

minderung van de woning (vgl ABRvS 5 december 2007, *BR* 2008, p. 125).

De vraag is wel, of bij de bepaling van de geluidssituatie voorafgaand aan de vaststelling van het Aanwijzingsbesluit 1996 moet worden uitgegaan van een juridisch ongelimiteerde geluidbelasting onder vigeur van het Aanwijzingsbesluit 1962 of dat uitgegaan moet worden van de geluidbelasting die door bewoners van woningen binnen de geluidzones feitelijk werd ondervonden. In de planschadejurisprudentie wordt uitgegaan van een maximale verwezenlijking van het planologische regime, waarbij de feitelijke situatie geen rol speelt. Dit uitgangspunt vloeit voort uit het karakter van het bestemmingsplan: het rechtsgevolg van de vaststelling van het bestemmingsplan is, dat een planologische ontwikkeling juridisch wordt toegestaan. De Afdeling volgde in de uitspraak d.d. 9 april 2008, *TBR* 2009/13 in een vergelijkbare zaak de redenering van de Besliscommissie op dit punt niet. Er kan naar het oordeel van de Afdeling in dit geval niet worden volstaan met een vergelijking van juridische regimes, gelet op het feit dat pas in 1996 werd voldaan aan de sinds 1978 geldende

verplichting tot vaststelling van geluidzones rond luchtvaartterreinen. De langdurige nalatigheid om te voldoen aan deze wettelijke plicht kan niet aan bewoners van woningen binnen de geluidzones worden tegengeworpen. Sluysmans suggereerde in zijn noot bij voornoemde uitspraak terecht, dat een vergelijking van juridische regimes wel mogelijk zou zijn geweest indien tijdig aan de sinds 1978 geldende verplichting tot vaststellen van een geluidzone was voldaan. In dat geval zou de geluidbelasting voorafgaand aan het Aanwijzingsbesluit 1996 immers niet ongelimiteerd zijn geweest. De Afdeling biedt de Besliscommissie in ro. 2.14 twee mogelijkheden om de waardedaling te bepalen van woningen binnen de geluidzones die in het Aanwijzingsbesluit 1996 waren vastgesteld met het oog op het vierbanestelsel. Naar mijn mening zou de tweede mogelijkheid moeten worden gevolgd, met de opmerking dat de na de vaststelling van het Aanwijzingsbesluit 1996 ondervonden geluidbelasting wordt vergeleken met de voorafgaand aan het Aanwijzingsbesluit 1996 feitelijk ondervonden geluidbelasting.

G.M. van den Broek

IV. Aanneming van werk

TBR 2011/91

Rechtbank Dordrecht, 20 oktober 2009, zaaknr./rolnr. 84838/HA ZA 10-2040, LJN: BO1741 (Ontbinding en opzegging aannemingsovereenkomst)

Mr. J.A.M. van der Berk. Advocaat eiseres in conventie, verweerster in reconventie, B&N: mr. W.W.H. de With. Advocaat gedaagden in conventie, eisers in reconventie, gedaagde(n): mr. A. Schep

BW: art. 7:764 lid 1 en art. 7:756; Fw: art. 37 lid 1

Aannemingsovereenkomst bouw woning. Faillissement onderaannemer. Beëindiging opdrachtgevers. Ontbinding of opzegging:

Met gastnoot F.M. van Cassel¹, Red.

2. De feiten

2.1. B&N is een onderneming die zich toelegt op het ontwikkelen en beleggen in vastgoed. Betrokkene 1 (hierna: betrokkene 1) is (middellijk) bestuurder van B&N via betrokkene 2 en betrokkene 3

in welke vennootschappen betrokkene 1 100% van de aandelen houdt.

Ook betrokkene 4 is bestuurder van B&N (hierna: betrokkene 4). Beiden zijn volledig bevoegd. Betrokkene 4 en betrokkene 3 houden ieder 50% van de aandelen in B&N.

2.2. Betrokkene 5 (hierna: betrokkene 5) is, voor zover hier van belang, een timmer-, onderhoud- en aannemingsbedrijf. Betrokkene 1 houdt via betrokkene 2 en betrokkene 3 alle aandelen in betrokkene 5. Betrokkene 1 is enig bestuurder van laatstgenoemde vennootschap.

2.3. Op 21 december 2007 hebben gedaagden als koper en B&N als verkoper een koopovereenkomst (productie 2 bij dagvaarding) gesloten, waarin, voor zover thans van belang, is bepaald:

'(...) Artikel 14

1. Deze koopovereenkomst vormt een onverbreekelijk geheel met de gelijktijdig met deze koopovereenkomst met B&N Vastgoed B.V. te sluiten aannemingsovereenkomst.

Bij ontbinding dan wel het niet tot stand komen of

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

anderszins nietig verklaard worden van de ene overeenkomst is de andere overeenkomst eveneens en automatisch ontbonden, niet tot stand gekomen of nietig verklaard. Overigens ongeacht welke partijen de ontbinding inroept van welke overeenkomst.(...)'

2.4. Op 21 december 2007 hebben gedaagden als opdrachtgever en B&N als aannemer een overeenkomst van aanneming van werk gesloten. Gedaagden heeft B&N opgedragen om op het perceel, plaatselijk bekend adres te woonplaats, gemeente Binnenmaas, de bestaande opstal te amoveren en een bouwplan voor zijn woonhuis te realiseren, te beginnen uiterlijk zes weken nadat de gemeente daartoe een onherroepelijke sloop- en bouwvergunning heeft verleend, voor een aanneemsom van € 534.548,00 incl. BTW.

2.5. B&N heeft betrokkene 5 ingeschakeld als onderaannemer.

2.6. Het verkochte is bij akte van levering van 28 december 2007 in eigendom overgedragen.

2.7. Op 23 december 2008 betrokkene 5 in staat van faillissement verklaard door de rechtbank Dordrecht.

2.8. De faillissementverslagen nummers 1 en 2 van 17 maart 2009, respectievelijk 4 januari 2010 over de verslagperiodes 23 december 2008 tot 17 maart 2009, respectievelijk 17 maart 2009 tot 4 januari 2010 vermelden, voor zover thans van belang, het volgende:

*'(...) 2.4. Werkzaamheden:
De curator heeft geïnventariseerd of er nog werkzaamheden dienen te worden uitgevoerd hangende het faillissement. Daarvan was geen sprake. (...)*'

2.9. In een brief van 12 februari 2009 (productie 4 bij dagvaarding) heeft B&N bij monde van betrokkene 1 aan gedaagden, voor zover hier van belang, bericht:

*'(...) Inmiddels is het jullie ook duidelijk dat met de ontvangen vergunning 2e fase een aanvang gemaakt kan worden met de bouw (...)
Wij hebben daarna een gesprek gehad, waarbij jullie, betrokkene 2, betrokkene 4 en betrokkene 1 aanwezig waren.(...) Van onze kant kunnen wij mededelen dat wij al onze verplichtingen uit de overeenkomst willen nakomen. (...)*'

2.10. In een brief van 13 februari 2009 (productie 5 bij dagvaarding) heeft gedaagden de brief van B&N, voor zover hier van belang, als volgt beantwoord:

'(...) Samengevat is het standpunt van B&N (...) dat B&N Vastgoed B.V. de bouw wenst uit te voeren. Hiermee kunnen wij niet akkoord gaan, zodat wij

hierbij de overeenkomst met B&N Vastgoed B.V. opzeggen. (...) dat B&N (...) de partij is die in gebreke is/blijft (...) doordat niet meer kan worden voldaan aan de afspraak dat de bouw van de woning wordt uitgevoerd door betrokkene 5, daar deze onderneming is faillissement is geraakt. (...) Dit is voor ons ook een essentiële voorwaarde geweest, vanwege de garantie dat een kwalitatief hoogwaardige woning wordt gebouwd. (...) Daar waar betrokkene 5 voorheen een belang had bij een hoogwaardige woning (visitekaartje), daar wordt in de huidige situatie de drijfveer nog slechts winstmaximalisatie van de "provisie". Hiermee is de functie van B&N Vastgoed wezenlijk anders geworden. Wij benadrukken (...) dat indien betrokkene 5 nog in bedrijf was geweest, wij de overeenkomst volledig hadden gerespecteerd.

(...) komen wij (...) tot de conclusie dat B&N Vastgoed B.V. in gebreke is, en dat de ontbinding van de overeenkomst niet leidt tot het verschuldigd zijn van enige vergoeding van onze kant. (...)

Kortom: B&N Vastgoed B.V. wenst of kan niet aan zijn verplichtingen voldoen en de vertrouwensbasis is er niet meer, zodat wij niet anders kunnen dan de overeenkomst op te zeggen.(...)'

2.11. In een brief van 26 maart 2009 (productie 6 bij dagvaarding) heeft B&N, voor zover thans van belang, als volgt gereageerd:

'(...) Vervolgens deelt u ons bij brief d.d. 13 februari j.l. mede dat u de overeenkomst opzegt, terwijl u daarna weer spreekt over ontbinding, zodat niet helemaal duidelijk is welke rechtshandeling u nu bedoelt. Voor ontbinding van de aannemingsovereenkomst zijn naar onze mening evenwel geen gronden, zodat zulks niet mogelijk is. Opzegging is op grond van de wet wel mogelijk, zodat wij er - tenzij u alsnog anders bericht - vanuit gaan dat u heeft willen opzeggen. (...)

Uw stelling dat u geen vergoeding aan ons verschuldigd zou zijn omdat B&N in gebreke is gebleven, is onjuist. Wij zijn (...) indien u terug zou komen op uw beslissing om de aannemingsovereenkomst op te zeggen, noch steeds graag bereid en wel degelijk in staat om onze verplichtingen uit de aannemingsovereenkomst correct na te komen. (...) Tenslotte constateren wij dat u, met betrekking tot uw verplichting om een waarborgsom te storten onder de notaris, in verzuim bent.(...)'

2.12. In een brief van 8 april 2009 (productie 7 bij dagvaarding) heeft gedaagden, voor zover thans van belang, geantwoord:

'(...) wordt in het geheel niet inhoudelijk ingegaan op onze standpuntbepaling en argumenten dat wel degelijk een overeenkomst met aannemingsbedrijf betrokkene 5 bestaat. (...) dat wij op geen enkele wijze over enig bedrag van vergoeding wensen te onderhandelen. (...)'

2.13. In een brief van 22 april 2009 (productie 8 bij dagvaarding) heeft B&N bij monde van betrokkene 4 aan gedaagden medegedeeld, voor zover hier van belang:

'(...) U bent zelf degene geweest die ineens de aannemingsovereenkomst met ons wilde opzeggen, terwijl de bouw anders inmiddels al gestart had kunnen worden. (...)

De aannemingsovereenkomst is gesloten tussen u en B&N Vastgoed B.V., waarbij u ons - en niet betrokkene 5 - opdracht heeft gegeven om de betreffende woning te bouwen (...)

Indien u (...) de opzegging van de aannemingsovereenkomst handhaaft, bent u (...) gehouden ons een bepaalde prijs te betalen. (...) Het (...) genoemde bedrag van € 65.747,50 inclusief BTW is (...) het verschil tussen het u en B&N Vastgoed B.V. in de aannemingsovereenkomst overeengekomen bedrag voor het gehele werk en de besparingen voor ons. (...)

Graag vernemen wij binnen 8 dagen na dagtekening van deze brief van u of u de opzegging van de aannemingsovereenkomst al dan niet wenst te handhaven en dat u tevens bij uw stelling blijft geen vergoeding aan ons te willen betalen. (...)

2.14. De bouwvergunning 2e fase is op 23 januari 2009 verleend en op 4 januari 2010 onherroepelijk geworden.

3. Het geschil

In conventie

3.1. B&N vordert

1. te verklaren voor recht dat gedaagden de aannemingsovereenkomst tussen B&N en gedaagden heeft opgezegd en hij uit dien hoofde aan B&N de voor het werk overeengekomen prijs, verminderd met de besparingen verschuldigd is;
2. veroordeling van gedaagden hoofdelijk tot betaling van een bedrag van € 65.747,50, althans een door de rechtbank in goede justitie te bepalen bedrag, althans een bedrag nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, vermeerderd met de wettelijke rente over de hoofdsom vanaf de dag der dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening;
3. gedaagden te veroordelen in de kosten van deze procedure, bestaande uit
 - a. het door B&N verschuldigde griffierecht
 - b. het - forfaitair te berekenen - salaris voor de advocaat, te vermeerderen met de wettelijke rente indien en voor zover [gedaagden] deze kosten niet binnen acht dagen, althans binnen een door de rechtbank redelijk geachte termijn na het te wijzen vonnis, heeft voldaan
 - c. het nasalaris advocaat ten bedrage van € 131,- en, indien betekening van het ten deze te wijzen vonnis plaatsvindt, te verhogen met € 68,-.

3.2. B&N voert daartoe het volgende aan. Gedaagde heeft de aannemingsovereenkomst opgezegd. Gedaagde is op grond van artikel 7: 764 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) gehouden de voor het gehele werk geldende prijs te betalen, verminderd met de besparingen die voor de aannemer uit de opzegging voortvloeien. B&N maakt aanspraak op wettelijke rente.

3.3. Gedaagde voert verweer als volgt.

Gedaagde heeft de aannemingsovereenkomst niet (op grond van artikel 7: 756 BW) opgezegd. B&N is toerekenbaar tekort geschoten in de nakoming van haar verplichtingen, op grond waarvan gedaagde gerechtigd is zijn eventuele verplichtingen op te schorten.

Tussen partijen is als onderdeel van de aannemingsovereenkomst overeengekomen dat betrokkene 5 de bouw zou uitvoeren. Door het faillissement van betrokkene 5 is dat niet meer mogelijk. B&N heeft na het faillissement van betrokkene 5 nimmer in concreto aangeboden de door gedaagden verlangde woning te bouwen.

Gedaagde betwist dat B&N schade heeft geleden.

Gedaagde betwist de hoogte en juistheid van het door B&N gevorderde winstbedrag.

B&N was ten tijde van het ondertekenen van de koop- en de aannemingsovereenkomst op de hoogte van de slechte financiële situatie en het aanstaande faillissement van het aannemingsbedrijf en had gedaagde hierover moeten informeren. Door dit na te laten heeft B&N wanprestatie gepleegd, althans heeft zij onrechtmatig jegens gedaagden gehandeld. Van teruglevering van de grond kan geen sprake zijn.

In reconventie

3.4. Gedaagde vordert

primair:

te ontbinden, althans ontbonden te verklaren de aannemingsovereenkomst op grond van toerekenbare tekortkoming aan de zijde van B&N, partieel, uitsluitend betrekking hebbend op de genoemde aannemingsovereenkomst zelf,

subsidiar:

te ontbinden, althans ontbonden te verklaren de aannemingsovereenkomst op grond van het bepaalde in artikel 7:756 BW, partieel, uitsluitend betrekking hebbend op de genoemde aannemingsovereenkomst zelf,

primair en subsidiar:

1. B&N te veroordelen om aan gedaagde] te betalen een bedrag ten titel van schadevergoeding nader op te maken bij staat en te vereffenen ingevolge de wet, vermeerderd met de wettelijke rente daarover vanaf de dag van het nemen van deze conclusie tot aan die der algehele voldoening,
2. alles met veroordeling van B&N in de kosten van de procedure, daaronder begrepen een bedrag

aan salaris voor de raadsman van gedaagden, te vermeerderen met de wettelijke rente, en indien en voor zover B&N deze kosten niet binnen acht dagen, althans een door de rechtbank te bepalen termijn, na het vonnis heeft voldaan, nog te vermeerderen met het nasalaris advocaat ten bedrag van € 131,- en indien betekening van het plaatsvindt, te verhogen met € 68,-.

3.5. Gedaagden verwijst daartoe naar hetgeen hij in conventie heeft gesteld en voert voorts het volgende aan.

Het faillissement van betrokkene 5 komt voor rekening en risico van B&N. Gedaagde lijdt schade omdat B&N in gebreke blijft c.q. niet in staat is de woning van gedaagde te bouwen en te voltooien, welke schade B&N dient te vergoeden.

B&N heeft onrechtmatig jegens gedaagde gehandeld, althans zij is toerekenbaar tekort geschoten in de nakoming van haar verplichtingen door in strijd met de op haar rustende informatieplicht gedaagden niet te informeren over de slechte financiële positie/aanstaand faillissement van betrokkene 5. Indien gedaagde hiervan op de hoogte zou zijn geweest, zou zij niet, althans niet onder dezelfde voorwaarden hebben gecontracteerd.

De door gedaagden betaalde koopprijs van de grond is te hoog en dient door B&N te worden terugbetaald.

3.6. B&N voert verweer als volgt.

B&N is niet toerekenbaar te kort geschoten in de nakoming van haar verplichtingen jegens[gedaagde]. Causaal verband tussen de gestelde tekortkoming van B&N en de beweerdelijk door[gedaagde] geleden schade ontbreekt. B&N betwist de omvang van de gestelde schade.

Het was de bedoeling van partijen dat betrokkene] de woning zou bouwen maar harde (schriftelijke) afspraken zijn daarover niet gemaakt.

De aannemingsovereenkomst en de koopovereenkomst vormen een onverbreeklijk geheel. [gedaagden] heeft de aannemingsovereenkomst met B&N opgezegd, welke opzegging door B&N is geaccepteerd, zodat gedaagde de door B&N gevorderde vergoeding verschuldigd is.

Artikel 7:756 BW is niet van toepassing.

B&N betwist dat zij op de hoogte was van de slechte financiële positie c.q. aanstaand faillissement van betrokkene 5 en dat op haar de plicht rustte gedaagden daarover te informeren.

De koopprijs is overeengekomen en er is geen rechtsgrond om daar op terug te komen.

4. De beoordeling

In conventie en reconventie

4.1. De eerste vraag die moet worden beantwoord is of de tussen partijen gesloten aannemingsover-

eenkost nog geldt of op de een of andere manier is beëindigd.

4.2. Zowel naar de letter als uit de strekking van de betreffende brieven van gedaagden volgt klip en klaar dat gedaagden de aannemingsovereenkomst met B&N wenst te beëindigen. Rest nog de vraag op welke wijze de aannemingsovereenkomst wordt of al is beëindigd.

4.3. B&N stelt, en gedaagden betwist stellig en gemotiveerd, dat gedaagden de aannemingsovereenkomst heeft opgezegd.

Volgens B&N mocht zij, nu van enige tekortkoming harerzijds geen sprake is en gedaagde niet heeft gereageerd op haar herhaald verzoek kenbaar te maken of hij zijn opzegging al dan niet handhaaft, het gestelde in de brief van 13 februari 2009 redelijkerwijs opvatten als de opzegging van de aannemingsovereenkomst. gedaagde bestrijdt dat B&N in zijn brieven van 13 februari 2009 en 8 april 2009 in redelijkheid een opzegging heeft kunnen lezen. Volgens gedaagde heeft hij zich in de deze brieven op het standpunt gesteld dat het faillissement van betrokkene 5 wanprestatie oplevert van B&N, zodat hij geen enkele vergoeding aan B&N verschuldigd is en dat hij daarover ook niet met B&N wenst te onderhandelen en hij overigens geen vertrouwen meer heeft in B&N nu zij gedaagde niet over het faillissement heeft geïnformeerd en gedaagden na het faillissement geen enkel alternatief heeft geboden.

Gedaagde zet in zijn brief van 13 februari 2009 gemotiveerd uiteen dat B&N te kort schiet in de nakoming van haar verplichtingen uit de aannemingsovereenkomst en hij weerspreekt in zijn antwoordbrief van 8 april 2009 wel degelijk de door B&N veronderstelde opzegging van de overeenkomst, daar waar hij B&N verwijt in het geheel niet in te gaan op de gestelde wanprestatie en hij betwist gehouden te zijn tot het betalen van enigerlei vergoeding. Onder deze omstandigheden mocht B&N er in redelijkheid niet vanuit gaan dat gedaagde beoogde de aannemingsovereenkomst te beëindigen door opzegging, te meer niet nu gedaagde een consument is die op dat moment niet beschikte over juridische bijstand en de gevolgen van opzegging ingrijpend zijn. B&N had kunnen en moeten begrijpen dat gedaagde bedoelde de ontbinding van de aannemingsovereenkomst in te roepen (op de voet van het bepaalde in artikel 7:80 lid 1 onder a BW, juncto artikel 6:267 BW, dan wel op grond van artikel 7:756 BW).

4.4. Daarmede is nog niet beantwoord de vraag of gedaagde ook bevoegd was de aannemingsovereenkomst te ontbinden, althans aan gedaagde de bevoegdheid toekomt om in rechte ontbinding te

vorderen op de daartoe door hem aangevoerde gronden. Het antwoord op deze vraag is wel van belang. Aangezien gedaagde in ieder geval de aannemingsovereenkomst wenst te beëindigen, leidt de vaststelling dat gedaagde niet tot ontbinding bevoegd was, althans niet bevoegd is in rechte ontbinding te vorderen, noodzakelijkerwijs tot de conclusie dat de aannemingsovereenkomst door opzegging is beëindigd.

4.5. Het verweer van gedaagde dat hij de aannemingsovereenkomst heeft beëindigd vanwege de wanprestatie van B&N is een bevrijdend verweer, waarvan de bewijslast op gedaagde rust. Gedaagde stelt dat B&N na het faillissement niet concreet heeft verklaard dat zij de aannemingsovereenkomst nakomt en niet uiteengezet welke zekerheid zij voor de nakoming stelt. Het aanbod van B&N, neergelegd in een brief van 26 maart 2009, voldoet volgens gedaagde niet, omdat B&N daarin weliswaar verklaart bereid en in staat te zijn haar verplichtingen uit de aannemingsovereenkomst correct na te komen, maar nalaat uiteen te zetten op welke wijze B&N zich dat in concreto voorstelt, terwijl zij evenmin een redelijke zekerheid biedt dat de bouw daadwerkelijk met succes wordt uitgevoerd en voltooid. Het lag volgens gedaagde op B&N's weg om deze informatie te verstrekken, nu het failliete betrokkene 5 en B&N dezelfde eigenaren en bestuurders hebben en de financiële positie van B&N slecht is. Volgens gedaagde toonde B&N na het faillissement van het betrokkene 5 geen enkele interesse meer voor de bouw van zijn woning. B&N betwist dat zij toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit de aannemingsovereenkomst en voert aan dat zij ook na het faillissement van betrokkene 5 bereid en in staat was de aannemingsovereenkomst met gedaagden na te komen.

4.6. Deze stellingname van B&N veronderstelt dat ofwel de curator zich heeft bereid verklaard de aannemingsovereenkomst na te komen, dan wel dat de overeenkomst tussen B&N het [betrokkene 5] is beëindigd en B&N dientengevolge vrij is om met een andere aannemer te contracteren over de bouw van het woonhuis van gedaagden. Gedaagde wijst er evenwel terecht op dat gesteld, noch is gebleken, dat B&N de curator een termijn ex art 37 lid 1 Fw heeft gesteld en ter comparitie heeft B&N verklaard dat zij de curator niet heeft verzocht om de aannemingsovereenkomst gestand te doen. B&N heeft ook niet gesteld, en ook anderszins is niet gebleken, dat B&N de overeenkomst met het betrokkene 5 heeft beëindigd (opgezegd of ontbonden). Ook heeft B&N niet gesteld en ook overigens is niet gebleken dat B&N zich op andere wijze heeft ingespannen teneinde te bewerkstelligen dat zij de aannemingsovereenkomst

met gedaagden zou kunnen naleven. Voor zover B&N in dit verband heeft aangevoerd dat zij geen andere aannemer(s) heeft benaderd omdat zij ervan uitging dat gedaagden had opgezegd, geldt dat deze onjuiste aanneme voor rekening en risico van B&N komt, daargelaten of zij, het vorenstaande in aanmerking nemende, met een dergelijke actie had kunnen volstaan.

Ter comparitie heeft B&N desgevraagd verklaard dat zij niet met de curator over de aannemingsovereenkomst heeft gesproken en bij de curator geen vordering tot schadevergoeding ter verificatie heeft ingediend en voorts dat zij er geen verklaring voor heeft waarom contact met de curator achterwege is gebleven. Daar komt bij dat gedaagde onweersproken heeft gesteld dat de financiële positie van B&N slecht is en B&N door het faillissement van [betrokkene 5] het vertrouwen van leveranciers en onderaannemers heeft verspeeld.

4.7. Het verweer van B&N roept dermate veel vragen op en is zo weinig onderbouwd dat de rechtbank de op zich zelf logische en met feiten onderbouwde redenering van gedaagde dat B&N door faillissement niet bereid en/of in staat is de aannemingsovereenkomst na te komen als onvoldoende weersproken volgt. Dit betekent dat de rechtbank concludeert dat gedaagde zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat nakoming van de aannemingsovereenkomst blijvend onmogelijk zal zijn en hij zich terecht op ontbinding van de aannemingsovereenkomst heeft beroepen.

4.8. Aangezien B&N zich wel steeds heeft bereid verklaard tot nakoming van de aannemingsovereenkomst en gedaagde niet een eenduidige schriftelijke aanmaning, zoals bedoeld in artikel 6:80, lid 1 onder c BW, aan B&N heeft gezonden zal het primair door gedaagde in reconventie gevorderde worden afgewezen. Voor zover gedaagde zijn vordering in reconventie tot ontbinding van de aannemingsovereenkomst grond op het bepaalde in artikel 7:756 BW zal zijn vordering worden toegewezen.

4.9. Gelet op het hiervoor overwogene kunnen de overige verweren van gedaagden in conventie onbesproken blijven.

In conventie

4.10. De vorderingen van B&N zullen worden afgewezen.
(...)

In reconventie

4.12. B&N heeft geen verweer gevoerd tegen de vordering van gedaagden in reconventie om uitsluitend de aannemingsovereenkomst te ontbinden en de koopovereenkomst in stand te laten, zodat de

subsidiare vordering van gedaagden op dat onderdeel ook kan worden toegewezen.

4.13. Gedaagde stelt, en B&N betwist gemotiveerd, dat B&N toerekenbaar is tekort geschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit de aannemingsovereenkomst, althans onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld, omdat B&N ten tijde van het sluiten van de aannemingsovereenkomst op de hoogte was van het aanstaande faillissement, althans van de penibele financiële positie van betrokkene 5 en B&N, hoewel zij daartoe verplicht was, hem daarover niet heeft geïnformeerd. Ter onderbouwing van zijn stellingen volstaat gedaagden met een enkele verwijzing naar het handelsregister en de faillissementsverslagen, hetgeen volstrekt onvoldoende is, zodat aan deze stellingen wordt voorbij gegaan.

4.14. De stelling van gedaagde dat hij een bedrag ad € 65.000,- te veel heeft betaald voor de aangekochte grond, wordt gepasseerd, bij gebreke van enige feitelijke onderbouwing.

4.15. Gedaagden stelt, dat hij de kosten voor de architect en de bouwvergunning tevergeefs heeft gemaakt, nu B&N niet bouwt. B&N betwist dat gemotiveerd. Zij voert aan dat gedaagde beschikt over een onherroepelijke bouwvergunning en eigenaar is van het betreffende bouwperceel, zodat gedaagde terstond met de bouw van zijn woning zou kunnen starten. Tegenover deze gemotiveerde betwisting door B&N heeft gedaagde zijn stelling niet onderbouwd, zodat deze wordt verworpen.

4.16. Op grond van het hiervoor overwogene zal de vordering van gedaagde in reconventie tot het betalen van een schadevergoeding worden afgewezen. (*Enz., enz., Red.*)

Noot

Dit vonnis van de rechtbank Dordrecht gaat over ontbinding en opzegging van een aannemingsovereenkomst. Het betreft een aannemingsovereenkomst om een woning te bouwen. De verkoper van de grond, B&N, is tevens de aannemer die de woning gaat bouwen voor opdrachtgevers. B&N en opdrachtgevers hebben twee contracten gesloten: een koopovereenkomst en een aannemingsovereenkomst. B&N was niet van plan om de woning fysiek zelf te bouwen. Daarvoor had B&N een onderaannemer ingehuurd. Deze onderaannemer is op enig moment failliet gegaan. Opdrachtgevers zijn van mening dat afgesproken is dat deze onderaannemer feitelijk hun woning zou bouwen. Nu dat niet meer mogelijk was door het faillissement van deze onderaannemer willen

opdrachtgevers niet verder met de bouw van de woning door B&N. De discussie die daarop volgt gaat met name over de vraag of deze beëindiging door opdrachtgevers een ontbinding of een opzegging is. Is de aannemingsovereenkomst ontbonden door opdrachtgevers vanwege een wanprestatie aan de zijde van B&N of hebben zij de overeenkomst opgezegd? Het oordeel van de rechtbank Dordrecht is uiteindelijk dat van geen van beide sprake is. Wel acht zij voldoende reden aanwezig om zelf de ontbinding uit te spreken met als grond dat het waarschijnlijk is dat B&N niet tijdig of niet behoorlijk zal opleveren. De door de rechtbank gevolgde weg is niet geheel vlekkeloos en bij de uiteindelijke beslissing kunnen ook wel vraagtekens gezet worden.

Ik zal beginnen met een beschrijving van de generieke mogelijkheden tot ontbinding. Daarna ga ik in op de vormen van ontbinding en opzegging die specifiek zijn voor de aannemingsovereenkomst. Na deze introductie bespreek ik de belangrijkste stellingen van partijen en geef aan hoe de rechtbank hier mee is omgegaan. De drie gronden waar de rechtbank de beslissing op heeft gebaseerd worden vervolgens geanalyseerd en door mij te licht bevonden. Het geheel wordt afgesloten met een conclusie.

Bij aanneming van werk kan op twee ontbindingsmogelijkheden een beroep gedaan worden: die van boek 6 en boek 7 BW.² Kenmerkend voor boek 6 ontbinding is dat de schuldeiser de bevoegdheid tot ontbinden krijgt als er een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst aanwezig is aan de zijde van de schuldenaar. De bevoegdheid tot ontbinding ontstaat direct als de nakoming onmogelijk is of eerst na het intreden van verzuim. Kenmerkend voor ontbinding conform boek 7 is dat de ontbinding niet buitengerechtelijk kan, maar door de rechter uitgesproken dient te worden. Voorwaarde voor deze gerechtelijke ontbinding is dat vóór de oplevering waarschijnlijk wordt dat het werk niet op tijd of niet behoorlijk zal worden opgeleverd of dat de opdrachtgever niet op tijd of niet behoorlijk aan zijn verplichtingen zal voldoen. Ook is deze mogelijkheid tot gerechtelijke ontbinding mogelijk als de aannemer - zonder dat het hem kan worden toegerekend - de overeenkomst niet zal kunnen uitvoeren. Ik beperk mij thans tot de eerste mogelijkheid, namelijk de mogelijkheid om door de rechter de overeenkomst te laten ontbinden indien het *waarschijnlijk* is dat het werk niet tijdig of niet behoorlijk zal worden opgeleverd. De aannemer heeft nog geen wanprestatie geleverd, maar daarop wordt alvast wel vooruitgelopen. In het generieke verbintenissenrecht is

² artikel 6:265 BW respectievelijk artikel 7:756 BW.

het ontbinden vanwege mogelijke toekomstige contractsbreuk³ door de andere partij ook mogelijk en geregeld in 6:80 BW juncto 6:265 BW. De bepaling bij aanneming is evenwel ruimer dan 6:80 BW. Voor artikel 7:756 BW is de *waarschijnlijkheid* van niet tijdig of niet behoorlijk opleveren al voldoende. Artikel 6:80 BW is strenger. Dit artikel kent drie mogelijkheden alvorens de nakende niet-nakoming aangenomen kan worden. De eerste mogelijkheid vereist dat vaststaat dat nakoming zonder tekortkoming onmogelijk zal zijn. De tweede mogelijkheid is dat de schuldeiser uit een mededeling van de schuldenaar moet afleiden dat deze in de nakoming zal tekortschieten. De derde mogelijkheid is minder stringent. Deze derde mogelijkheid bestaat uit enkele elementen. De schuldeiser dient goede grond te hebben om te vrezen dat de schuldenaar tekort zal gaan schieten. De schuldeiser dient vervolgens een aanmaning te sturen met daarin opgenomen de redenen waarom hij vreest dat de schuldenaar niet zal nakomen. In de aanmaning dient ook een termijn gesteld te worden waarbinnen de schuldenaar zich bereid dient te verklaren. Indien de schuldenaar vervolgens zich niet tijdig bereid verklaard, dan is voldaan aan de derde mogelijkheid van 6:80 BW en kan de aanstaande niet-nakoming aangenomen worden. Bovenstaande mogelijkheden van 6:80 BW zijn beduidend strenger dan de enkele eis bij aanneming van de waarschijnlijk dat het werk niet tijdig of niet behoorlijk zal worden opgeleverd. De bedoeling van de wetgever in geval van aanneming van werk is evenwel geweest om de bevoegdheid tot ontbinden te verruimen. Dit omdat bij langlopende aannemingsovereenkomsten ontbinding achteraf vaak onbevredigend zou zijn.⁴

Bij aanneming van werk is er naast de hiervoor beschreven ruimere mogelijkheid tot ontbinden tevens voor de opdrachtgever de mogelijkheid gecreëerd om de aannemingsovereenkomst op te zeggen⁵. Voor ontbinding door de opdrachtgever is een er tekortkoming aan de zijde van de aannemer nodig. Opzegging daarentegen heeft geen enkele grond nodig. Het is niet nodig dat de aannemer wanprestatie heeft gepleegd of dat er anderszins sprake is van verwijtbare of voor haar risico komende omstandigheden.⁶ De opdrachtgever kan naar willekeur de aannemingsovereenkomst te allen tijde opzeggen.

Het verschil in gevolg tussen ontbinding en opzegging is met name 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 lijdt⁷. Voor schades bij aanneming van werk kan gedacht worden aan de gevolgen wegens vertraging in de uitvoering van het werk, de kosten van het vinden van een andere aannemer, maar ook de hogere vergoeding die een andere aannemer in het algemeen zal vragen om werk van derden af te maken.

Bij opzegging van de aannemingsovereenkomst door de opdrachtgever dient de opdrachtgever juist aan de aannemer te betalen. Door Asser-Van den Berg wordt aangegeven dat de aannemer aanspraak behoudt op de volledige winst over het gehele werk.⁸ Bij deze vergoeding van de volledige winst stopt het echter niet. Bij opzegging door de opdrachtgever op grond van artikel 7:764 BW is de opdrachtgever namelijk gehouden de volledige aanneemsom aan de aannemer te betalen verminderd met de besparingen die de aannemer heeft door de opzegging. De vraag die dan rijst, is wat houdt de besparing door het niet meer hoeven uitvoeren van het werk in? Nu de aannemer delen van het werk niet meer behoeft uit te voeren maakt hij minder kosten. De aannemer hoeft bijvoorbeeld geen muur meer te metselen en hoeft dan ook geen bakstenen meer te kopen om te kunnen metselen. De besparing die de aannemer heeft door het niet hoeven kopen van deze bakstenen, dient de aannemer dan aan de opdrachtgever terug te geven. Deze besparingen gaan in mindering op de aanneemsom. Indien de aannemer er ook nog in slaagt om de metselaar op een ander werk in te zetten, heeft de aannemer aan deze metselaar ook geen kosten meer die drukken op het opgezegde werk. Ook deze kosten heeft de aannemer zich dan bespaard en dient hij terug te geven aan de opdrachtgever. Bij een normaal verlopend werk, krijgt de aannemer niet enkel het materiaal (de bakstenen) en de werklieden (metselaar) vergoed door de opdrachtgever, maar krijgt hij bijvoorbeeld ook een vergoeding voor de kosten van het bedrijfspand van de aannemer, de kosten van het salaris van stafmedewerkers en de directeur. Deze kosten worden in de bouw vaak aangeduid met de algemene kosten en zijn onderdeel van de aanneemsom. Ook

3 Vaak aangeduid met de Engelse term: 'anticipatory breach'.

4 J.M. Heblly & N.L. van Rooij, *Aanneming van werk, de parlementaire geschiedenis*, Zutphen: Paris 2004, p. 59.

5 Artikel 7:756 BW.

6 A. Hammerstein & J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2003, p. 22.

7 Artikel 6:277 Burgerlijk Wetboek.

8 M.A.M.C. van den Berg, Asser - Van den Berg deel 5-III-C, *Bijzondere overeenkomsten, aanneming van werk*, Deventer: Kluwer 2007 p. 218.

deze kosten worden gedekt door de werken die de aannemer uitvoert. Deze kosten heeft de aannemer altijd en deze worden dus niet bespaard indien de opdrachtgever opzegt. Daarnaast maakt de aannemer normaliter ook winst. Bij de opzegging ontvangt de facto de aannemer in het algemeen dan ook minimaal de winst en de algemene kosten die berekend waren voor dit werk.

Het financiële verschil tussen ontbinding door de opdrachtgever en opzegging door de opdrachtgever kan groot zijn. Bij ontbinding krijgt de opdrachtgever zijn schade vergoed, terwijl bij opzegging de opdrachtgever het verschil tussen de aanneemsom en de bespaarde kosten aan de aannemer dient te betalen. Bij ontbinding door de rechter op grond van de voor aanneming specifieke regeling van het waarschijnlijk niet tijdig of niet behoorlijk opleveren, bepaalt de rechter de gevolgen van de ontbinding. Aangezien de oorzaak van de breuk tussen partijen in dat geval ook bij de aannemer is gelegen, zal die waarschijnlijk de rekening gepresenteerd krijgen.

Een opzegging van een aannemingsovereenkomst is zelden zuiver. In de samenwerking tussen opdrachtgever en aannemer zijn wat strubbelingen geweest, die op meerdere wijzen kunnen worden geïnterpreteerd. Een schuldlige is niet eenduidig aan te wijzen van de stroevare samenwerking. De verhouding tussen de opdrachtgever en de aannemer is op de één of andere manier verstoord geraakt, en de opdrachtgever wil van de aannemer af. De opdrachtgever geeft aan dat de aannemer de werkzaamheden niet meer mag voltooien. Om de eigen financiële schade te beperken, tracht de opdrachtgever de overeenkomst te ontbinden. Voor het succesvol beroep doen op een ontbinding dient er aan de zijde van aannemer een tekortkoming te zijn. De aannemer dient in verzuim te zijn en wel zodanig dat dit verzuim de ontbinding rechtvaardigt. Indien het beroep op de ontbinding niet slaagt, resteert voor de opdrachtgever de financieel ongunstige optie van het opzeggen van de aannemingsovereenkomst. De opdrachtgever doet er dan ook verstandig aan om te ontbinden, indien de drijfveer voor de beëindiging gelegen is in de wanprestatie van de aannemer.⁹ In het onderhavige geschil is dat waar het om draait. De opdrachtgevers betogen dat het gaat om ontbinding, terwijl hun contractuele wederpartij B&N betoogt dat de overeenkomst is opgezegd.

De opdrachtgevers in het onderhavige geschil betoepen zich erop dat de feitelijke uitvoering van de aannemingsovereenkomst door de inmiddels fail-

liete onderaannemer uitgevoerd zou worden. In het vonnis wordt deze failliete onderaannemer aangeduid met betrokkene 5. B&N bestrijdt dat overeengekomen is dat betrokkene 5 de feitelijke uitvoering van de aannemingsovereenkomst ter hand zou nemen. B&N erkent dat het de bedoeling was dat betrokkene 5 de werkzaamheden zou uitvoeren, maar betwist dat er harde (schriftelijke) afspraken over zijn gemaakt. Op deze stelling van opdrachtgevers, met het verweer van B&N, gaat de rechtbank niet in. Uit de door de rechtbank geciteerde brief van 13 februari 2009¹⁰ en de stellingname van opdrachtgevers in het geschil¹¹, volgt dat de uitvoering door het aannemingsbedrijf betrokkene 5 een belangrijke, zo niet essentiële, reden was voor opdrachtgevers om de overeenkomst met B&N te sluiten. Het is dan ook vreemd dat de rechtbank niet op deze stelling van opdrachtgevers in gaat en een andere benadering volgt.

De route die de rechtbank kiest, gaat via de stelling van B&N dat zij ook na het faillissement van betrokkene 5 bereid was en in staat was om de aannemingsovereenkomst met opdrachtgevers na te komen. De rechtbank beslecht het geschil door het betoog op te bouwen dat B&N het werk niet meer heeft willen en kunnen uitvoeren. B&N heeft na het faillissement van betrokkene 5 geen activiteiten uitgevoerd die voor de uitvoering van het werk wel nodig waren. Zo verwachtte de rechtbank dat B&N zich tot de curator had gewend om duidelijkheid te verkrijgen of de curator de overeenkomst gestand zou doen of dat het aan B&N vrij stond om een andere aannemer te vinden. Voorts wordt B&N tegengeworpen dat zij zich niet heeft ingespannen om de overeenkomst met opdrachtgevers na te kunnen komen. Dat B&N geen andere aannemer heeft benaderd, omdat B&N ervan uitging dat opdrachtgevers hadden opgezegd, is haar risico aldus de rechtbank. Tot slot werpt de rechtbank aan B&N tegen, dat zij niet weersproken heeft dat zij een slechte financiële positie heeft en door het faillissement van betrokkene 5 het vertrouwen van leveranciers en onderaannemers heeft verspeeld. Aldus komt de rechtbank tot de conclusie dat B&N onvoldoende heeft weersproken dat zij door het faillissement van betrokkene 5 niet bereid en/of in staat is om de aannemingsovereenkomst na te komen. Ik zal deze drie gronden voor de beslissing van de rechtbank thans in oenschouw nemen.

Op het eerste gezicht lijkt de redenering dat B&N geen contact heeft gezocht met de curator correct. Door het ontbreken van duidelijkheid over wat de curator wil en zal doen, is er voor B&N immers geen duidelijkheid. De vraag blijft open

9 Asser - Van den Berg p. 220.

10 Rechtsoverweging 2.10.

11 Rechtsoverweging 3.3.

of de curator de aannemingsovereenkomst tussen B&N en betrokkene 5 gestand zal doen en dus zal uitvoeren, dan wel dat B&N de mogelijkheid heeft om een andere aannemer te zoeken. De logische conclusie is dat het daarom voor B&N niet mogelijk is om jegens opdrachtgevers aan haar verplichtingen tot bouwen te voldoen. In mijn ogen is deze argumentatie echter niet valide. Bij een faillissement is namelijk zelden wat te halen voor een concurrent schuldeiser. Ook de vraag of de curator het werk gestand wil doen is in het algemeen een zuiver academische vraag. Ik vermag niet in te zien waarom het relevant is dat B&N die vraag nog niet aan de curator gesteld heeft. Op het moment dat de werkzaamheden bijna uitgevoerd moeten gaan worden, is het stellen van die vraag vroeg genoeg. Waarschijnlijk heeft de curator eigener beweging voor die tijd al laten weten de aannemingsovereenkomst niet te zullen nakomen en niet gestand te doen. Aangezien de discussie tussen opdrachtgevers en B&N gespeeld heeft in het voorjaar van 2009, terwijl de verplichting tot bouwen pas inging op 15 februari 2010¹² ben ik van mening dat het niet duidelijk zijn of de curator de onderaannemingsovereenkomst gestand doet, in het geheel niet relevant is.

Het tweede argument van de rechtbank, dat B&N zich niet heeft ingespannen om de overeenkomst met opdrachtgevers na te kunnen komen is evenmin sterk. Door de rechtbank wordt in het vonnis zelfs aangegeven dat de brieven van opdrachtgevers "klip en klaar" zijn dat opdrachtgevers de overeenkomst met B&N wensen te beëindigen.¹³ Het is in mijn ogen dan aan B&N veel gevraagd om te eisen dat het bedrijf zich ondanks deze briefwisseling toch een inspanning getroost om de overeenkomst te kunnen nakomen. Waarom van B&N deze inspanning gevergd wordt, is niet duidelijk gemaakt.

De derde en laatste dragende grond die de rechtbank noemt, is het niet weerspreken door B&N van de door opdrachtgevers aangevoerde stellingen dat B&N een slechte financiële positie heeft en door het faillissement van betrokkene 5 het vertrouwen van leveranciers en onderaannemers heeft verspeeld. Om de derde en laatste dragende grond van het vonnis te begrijpen, is het relevant om te weten dat betrokkene 5 en B&N nauw verweven zijn. De enige bestuurder van B&N is, via enkele vennootschappen, ook voor 50% bestuurder van betrokkene 5. Tevens is hij, via dezelfde vennootschappen, ook voor 50% eigenaar van B&N en voor 100% eigenaar van betrokkene 5.¹⁴ Dat

leveranciers en onderaannemers dan na het faillissement van betrokkene 5 huiverig zijn richting B&N, is niet vreemd. Dit gevoegd bij de blijkbaar financieel slechte situatie van B&N, geeft inderdaad wel grond aan de twijfel of B&N de bouw van de woning van opdrachtgevers tot een goed einde zal kunnen volbrengen. Voor een ontbinding bij voorbaat lijkt mij dit echter onvoldoende. In ogenschouw dient genomen te worden dat het geen zekerheid is dat B&N niet zal gaan nakomen. B&N is als contractspartij niet tekort geschoten en zij heeft uit eigener beweging minimaal tweemaal aan opdrachtgevers aangegeven, ondanks het faillissement van betrokkene 5, de verplichtingen uit hoofde van de aannemingsovereenkomst te willen nakomen. Vergeet daarbij ook niet dat de aanvang van de uitvoering van de aannemingsovereenkomst ver in de toekomst ligt.

Uiteindelijk maakt de rechtbank de beslissing af, door aan te knopen bij de waarschijnlijkheid dat B&N het werk niet tijdig of niet behoorlijk zal opleveren. De rechtbank baseert zich dus op de speciaal voor aanneming opgenomen wettelijke bepaling van de toekomstige contractsbreuk, artikel 7:756 BW, en acht de waarschijnlijkheid van het niet tijdig of niet behoorlijk gaan opleveren voldoende aanwezig.

De beslissing van de rechtbank is sympathiek, maar niet juist. Aangesloten had moeten worden bij de reden van opdrachtgevers om de samenwerking met B&N te beëindigen. Die reden is de door hen gestelde harde afspraak dat betrokkene 5 de feitelijke werkzaamheden zou uitvoeren. Men kan zich de vraag stellen waarom de opdrachtgevers zo gefixeerd zijn op betrokkene 5 en geen enkele fiducia beweren te hebben in B&N. Afgevraagd kan worden waar de gedecideerde afwijzing van B&N door de opdrachtgevers vandaan komt. Zeker in het licht van de nauwe verwevenheid van beide bedrijven, in ieder geval in de leiding van de bedrijven. Doordat de rechtbank niet onderzocht heeft of er een afspraak is dat betrokkene 5 de feitelijke werkzaamheden zou uitvoeren, of dat die schijn afdoende gewekt is door B&N, en de hierboven weergegeven onzuivere route heeft gekozen, konden opdrachtgevers mijns inziens hun stelling niet afdoende hard maken; er was geen afspraak dat de werkzaamheden feitelijk door betrokkene 5 uitgevoerd zouden worden. Dit leidt tot de conclusie dat opdrachtgevers de aannemingsovereenkomst hebben opgezegd en niet - zoals de rechtbank nu heeft beslist - dat de overeenkomst ontbonden is.

F.M. van Cassel

12 Zijnde 6 weken na 4 januari 2010, zie r.o. 2.4 en r.o. 2.14.

13 Rechtsverweging 4.2.

14 Rechtsverwegingen 2.1 en 2.2.