

Opzegging van de DBFMO-overeenkomst

Mr. ir. F.M. van Cassel-van Zeeland*

Onderwerp van dit artikel is de mogelijkheid van opzeggen¹ binnen de Rijksbrede Modelovereenkomst DBFMO Huisvesting 2012 van de Rijksgebouwendienst. Deze overeenkomst wordt hierna 'DBFMO' genoemd. De overeenkomst is te downloaden op <www.ppsbijhetrijk.nl/Publicaties>. Naast deze DBFMO-overeenkomst die door de Rijksgebouwendienst gebruikt wordt, is er ook een Rijksbrede Modelovereenkomst DBFM Infrastructuur 2012 van Rijkswaterstaat. De DBFM-overeenkomst van Rijkswaterstaat laat ik in dit artikel verder buiten beschouwing, daar deze overeenkomst op de door mij te bespreken punten niet relevant anders is dan de DBFMO Huisvesting 2012 van de Rijksgebouwendienst.

De financiële gevolgen van opzegging van de DBFMO-overeenkomst bespreek ik niet. De desbetreffende regeling is namelijk zeer gedetailleerd en vergt zodoende een omvangrijke bespreking, waarvoor de benodigde ruimte de omvang van dit artikel ver zou overschrijden.² Het artikel begint met een korte inleiding over DBFMO en de DBFMO-overeenkomst.

* Mr. ir. F. van Cassel-van Zeeland is advocaat bij Simmons&Simmons LLP.

1. Opzegging is de eenzijdige rechtshandeling waarmee een overeenkomst wordt beëindigd voor de toekomst, zonder dat die beëindiging gegrond is op een tekortkoming van de wederpartij.
2. Bijlage 4 van de DBFMO-overeenkomst regelt deze vergoeding. Bij opzegging door de opdrachtgever, voordat de opschortende voorwaarden die zijn opgenomen in de Financieringsovereenkomsten zijn vervuld of vervallen (de Financial Close), is een vast bedrag, dat is opgenomen in 2.1.b van bijlage 4, vermeerderd met de waarde van de verrichte werkzaamheden en verminderd met de verzekeringssuitkeringen ter dekking van de schade en verminderd met de reeds door opdrachtgever uitgekeerde ontwerpvergoeding verschuldigd door de opdrachtgever. Bij opzegging door de opdrachtgever na de Financial Close is de formule: $V = HS + KFO + AL + Aand + RV1 + CV + RV2 - AlTR - Verz + Bel$. Voor de omschrijving van de afkortingen, alsmede hoe de betreffende waarden te berekenen, verwijs ik naar de ruim twee pagina's in bijlage 4 (p. 42-45) van de DBFMO-overeenkomst.

Inleiding DBFMO

Het begrip DBFMO staat³ voor de Engelse termen Design, Build, Finance, Maintain en Operate. Onderwerp van de DBFMO-overeenkomst is dus het ontwerpen, bouwen, financieren, onderhouden en laten werken van een bouwwerk. Binnen het Rijk wordt DBFM(O) toegepast bij huisvestingsprojecten boven de € 25 miljoen, zoals kantoren, kazernes en gevangenissen. Ook wordt DBFM(O) toegepast bij infrastructuurprojecten boven de € 60 miljoen, zoals wegen, spoor en 'natte' infrastructuur zoals sluizen.⁴

Bij een DBFMO-overeenkomst is het de bedoeling dat de opdrachtnemer niet enkel bouwt, maar eerst ontwerpt en vervolgens ook een lange tijd het bouwwerk onderhoudt en misschien ook laat functioneren. Het idee hierachter is dat de totale kosten geminimaliseerd worden. Hogere bouwkosten kunnen ruimschoots gecompenseerd worden door lagere kosten in het dagelijkse gebruik. Een voorbeeld hiervan is het realiseren van verlichting op een werkplek. Dit kan bijvoorbeeld met een gloeilamp, spaarlamp, tl-buis, ledverlichting of daglicht. De aanschafprijs van een gloeilamp is verreweg het goedkoopst, maar mogelijk is over de volle duur van de overeenkomst het gebruik van een tl-buis wel goedkoper, of een combinatie van daglicht met ledverlichting. De eis die de opdrachtgever in de overeenkomst neerlegt, is dan ook niet het aanbrengen van een lamp, maar het aanbrengen en handhaven van een verlich-

3. Expertisecentrum Aanbesteden Rijksgebouwendienst, Geïntegreerde Contractvorming, een introductie, versie augustus 2009, p. 7. Dit document is te downloaden op <www.ppsbijhetrijk.nl/Publicaties> onder Naslagwerk onder de naam Introductie Geïntegreerde Contractvorming d.d. 5 januari 2010.
4. Voortgangsrapportage DBFM(O) 2012, p. 4. Dit document is te downloaden op <www.ppsbijhetrijk.nl/Publicaties> onder Voortgangsrapportage.

tingsniveau van een bepaald minimum (opgegeven in lux) op specifiek omschreven plaatsen.

Ook bij de realisatie van een snelweg kan met vooraf slim nadenken fors op kosten bespaard worden. Bijvoorbeeld door bij een kruising over een snelweg een aftakking naar de middenberm te maken. Hierdoor kan er onderhoud aan deze middenberm worden gepleegd zonder dat het asfalt van de snelweg zelf betreden hoeft te worden. Dit maakt het deels afzetten van de snelweg overbodig, en deze oplossing is zodoende tijdens de levensduur van de snelweg kostenbesparend en scheelt tevens overlast voor de gebruiker.

In plaats van een definitief ontwerp met een gedetailleerd bestek aan te leveren als opdrachtgever, stelt de opdrachtgever een (functioneel) programma van eisen op, waardoor marktpartijen worden gestimuleerd om met innovatieve oplossingen te komen.⁵

Door de verantwoordelijkheid voor een lange periode⁶ bij de ontwerpende bouwer neer te leggen zal deze trachten de financieel gunstigste keuzes te maken voor de volledige of nagenoeg volledige economische levensduur van het bouwwerk. Het idee is dat dit voordeel terecht komt bij de opdrachtgever. Door het werk aan te besteden zal bij de inschrijving in concurrentie een groot deel van de door de opdrachtnemer te verwachten winst weggegeven worden aan de opdrachtgever, opdat de inschrijver het werk niet zal mislopen aan een concurrent die mogelijk ook slimme ideeën heeft. Hierdoor verliest de opdrachtnemer wel een (groot) deel van zijn met de slimme ideeën te realiseren winst. Het voordeel voor de opdrachtnemer zit dan in de resterende winst⁷ die hij niet heeft ‘weggegeven’ aan de opdrachtgever.

Hierbij zij opgemerkt dat een termijn van dertig jaar erg lang is. Voor de inschrijvende opdrachtnemers is het lastig om voor een dergelijke lange periode de juiste kosten in te schatten. Het risico is dan uiteraard dat in tijden van een overschot aan werk de opdrachtnemers allemaal aan de hoge kant inschrijven, dus duur. Hierdoor betaalt de opdrachtgever over de volle looptijd (te) veel. In tijden van een tekort aan werk – zoals nu in de crisis – zullen de opdrachtnemers juist (zeer) scherp inschrijven en mogelijk zelfs verlies lijden. Dan kan een dergelijk contract, zeker door de lange duur, uiteindelijk als een molensteen om de nek komen te hangen van het

5. A.G. Bregman & R.W.J.J. de Win, *Publiek-private samenwerking bij de ruimtelijke inrichting en haar exploitatie*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2005, p. 323.
6. Een DBFMO-overeenkomst kan rustig een looptijd van dertig jaar hebben. Dit is bijvoorbeeld zo bij de DBFMO-overeenkomst ten aanzien van het nieuwe gebouw van de Hoge Raad (<www.rgd.nl/onderwerpen/de-gebouwen/hogeraad/>) en het nieuwe gerechtshof in Breda (<www.rgd.nl/onderwerpen/de-gebouwen/gerechtsgebouw-breda/>).
7. In dit kader is een opvallende bepaling § 20. Deze bepaling houdt in dat als blijkt dat de opdrachtnemer te veel winst heeft gemaakt, hij dit deels (of grotendeels) moet afstaan aan de opdrachtgever. Een spiegelbeeldige bepaling, die de opdrachtgever laat meedelen in het verlies, is niet aanwezig. De opdrachtgever verwerft zo wel de kans op een deel van de winst, maar zonder een risico op een deel van het verlies.

desbetreffende bedrijf. Dit zal de dienstverlening binnen de DBFMO-overeenkomst niet ten goede komen. Tevens wordt de vitaliteit van de economie op den duur aangetast, hetgeen voor de maatschappij als geheel ongewenst is.

Opzet DBFMO-overeenkomst

De DBFMO-overeenkomst van de Rijksgebouwendienst is gedateerd 19 maart 2012 en telt 24 artikelen. Het feit dat de overeenkomst slechts 24 artikelen telt, suggereert dat het een beknopt contract is. Deze suggestie is onjuist. Het is een omvangrijk contract. De artikelen zijn namelijk veelal onderverdeeld in subartikelen. Alleen artikel 1 kent geen subartikelen, hetgeen artikel 1 nog niet beknopt maakt. Artikel 1 behandelt de definities en verwijst voor de gehanteerde termen in de DBFMO-overeenkomst naar bijlage 1. Bijlage 1 telt weer 19 pagina's. De overeenkomst zelf telt 62 pagina's. Bij de overeenkomst behoren 19 bijlagen,⁸ die optellen tot 127 pagina's. Het model van de DBFMO-overeenkomst zoals deze is te downloaden, is projectonafhankelijk. Hiertoe zijn ook enkele⁹ bijlagen in de modelovereenkomst leeg gelaten om in te vullen met projectspecifieke regelingen. Bijlagen 6 en 7 kennen daarbij elk weer twee annexen.

Het model DBFMO-overeenkomst is te beschouwen als het administratieve deel van het betreffende project, zoals ook de UAV 2012 en de UAV-gc 2005 het generieke administratieve kader scheppen voor een bouwproject.

Gemengd contract

Om van aanneming van werk te kunnen spreken is ingevolge artikel 7:750 van het Burgerlijk Wetboek (BW) onder andere nodig dat een werk van stoffelijke aard tot stand wordt gebracht en opgeleverd. Een belangrijke deel van de DBFMO-overeenkomst ziet niet op het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard. Het zorgen dat er verlichting aanwezig is, de printers bijgevoerd zijn met papier en toner, de kantine afdoende voorzien is van eten en drinken: het heeft allemaal weinig te maken met het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard. Een DBFMO-overeenkomst valt daarom meestal voor een deel onder aanneming van werk, maar zeker ook voor een deel niet. Het contract valt deels

8. Het document *Bijlagen Modelovereenkomst DBFMO Huisvesting 2012* Rijksgebouwendienst telt 18 bijlagen. Daarnaast is er nog de bijlage *Contractbepalingen kredietcrisis DBFMO Huisvesting [2012]*. Deze documenten zijn eveneens te downloaden op <www.ppsbijhetrijck.nl/Publicaties> onder *Modelovereenkomst DBFM(O)*.
9. De bijlagen 9 en 12 tot en met 18 zijn leeg gelaten, maar wel voorzien van een titel, zodat duidelijk is dat deze bijlagen projectspecifiek ingevuld dienen te worden. Bijlage 11 is niet leeg gelaten, maar gereserveerd. Daarbij is niet aangegeven waarvoor deze bijlage is gereserveerd.

onder koop (voor de aanschaf van kant-en-klaarproducten), deels onder huur (voor de apparatuur)¹⁰ en deels is het een overeenkomst tot opdracht (voor de ontwerpen-de activiteiten). Daarnaast zijn er nog meer verplichtingen, zoals financiering en verzekering, zodat de DBFMO-overeenkomst onder verschillende in het Burgerlijk Wetboek benoemde contracten valt. De overeenkomst is derhalve een gemengd contract. Het is hierdoor niet eenduidig welke rechtsregels op de DBFMO-overeenkomst moeten worden toegepast. Bijna steeds moet een keuze worden gemaakt, omdat de wetsbepalingen, geschreven voor de in het contract aanwezige typen, meestal tot onderling verschillend resultaat leiden.¹¹ In de DBFMO-overeenkomst zijn¹² de bepalingen van huur, van opdracht en van aanneming van werk specifiek niet van toepassing verklaard. Zij zijn hiermee buiten werking geplaatst. Het is opvallend dat de regels van koop niet zijn uitgesloten. Gelet op de generieke uitsluitingen van de diverse wetsafdelingen als huur, opdracht en aanneming van werk, is het logisch dat ook de regels van koop uitgesloten zouden worden.

Voor zover het om regels van regeland recht¹³ gaat, is het mogelijk om wetsartikelen uit te sluiten. Met het buiten werking stellen van de diverse bepalingen van de bijzondere contractstypen wordt een deel van de problemen van de samenloop van de verschillende wetsbepalingen tegengegaan. Hierdoor is het eerder duidelijk welke rechtsregels van toepassing zijn. In beginsel zijn dat enkel die in de overeenkomst. Gelet op de breedte van het contract (koop, aanneming, huur, financiering, opdracht en anders), is het handig om de samenloop van bepalingen tegen te gaan.

Opzegging binnen de DBFMO-overeenkomst

In artikel 10 is de voortijdige beëindiging geregeld. Uiteraard is de beëindiging wegens tekortkomingen¹⁴ aan de zijde van een van de partijen geregeld, evenals beëindiging bij overmacht.¹⁵ Verder is er een directe beëindigingmogelijkheid voor de opdrachtgever indien er bepaalde bijzondere gebeurtenissen¹⁶ plaatsvinden,

10. Niet voor het gebouw, daar dit in het algemeen in eigendom van de opdrachtgever blijft.
11. Zie A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, deel 6-III*, Deventer: Kluwer 2010, nrs. 68-70.
12. Art. 24.2 bepaalt dat art. 7:201 tot en met 7:310, art. 7:400 tot en met 7:413 en art. 7:750 tot en met 7:769 BW niet van toepassing zijn.
13. Een enkele wetsbepaling is echter van dwingend recht en kan dus niet buiten werking gesteld worden. Zie bijv. art. 7:209, 7:226 lid 4, 7:291, 7:413 lid 3 BW. Gelet op de inhoud van deze artikelen zal dat niet echt tot problemen leiden.
14. Art. 10.2 (beëindiging bij een tekortkoming opdrachtnemer) en art. 10.3 DBFMO (beëindiging bij een tekortkoming opdrachtgever).
15. Art. 10.6 DBFMO.
16. Art. 10.1 DBFMO: zie voor alle redenen voor het onmiddellijk beëindigen de bijlage Definities onder het begrip 'Grond voor Onmiddellijke Beëindiging' op p. 9 en 10.

zoals een faillissement van de opdrachtnemer. Tevens is er de mogelijkheid¹⁷ tot het direct beëindigen van de overeenkomst indien er te grote vertragingen zijn die niet in de risicosfeer van de opdrachtnemer liggen. Bij deze laatste mogelijkheid tot (direct) beëindigen is een vertragsperiode van twee jaar als vooringevulde optie opgenomen. Bij de gebeurtenissen voor een grond tot directe beëindiging is een aantal mogelijkheden opgenomen, zoals problematiek kabels en leidingen, een georganiseerde landelijke staking, protestacties door derden of vergunningsproblematiek. Deze categorieën kunnen nog aangevuld worden in de DBFMO-overeenkomst.¹⁸

In artikel 10.4.a is de opzegging van de DBFMO-overeenkomst door de opdrachtgever geregeld. In de overeenkomst wordt dit de Discretionaire beëindiging door de Opdrachtgever genoemd. Bepaald is dat de opdrachtgever de DBFMO-overeenkomst op elk moment mag beëindigen tegen een door hem aangegeven datum. Hieruit volgt dat de opdrachtgever per direct de overeenkomst kan opzeggen, maar ook op enig moment in de toekomst.

De opdrachtnemer heeft daarentegen op basis van de DBFMO-overeenkomst geen mogelijkheid tot opzeggen naar eigen keuze. Dit is een asymmetrie in het contract. Zeker voor een overeenkomst met een duur van enkele decennia kan het te overwegen zijn om ook aan de opdrachtnemer een dergelijk recht van opzegging toe te kennen.

Geen gedeeltelijke opzegging mogelijk

In artikel 7:764 BW is voor aanneming van werk bepaald dat een opdrachtgever geheel of gedeeltelijk kan opzeggen. Dit artikel is buiten werking¹⁹ gesteld. Het deel van de overeenkomst dat te beschouwen is als aanneming van werk kan derhalve door de opdrachtgever niet partieel opgezegd worden op grond van artikel 7:764 BW. In artikel 10.4.a. DBFMO is een gedeeltelijke opzegmogelijkheid niet opgenomen. Artikel 10.4.a. regelt slechts de volledige beëindiging door de opdrachtgever.

Wel kan de opdrachtgever op grond van artikel 13.2 DBFMO een wijziging voorstellen. Daarbij mag de wijziging door de opdrachtgever niet het gevolg hebben dat de werkzaamheden wezenlijk worden gewijzigd ten opzichte van het oorspronkelijke doel van de overeen-

17. Art. 10.5 DBFMO.
18. Voor de exacte omschrijving van deze mogelijkheid tot directe beëindiging verwijs ik naar art. 10.5 DBFMO (Beëindiging bij een langdurig Geval van Uitstel [en bij een langdurig Geval van Uitgestelde Voltooiing]), alsmede naar de diverse definities zoals gebruikt in dit artikel van de overeenkomst.
19. Door art. 24.2 DBFMO.

komst, zo wordt bepaald door artikel 13.2.c.i DBFMO.²⁰

Als de opdrachtgever de wens heeft om de overeenkomst deels op te zeggen, zal hij dit moeten gieten in de vorm van het voorstellen van een wijziging. Indien de wijziging dan echter te omvangrijk is, kan de opdrachtgever de overeenkomst niet wijzigen. Een gedeeltelijke opzegging is dan niet zonder meer mogelijk. De opdrachtgever zal in dat geval in overleg moeten treden met de opdrachtnemer. Dit beperkt de handelsvrijheid van de opdrachtgever. Het kan hierbij zo zijn dat partijen er niet in goede harmonie uitkomen, althans dat de opdrachtnemer meer compensatie wil ontvangen dan de opdrachtgever wil betalen.²¹ Dit is een onwenselijke situatie, en dergelijke voorzienbare conflicten²² kunnen beter worden voorkomen. Het lijkt dan ook de voorkeur te verdienen dat in de DBFMO-overeenkomst alsnog een partiële opzegbevoegdheid voor de opdrachtgever opgenomen wordt.

Opzegging op grond van onvoorziene omstandigheden

Een mogelijkheid tot opzegging die niet in de DBFMO-overeenkomst is opgenomen, is het opzeggen wegens onvoorziene omstandigheden. Partijen moeten bij het uitvoeren van de overeenkomst als redelijke mensen handelen en met elkaars gerechtvaardigde belangen rekening houden.²³

De opzegging wordt dan gebaseerd op artikel 6:258 BW. Dit artikel geeft aan de rechter de bevoegdheid de gevolgen van een overeenkomst te wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk te ontbinden op grond van onvoor-

zienne omstandigheden²⁴ welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. De Hoge Raad²⁵ heeft zulks als volgt verwoord: ‘Een voor bepaalde tijd gesloten overeenkomst kan, zo tussentijdse opzegbaarheid niet is bedongen, in beginsel niet eenzijdig tussentijds door opzegging worden beëindigd. Weliswaar is niet geheel uitgesloten dat op dit beginsel een uitzondering wordt aangenomen, maar een dergelijke uitzondering kan slechts haar grond vinden in onvoorziene – dat wil zeggen niet in de overeenkomst verdisconteerde – omstandigheden, die niet voor rekening van de opzeggende partij komen en die van zo ernstige aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid instandhouding van de overeenkomst tot het overeengekomen tijdstip niet mag verwachten.’

De DBFMO-overeenkomst is een overeenkomst gesloten voor bepaalde tijd. Een lange tijd, maar wel een bepaalde tijd. De mogelijkheid om deze overeenkomst op te zeggen op basis van onvoorziene omstandigheden is beperkt, zo niet zeer beperkt, maar wel mogelijk. Er dienen onvoorziene omstandigheden te zijn die van zo ernstige aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid de instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Het gebruik door de Hoge Raad van de term ‘niet geheel uitgesloten’ geeft weinig ruimte, maar het is ruimte. Aldus is – in (zeer) uitzonderlijke situaties – de DBFMO-overeenkomst opzegbaar. Deze bevoegdheid geldt uiteraard zowel voor de opdrachtnemer als voor de opdrachtgever. Dit zal met name interessant zijn voor de opdrachtnemer, daar de opdrachtgever op grond van artikel 10.4.a DBFMO altijd kan opzeggen.²⁶

In de DBFMO-overeenkomst is getracht artikel 6:258 BW buiten werking te stellen. Dit gebeurt met artikel 24.8 DBFMO: ‘Ten aanzien van het zich voordoen van onvoorziene omstandigheden stellen Partijen vast dat zij willens en wetens deze Overeenkomst met een lange looptijd zijn aangegaan en dat de mechanismen die zijn opgenomen in deze Overeenkomst de gevolgen van zich eventueel voordoende onvoorziene omstandigheden al bedoelen te ondervangen.’

De vraag is of het mogelijk is om artikel 6:258 BW buiten werking te stellen. Op grond van artikel 6:250 BW is

20. Voor de te volgen procedure en de financiële afwikkeling van een wijziging wordt in art. 13.4 DBFMO verwezen naar bijlage 5; dit laat ik verder buiten beschouwing.

21. Overigens is binnen de DBFMO-overeenkomst de twist over de prijs geen conflict.

22. Als de beoogde wijziging de werkzaamheden wezenlijk wijzigen ten opzichte van het oorspronkelijke doel van de overeenkomst, mag deze wijziging namelijk niet voorgesteld worden door de opdrachtgever. En als er geen wijziging is, is er ook geen beprijzing nodig. De wijziging kan hierdoor enkel tussen partijen overeengekomen worden door aanpassing van de DBFMO-overeenkomst.

23. Art. 6:2, 6:248 en 6:258 BW. Deze norm is in ons rechtsstelsel van zo fundamenteel belang dat zij als dwingend recht moet worden beschouwd, aldus Hartkamp en Sieburgh (Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 392). Aanvulling, beperking en uitleg zijn geen gereedschappen die al naar gelang de voorkeur van partijen kunnen worden gehanteerd of weggeborgen, maar drie uitingsvormen van een en dezelfde fundamentele gedragsnorm, die steeds tussen partijen toepassing vindt. P.S. Bakker, Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm, Deventer: Kluwer 2012, p. 76-77. Bakker geeft aan dat C.E. Drion, H.N. Schelhaas en R.H.J. van Bijnen een andere visie hebben. Bakker 2012, p. 75-76.

24. Naar de bedoeling van de wetgever is het voor de vraag of sprake is van een onvoorziene omstandigheid in de zin van art. 6:258 BW, niet beslissend of de omstandigheden ten tijde van het sluiten van de overeenkomst voorzienbaar waren. Het komt er slechts op aan van welke veronderstellingen partijen zijn uitgegaan: of zij in de mogelijkheid van het optreden van de onvoorziene omstandigheden hebben willen voorzien of althans stilzwijgend die mogelijkheid hebben verdisconteerd. Groene Serie Verbintenissenrecht (losbl.), Deventer: Kluwer, art. 6:258, aant. 19.1.

25. HR 21 oktober 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0483, NJ 1990, 439, bevestigd in HR 10 augustus 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1428, NJ 1994, 688.

26. Wel kan het zo zijn dat de financiële gevolgen voor de opdrachtgever minder groot zijn indien ook hij zich terecht op de opzegging op grond van onvoorziene omstandigheden kan beroepen. Alsdan is namelijk de afrekenmethode van de overeenkomst niet meer van toepassing.

het artikel 6:258 BW van dwingend recht. Door de redactie van artikel 24.8 DBFMO wordt artikel 6:258 BW ook niet uitgesloten, zoals met andere wetsartikelen wel gebeurt.²⁷ Met artikel 24.8 DBFMO wordt beoogd de kracht aan artikel 6:258 BW te ontnemen. Artikel 6:258 BW wordt ingekleurd door artikel 24.8 DBFMO.

Aldus blijft het dwingendrechtelijke wetsartikel gewoon van toepassing, alleen zonder werking. De *facto* is de bedoeling natuurlijk hetzelfde. In het DBFM-handboek²⁸ wordt in § 4.5 aangegeven dat het de bedoeling is om te voorkomen dat de rechter buiten de bepalingen van het contract ook ingrijpt in de verhouding tussen partijen. Men kan zich evenwel afvragen of dit niet meer een wens is dan een reëel te bereiken resultaat binnen het huidige Nederlandse recht.²⁹

Het kenmerk van een onvoorziene omstandigheid is dat deze onvoorzien³⁰ is. Als de omstandigheid namelijk wel voorzien is, is het geen onvoorziene omstandigheid. Afgevraagd kan dan ook worden of artikel 24.8 DBFMO niet iets regelt wat niet te regelen is. Een onvoorziene omstandigheid is niet voorzien en die omstandigheid kan dus niet zijn opgenomen in een overeenkomst. Aldus lijkt artikel 6:258 BW gewoon onverkort en volledig van toepassing. Ook voor wat betreft de gevolgen van de onvoorziene omstandigheden. Mogelijk dat de rechter, doordat partijen wel beoogd hebben het onvoorziebare te voorzien en de gevolgen ervan te regelen, bij de toepassing van artikel 6:258 BW nog terughoudender is dan hij normaliter al dient te zijn bij het hanteren van dit artikel. Maar uiteindelijk blijven er onvoorziebare omstandigheden die niet te voorzien zijn. Indien de onvoorziene omstandigheden van zo ernstige aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid instandhouding van de over-

eenkomst tot het overeengekomen tijdstip niet mag verwachten, is de DBFMO-overeenkomst op te zeggen.³¹

Conclusie

De DBFMO-overeenkomst is een omvangrijke overeenkomst en valt onder meerdere benoemde overeenkomsten uit het Burgerlijk Wetboek. De toepassing van de specifieke regels uit het Burgerlijk Wetboek zijn in belangrijke mate buiten werking gesteld. Net zoals bij aanneming van werk of de overeenkomst van opdracht is conform de overeenkomst enkel de opdrachtgever bevoegd om op te zeggen. Opvallend is hierbij dat de opdrachtgever niet de mogelijkheid heeft om de overeenkomst gedeeltelijk op te zeggen, terwijl deze bevoegdheid in het Burgerlijk Wetboek wel is opgenomen voor aanneming van werk. Logischer en praktischer zou zijn om op dit onderdeel aan te sluiten bij de opzegbevoegdheid zoals die geldt bij aanneming van werk. Mogelijk dat dit in een volgende versie van de DBFMO-overeenkomst opgenomen kan worden.

Tot slot is, in weerwil van het contract, artikel 6:258 BW van toepassing. Hierdoor is het in zeer uitzonderlijke gevallen mogelijk voor de opdrachtnemer om de overeenkomst op te zeggen.

27. Art. 24.2 DBFMO.

28. Te downloaden op <www.ppsbijhetrijk.nl/Publicaties> onder Naslagwerk, DBFM Handboek 1 januari 2008.

29. Het contract is zo dichtgetimmerd dat er bedoeld is dat er juridisch niets buiten het contract is. Dat is echter in strijd met wat wij in Nederland gewend zijn, hoe het Nederlandse recht is vormgegeven en wat er mogelijk is binnen ons rechtstelsel. Hierdoor zijn er wat onbedoelde rafelranden aanwezig.

30. Een voorbeeld geven van een onvoorziene omstandigheid is vooraf lastig te geven. Achteraf is dat wel mogelijk. Gedacht kan bijv. worden aan de uitbarsting van de Eyjafjallajökull-vulkaan op IJsland. Deze uitbarsting in april 2010 veroorzaakte een aswolk waardoor een groot deel van het luchtverkeer in Noord-Europa niet mogelijk was. Het luchtruim is toen gesloten. Voor april 2010 was het onvoorzien dat een uitbarsting van een vulkaan een dergelijk verstrekend gevolg zou kunnen hebben. Nu is het geen onvoorziene omstandigheid meer. Of bepaalde omstandigheden (uitdrukkelijk dan wel stilzwijgend) in de overeenkomst zijn verdisconteerd, is een kwestie van uitleg. De bij die uitleg aan te leggen maatstaf is sinds jaar en dag de in redelijkheid en billijkheid verankerde Haviltex-maatstaf. Bakker 2012, p. 91.

31. De rechter heeft dus ook de bevoegdheid om op verzoek van een der partijen de gevolgen van een overeenkomst te wijzigen op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten, voor zover die omstandigheden krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening komen van degene die zich erop beroept. Deze bevoegdheid tot wijzigen van de overeenkomst is in het algemeen minder vergaand dan de mogelijkheid om de overeenkomst te beëindigen. De rechter zal mijns inziens dan ook eerder toekomen aan het wijzigen van de overeenkomst op grond van art. 6:258 BW dan dat de rechter zal toekomen aan het honoreren van een opzegging.