusie gehandhaafd, met veroordeling van B in de proceskosten, onder overlegging van 2 producties.

(...)