

TBR 2015/159

De mededelingsplicht van de aannemer bij opzegging van een aannemingsovereenkomst

– Mr. J.S.O. den Houting¹

1. Inleiding

De wet bepaalt, net als de UAV 2012 en UAV-GC 2005, dat de opdrachtgever te allen tijde de aannemingsovereenkomst kan opzeggen. Deze bevoegdheid is neergelegd in art. 7:764 lid 1 BW resp. § 14 lid 7 UAV 2012 (waarbij in de UAV 2012 niet wordt gesproken over een ‘opzegging’ maar over een ‘beëindiging van het werk in onvoltooide staat’²) en § 16-8 UAV-GC 2005. De wetgever achtte namelijk, zo lang de aannemer er financieel niet op achteruit zou gaan, het belang van de opdrachtgever bij niet-voortzetting van het werk groter dan het belang van de aannemer bij voltooiing ervan.³ De opdrachtgever die van zijn bevoegdheid tot opzegging gebruik maakt moet wel, zoals Van den Berg het noemt, een ‘*financiële aderlating ondergaan*’.⁴ Bij een opzegging dient de opdrachtgever namelijk ingevolge art. 7:764 lid 2 BW de voor het hele werk geldende prijs te betalen verminderd met de besparingen die voor de aannemer uit de opzegging voortvloeien.⁵ Paragraaf 14 lid 10 UAV 2012 geeft de aannemer bovendien recht op vergoeding van de kosten die hij als gevolg van de niet-voltooiing heeft moeten maken.⁶

¹ Jørgen den Houting is advocaat bij Rozemond Advocaten te Amsterdam. De auteur bedankt Peter Vermeij, jurist bij Bouwend Nederland te Zoetermeer, voor het meelezen en becommentariëren van het artikel.

² Juridisch gezien gaat het wel om dezelfde rechtsfiguur met dien verstande dat de afrekenmethodiek in de wet en de UAV afwijkend is. Ik ben het dan ook niet eens met de andersluidende analyse van A. Moret en M.W. Speksnijder in hun noot bij RvA 11 juni 2013, TBR 2014/65. In § 16-10 UAV-GC 2005 wordt overigens gewoon de term ‘opzegging’ gehanteerd.

³ Kamerstukken II 1992/1993, 23 095, nr. 3, p. 38.

⁴ Asser/Van den Berg 7-VI 2013, nr. 173.

⁵ Ik beperk mij in dit artikel tot de opzegging van een aannemingsovereenkomst met een bepaalde prijs en laat de afrekenmethodiek bij een ‘regio-overeenkomst’ als beschreven in de tweede zin van art. 7:764 lid 2 BW dus onbesproken.

⁶ Zie ook: P. Vermeij, ‘Beëindiging van de overeenkomst van aanneming van werk: opzegging, beëindiging in onvoltooide staat en ontbinding’, TBR 2010/212, p. 1164.

De afrekenmethodiek die is neergelegd in § 16-10 UAV-GC 2005 is weer net iets anders, maar het bespreken daarvan gaat de reikwijdte van dit artikel te buiten. Uit de wetsgeschiedenis van art. 7:764 lid 2 BW en de jurisprudentie hierover volgt dat de opdrachtgever de stelplicht en (bij betwisting) de bewijslast heeft ten aanzien van het bestaan en de omvang van die besparingen. Met andere woorden als de opdrachtgever meent dat de aannemer vanwege de opzegging meer kosten heeft kunnen besparen dan hij opvoert, dan dient de opdrachtgever dat te stellen en te bewijzen. Wat precies onder besparingen (of ‘bespaarde kosten’ volgens de terminologie van § 14 lid 10 UAV 2012) moet worden verstaan, heeft de wetgever ter nadere invulling aan de rechter gelaten; met dien verstande dat die besparingen in ieder geval de bespaarde kosten van materialen en arbeid omvatten, alsmede, indien overeengekomen, de vergoeding voor niet gelopen risico.⁷ Daar staat tegenover dat de aannemer volgens de wetgever wel een ‘belangrijke mededelingsplicht’ heeft, waarbij in de MvT wordt verwezen naar een preadvies van De Grooth uit 1955.⁸ In dit artikel zal ik onderzoeken wat precies deze ‘mededelingsplicht’ voor de aannemer inhoudt en hoe deze verplichting in de rechtspraak van de overheidsrechter en de Raad van Arbitrage voor de Bouw (hierna: ‘RvA’) wordt ingevuld. Meer in het bijzonder zal ik aandacht besteden aan het (enige) arrest van de Hoge Raad hierover uit 2013.⁹ De Hoge Raad lijkt deze verplichting namelijk anders uit te leggen dan de overheidsrechter in eerste aanleg en de RvA. Alvoorens de parlementaire geschiedenis en de toepasselijke jurisprudentie te bespreken, zal ik eerst kort de relevante regels van het bewijsrecht toelichten, omdat daaruit de betekenis van de mededelingsplicht

⁷ Kamerstukken II 1992/1993, 23 095, nr. 3, p. 38 en 39 en voor een overzicht wat zoal onder bespaarde kosten wordt verstaan zie ook: P. Vermeij, a.w., p. 1165 en 1166.

⁸ Kamerstukken II 1992/1993, 23 095, nr. 3, p. 39.

⁹ HR 12 april 2013, TBR 2014/66 en besproken door A. Moret en M.W. Speksnijder in hun noot bij RvA 11 juni 2013, TBR 2014/65.

kan worden afgeleid. Daarbij zal ik stilstaan bij de hoofdregel in art. 150 Rv, de meeste verstrekende uitzondering daarop; de omkering van de bewijslast en minder verstrekende uitzonderingen als de bewijsvermoedens en de verzwaarde stelplicht of mededelingsplicht.

2. De wettelijke en jurisprudentiële regels van het bewijsrecht (in vogelvlucht)

2.1 Inleiding

Het begrip bewijslast kent twee facetten. Enerzijds ziet het op de last die op een partij rust in een procedure bewijs te leveren (de zogenaamde ‘bewijsleveringslast’).¹⁰ Anderzijds duidt het begrip op de procedurele consequentie als het bewijs door die partij niet wordt geleverd; de rechter zal dan namelijk het te bewijzen feit niet bewezen achten.¹¹ Dit wordt het ‘bewijsrisico’ genoemd. Hoewel de enkele bewijsopdracht niet een uitdrukkelijke beslissing van de rechter over de bewijsrisicoverdeling impliceert, zal hier in de regel wel het oordeel aan ten grondslag liggen dat deze partij voor de te bewijzen feiten het risico draagt.¹²

2.2 Hoofdregel

De hoofdregel van art. 150 Rv bepaalt:

‘De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit.’

De eisende partij moet dus de feiten waarop zij haar aanspraken stoelt, voor zover gedaagde deze gemotiveerd heeft betwist, bewijzen. Gedaagde moet op haar beurt de feiten die volgens haar in de weg staan aan toewijzing van de vordering (op basis van de door eiser gestelde en niet betwiste feiten) aantonen.¹³ Het aloude adagium: ‘*Wie stelt moet bewijzen*’ is dus niet helemaal juist. Het zijn immers alleen *die* feiten waarvoor een partij stelplicht heeft die door haar moeten worden bewezen en waarvoor zij het bewijsrisico draagt¹⁴ (aan de bewijslast gaat immers de stelplicht vooraf¹⁵).

De tweede - met ‘*tenzij*’ ingeleide - zinsnede van art. 150 Rv vormt een uitzondering op de hoofdregel en biedt de rechter de mogelijkheid in een concreet geval een andere bewijslastverdeling te bepalen. Omdat de wet spreekt over ‘*andere ver-*

deling’ ziet dit met name op (bewijsrechtelijk de meest verstrekende) situaties waarin de bewijslast wordt omgekeerd. Hieronder worden echter ook de hierna te bespreken bewijsvermoedens begrepen, waarbij dat niet het geval is, maar het bewijsrisico wel wordt verlicht.¹⁶

2.3 De bewijsvermoedens

In de literatuur en jurisprudentie wordt onderscheid gemaakt tussen ‘wettelijke bewijsvermoedens’ en ‘rechterlijke bewijsvermoedens’. Een voorbeeld van een wettelijk vermoeden is neergelegd in art. 2:248 lid 2 BW: de onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur wordt (weerlegbaar) vermoed een belangrijk oorzaak van het faillissement te zijn. Een bekend voorbeeld van een rechterlijk vermoeden vormt de ‘omkeringsregel’, waarbij in bepaalde specifieke situaties **causaal verband wordt aangenomen tussen schade en onrechtmatige daad, of toerekenbare tekortkoming, welke regel recent door Vermeij in dit tijdschrift is besproken.**¹⁷ De benaming is overigens verwarrend, nu er (dus) geen sprake is van een omkering van de bewijslast, maar van een (middels tegenbewijs weerlegbaar¹⁸) vermoeden van **causaal verband.**¹⁹ Zowel voor het wettelijk, als het rechterlijk bewijsvermoeden geldt wel dat de partij die zich hierop beroept de bewijslast draagt van de feiten die hiervoor moeten vaststaan.²⁰

2.4 Mededelingsplicht, of verzwaarde stelplicht

Daarnaast heeft de Hoge Raad in de jaren vijftig van de vorige eeuw een methode ontwikkeld waarbij de rechter zonder de bewijslast om te keren, of te werken met vermoedens, kan ingrijpen in de omvang van de bewijslast die een partij draagt. Hierbij wordt de partij op wie niet de bewijslast rust opgedragen gegevens te verschaffen die de wederpartij moeten helpen bij de bewijslevering.²¹ De Hoge Raad noemt dat ‘aanknopingspunten verschaffen voor eventuele bewijslevering’.²² Deze methode wordt in de regel toegepast in zaken waarin de partij met de bewijslast in bewijsnood verkeert en de wederpartij beschikt (of zou moeten beschikken) over cruciale gegevens die op het bewijsthemabetrekking hebben. Aanvankelijk betrof dit met name zaken over merkinbreuken, maar later werd

¹⁰ Asser *Procesrecht/Asser* 3 2013, nr. 290.

¹¹ P. Vermeij, ‘De toepassing van de omkeringsregel binnen het bouwrecht’, *TBR* 2015/40, p. 257 t/m 269. Zie ook: Asser *Procesrecht/Asser* 3 2013, nr. 302.

¹² Tegenbewijs als bedoeld in art. 151 lid 2 Rv moet worden onderscheiden van bewijs in het kader van een bewijslastomkering ex art. 150 Rv. Bij bewijs in het kader van bewijslastomkering gaat het om bewijs van het tegendeel. Voor het slagen van tegenbewijs is het daarentegen voldoende dat het door de ander geleverde bewijs wordt ontzenuwd (zie: Beenders 2012, *T&C Rv*), art. 151 lid 2 Rv, aant. 3).

¹³ Asser *Procesrecht/Asser* 3, 2013, nr. 302.

¹⁴ Asser *Procesrecht/Asser* 3, 2013, nr. 299.

¹⁵ Asser *Procesrecht/Asser* 3, 2013, nrs. 306 en 307.

¹⁶ Zie onder meer: HR 20 november 1987, *RvdW* 1987, 222, r.o. 3.4.

dit ook uitgebreid naar andere rechtsgebieden, zoals het arbeidsrecht en het beroepsaansprakelijkheidsrecht.²³ Deze verplichting wordt met verschillende termen aangeduid. Soms spreekt de Hoge Raad over een 'informatie- of mededelingsplicht'²⁴, dan weer over een 'verzwaarde stelplicht'.²⁵ Met deze methode wordt niet het 'bewijsrisico' omgekeerd, of gereduceerd, maar wordt juist de hiervoor besproken 'bewijsleveringslast' verlicht. Het spreekt voor zich dat als aan deze verplichting te hoge eisen worden gesteld, de grens met de omkering van de bewijslast dicht wordt genaderd, dan wel zelfs wordt overschreden.²⁶ Ik zal nu bespreken hoe deze mededelingsplicht ook in het bouwrecht een rol is gaan spelen.

3. De totstandkoming van art. 7:764 BW en § 14 lid 10 UAV 2012

3.1 Preadvies De Grooth

Aanneming van werk was in het oud BW nog summierder geregeld dan in de huidige titel 12 van boek 7 BW. Deze rechtsfiguur was neergelegd in afdeling 6 van titel VII van boek III (artikelen 1640 t/m 1653 OBW). Art. 1647 OBW bepaalde ten aanzien van de opzegging:

'De aanbesteder kan, des goedvindende, de aanneming opzeggen, ofschoon het werk reeds begonnen zij, mits hij den aannemer, wegens alle deszelfs gemaakte kosten, arbeid en winstderving, volkomen schadeloos stelle.'

Deze beperkte (en tevens archaische) regeling in het OBW was onder meer aanleiding voor de Nederlandse Juristenvereniging om in 1955 aan De Grooth te vragen een voorstel te doen voor een nieuwe regeling van aanneming van werk.²⁷ In zijn preadvies concludeerde De Grooth dat de opdrachtgever de bevoegdheid moet hebben de aannemingsovereenkomst op ieder moment op te kunnen zeggen. Daarbij stelde hij vast dat de opzegging niet tot schadevergoeding verplicht, omdat de overeenkomst - anders dan bij een ontbinding - in stand blijft. Hij stelde daarom de afrekenmethodiek voor, die uiteindelijk ook in art. 7:764 BW en § 14 lid 10 UAV 2012 is vastgelegd. Het bewijsrisico behoorde volgens hem bij de opdrachtgever te liggen. Hij merkte daarover het volgende op:²⁸

²³ Zie voor de relevante jurisprudentie: Asser *Procesrecht/Asser* 3, 2013, nr. 307 en Beenders 2012, (*T&C Rv*), art. 150 Rv, aant. 8.

²⁴ Zoals in het in par. 4.2 te bespreken arrest: HR 12 april 2013, *TBR* 2014/66, r.o. 3.4.2.

²⁵ Zie bijvoorbeeld: HR 15 juni 2007, *RAY* 2007, 45, r.o. 3.5.2 en HR 15 december 2006, *NJ* 2007, 203, r.o. 3.4.

²⁶ Zoals Asser opmerkt in *Asser Procesrecht/Asser* 3, 2013, nr. 308.

²⁷ G. de Grooth, *Welke beginselen behoren ten grondslag te liggen aan een wettelijke regeling van de overeenkomst van aanneming van werk*, preadv. N.J.V. 1955.

²⁸ G. de Grooth, a.w., p. 191.

'Verder kan in deze constructie de aannemer volstaan met te stellen, dat zijn aannemingssom verschuldigd is, en is het aan de aanbesteder, om zich op in mindering te brengen kosten te beroepen en die te bewijzen. Immers dan moet gelden wat in § 649 B.G.B.²⁹ is bepaald, dat het de aanbesteder is, die zich heeft te beroepen op kostenbesparingen die het gevolg van de opzegging zijn, opdat zij, voor zover bewezen, in mindering gebracht kunnen worden, op de van hem gevorderde aannemingssom.'

De Grooth stelde wel vast dat dit een zware bewijslast is voor de opdrachtgever, maar achtte dat gerechtvaardigd, omdat deze partij de opzegging initieert. Daar staat tegenover dat er op de aannemer een mededelingsplicht rust ten aanzien van die besparingen, aldus De Grooth.³⁰

'Hierdoor wordt, het is waar, den aanbesteder een zware bewijslast opgelegd, maar hij is dan ook degene die door zijn opzegging de normale gang van zaken heeft verbroken. Overigens valt te bedenken, dat uiteraard op de aannemer een mededelingsplicht zal rusten t.a.v. zijn besparingen.'

Hoewel hij die verplichting niet nader toelichtte, neem ik aan dat hij daarmee doelde op de door Hoge Raad ten tijde van het preadvies ontwikkelde en in par. 2.4 besproken methode ter verlichting van de bewijsleveringsverplichting. De Grooth rechtvaardigde deze verplichting immers door te wijzen op de zware bewijslast van de opdrachtgever (voor welke situatie de Hoge Raad juist die methode had bedacht).

3.2 Parlementaire geschiedenis van art. 7:764 BW en ontstaansgeschiedenis § 14 lid 7 en 10 UAV 2012.

Het preadvies van De Grooth lag vervolgens ten grondslag aan de nieuwe Titel 12 van Boek 7 BW. Over de opzegging bepaalde art. 7.12.14 van het daartoe strekkende wetsvoorstel uit 1972 het volgende:

- '1. De opdrachtgever is te allen tijde bevoegd de overeenkomst geheel of gedeeltelijk op te zeggen.
2. In geval van zulke opzegging zal hij de voor het gehele werk geldende prijs moeten betalen, verminderd met de besparingen die voor de aannemer uit de opzegging voortvloeien, tegen aflevering door de aannemer van het reeds voltooide werk. [...].

²⁹ Par. 649 Bürgerliches Gesetzbuch (B.G.B.) bepaalt: "Der Besteller kann bis zur Vollendung des Werkes jederzeit den Vertrag kündigen. Kündigt der Besteller, so ist der Unternehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung zu verlangen; er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Es wird vermutet, dass danach dem Unternehmer 5 vom Hundert der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden vereinbarten Vergütung zustehen."

³⁰ G. de Grooth, a.w., p. 191 en 192.

Deze tekst is bij de inwerkingtreding van Titel 12 op 1 september 2003 integraal overgenomen in art. 7:764 BW. Opmerkelijk is dat de wetgever bij de toelichting op dit artikel wel refereerde aan het preadvies van De Grooth, maar in afwijking hiervan opeens sprak over een belangrijke mededelingsplicht.³¹

'Als de aanbesteder de hele prijs moet betalen, verminderd met de bespaarde kosten, ligt het voor de hand dat het bewijsrisico t.a.v. door de aanbesteder beweerde besparingen op de aanbesteder rust, ook al zal de aannemer een belangrijke [onderstreping auteur] mededelingsplicht hebben.'

Mogelijk heeft de wetgever hiermee willen afwijken van het preadvies en de aannemer een zwaardere verplichting willen opleggen. Dat blijkt echter niet uit de toelichting op het wetsartikel, omdat de wetgever volstaat met een verwijzing naar het preadvies.

De mededelingsplicht is, voor zover ik heb kunnen afleiden uit de ontstaansgeschiedenis, niet aan de orde gekomen bij de redactie van de (eerste) UAV uit 1968. De tekst van § 14 lid 8 UAV 1968 is vervolgens in de UAV 1989 en UAV 2012 verschoven naar lid 10, maar inhoudelijk niet gewijzigd.

4. De invulling van de mededelingsplicht voor de aannemer in de jurisprudentie

4.1 De overheidsrechter

De oudste relevante jurisprudentie over opzegging gaat met name over het begrip schadeloosstelling in het hiervoor geciteerde art. 1647 OBW. Hoewel de tekst van dit artikel voor meerdere uitleg vatbaar was, gold als 'heersende leer' dat de aannemer recht had op de aanneemsom minus de bespaarde kosten, zoals Van der Woude in dit tijdschrift uiteen heeft gezet.³² De Hoge Raad heeft vervolgens gelet op het wetsvoorstel uit 1972 geanticipeerd op de nieuwe regeling in het BW en in twee arresten geoordeeld dat op hetgeen de opdrachtgever de aannemer verschuldigd is, de besparingen in mindering komen die voor de aannemer uit de opzegging voortvloeien.³³ Van der Woude concludeerde in zijn artikel dat er gelet op deze jurisprudentie bewijsrechtelijk geen verschil bestond tussen art. 1647 OBW en art. 7:12.14 NBW.

³¹ Kamerstukken II 1992/1993, 23 095, nr. 3, p. 37 t/m 39.

³² M.V. van der Woude, 'Over de schadeloosstelling ex art. 1647 B.W. en een misvatting bij de bouwrechtsspecialisten', *BR* 1986, p. 107 t/m 110. Zie ook: HR 8 november 1918, *NJ* 1918, nr. 1242 en HR 19 december 1930, *NJ* 1931, 425.

³³ Zie HR 24 september 1932, *NJ* 1983, 327, m.nt. L.D. Pels Rijkken (*Syma-System/Wolleswinkel*), r.o. 3.2 en HR 14 oktober 1994, *NJ* 1996, 345 (*Waterschap/Menterne*), r.o. 3.9.

De mededelingsplicht van de aannemer kwam, voor zover ik heb kunnen nagaan, voor het eerst aan de orde in de conclusie van AG Ten Kate bij het in voetnoot 33 genoemde arrest van de Hoge Raad van 24 september 1982. De opdrachtgever had in die zaak de aannemingsovereenkomst vóór aanvang beëindigd (welke beëindiging in rechte als opzegging werd gekwalificeerd) en stelde onder meer (subsidiair) dat hij niet verplicht was nog een deel van de aanneemsom te betalen, zoals de aannemer had gevorderd op grond van art. 1647 OBW. De Hoge Raad liet zich niet uit over de mededelingsplicht. De AG wees in onderdeel 2 van zijn conclusie (met verwijzing naar het besproken preadvies van De Grooth) wel op deze verplichting.

'Aangezien opzegging overeenkomstig art. 1647 BW de verplichting van de aanbesteder in principe onaangetast laat, zal de stelplicht omtrent besparingen als gevolg van de opzegging in beginsel op de opdrachtgever rusten. Gelet op de feitelijke moeilijkheden die voor de aanbesteder hier kunnen bestaan, zal evenwel daartegenover een behoorlijk gemotiveerde betwisting van de zijde van de aannemer (mededelingsplicht [onderstreping auteur]) mogen worden verlangd, zo nodig, met bewijs van kosten die hij stelt reeds gemaakt te hebben. Voor het overige zal de bewijslast in beginsel weer op de opdrachtgever rusten.'

AG Ten Kate verstond onder de mededelingsplicht een '*behoorlijk gemotiveerde betwisting*' en gaf daarmee in mijn optiek een andere uitleg aan de verplichting dan De Grooth (zoals toegelicht in par. 3.1). De mededelingsplicht of verzwaarde stelplicht gaat namelijk vooraf aan de betwisting; de aannemer dient gegevens te verschaffen aan de opdrachtgever op basis waarvan deze kan besluiten al dan niet de besparingen te betwisten (welke betwisting de aannemer op zijn beurt weer kan bestrijden). De annotator van dit arrest (Pels Rijkken) ging nog een stap verder en achtte het sowieso bezwaarlijk dat de opdrachtgever de stelplicht en bewijslast had ten aanzien van de besparingen en merkte daarover op:

'Naar mijn mening bestaat tegen de leer van de H.R. en eveneens tegen art. 7:12.14, lid 2, voor zover dat artikel betrekking heeft op aannemingsovereenkomsten met een vaste aanneemsom, een veel wezenlijker bezwaar, te weten dat ze de opdrachtgever belasten met een onredelijke stelplicht en bewijslast. Hoe kan een aanbesteder bij overeenkomsten met een vaste aanneemsom vaststellen, welke kosten de aannemer na een opzegging nog had moeten maken om het werk te voltooien?'

Dat de opdrachtgever tegemoet werd gekomen door bij de aannemer een mededelingsplicht te leggen nam dit bezwaar volgens hem niet weg.

Na dit arrest volgt een aantal uitspraken van rechters in eerste aanleg waarin de mededelingsplicht werd uitgelegd op de wijze zoals De Grooth (en daarmee de wetgever) deze verplichting volgens mij bedoeld hebben.

Zo oordeelde de rechtbank Alkmaar in r.o. 4.7 van haar tussenvonnis van 21 januari 2009:³⁴

‘Hoewel bij de totstandkoming van de aannemingsovereenkomsten geen sprake is geweest van de zogenaamde ‘open begroting’ en de calculatie van de aanneemsom de opdrachtgever in beginsel dus niet aangaat, overweegt de rechtbank dat in het kader van de afrekening ingevolge genoemd artikel op de aannemer - die immers op de feiten zit - een belangrijke mededelingsplicht rust. Met andere woorden: de aannemer zal de opdrachtgever in staat moeten stellen het bewijs te leveren.’

Hoewel de aannemer (dus) niet gehouden was de begroting in het geding te brengen, bepaalde de rechtbank wel dat hij de gestelde besparingen diende te specificeren (zie wederom r.o. 4.7):

‘In het bijzonder mag van [eiser] worden verwacht dat hij een specificatie van de besparingen geeft, waarbij een onderscheid wordt gemaakt in materiaal-kosten, arbeid (uren x tarief) en overige kosten (met een uitsplitsing daarvan).’

De rechtbank oordeelde dat de aannemer daar in ieder geval in dat stadium van de procedure niet aan had voldaan en gelastte hem de besparingen bij akte nader toe te lichten.³⁵ Tot een vergelijkbare uitleg kwam de rechtbank Dordrecht in haar tussenvonnis van 18 augustus 2010.³⁶

Op 12 april 2013 wees de Hoge Raad het in dit tijdschrift door Moret en Speksnijder besproken arrest waarin de mededelingsplicht van de aannemer voor het eerst aan de orde kwam.³⁷ In deze zaak hadden zowel de rechtbank Utrecht als het Hof Amsterdam de beëindiging door opdrachtgevers van de aannemingsovereenkomst als een opzegging ex art. 7:764 lid 1 BW gekwalificeerd, nu er geen sprake was van wanprestatie of verzuim aan de zijde van aannemster. Het hof was echter, in tegenstelling tot de rechtbank, van oordeel dat aannemster gedurende een periode van 22 dagen na opzegging méér arbeidskosten had kunnen besparen dan zij had opgevoerd (zoals opdrachtgevers hadden gesteld). Hoewel het hof in zijn algemeenheid overwoog dat de inzet van personeel op

andere reeds aangenomen werken geen besparing oplevert, achtte het in die zaak aannemelijk dat aannemster de vrijgekomen tijd met ander werk had kunnen invullen en daarmee kosten had kunnen besparen. Het hof stelde daarbij vast dat aannemster ten tijde van de opzegging drie andere werken had aangenomen, maar niet had aangevoerd dat haar mensen noodgedwongen stil hadden gezeten en oordeelde daarom dat opdrachtgevers maar de helft van de niet gewerkte arbeidsuren dienden te vergoeden. In cassatie heeft de Hoge Raad dat oordeel in stand gelaten. In r.o. 3.4.2 bevestigde de Hoge Raad – met verwijzing naar de toelichting bij art. 7:764 lid 2 BW in de MvT – de hoofdregel dat de opdrachtgever de stelplicht en de bewijslast heeft van het bestaan en de omvang van de besparingen, maar dat op de aannemer een belangrijke mededelingsplicht rust. Vervolgens achtte de Hoge Raad het oordeel van het hof dat opdrachtgevers aan hun stelplicht hadden voldaan en dat aannemster, gelet op de op haar rustende mededelingsplicht, die stelling onvoldoende had bestreden geen blijk geven van een onjuiste rechtsopvatting, noch onvoldoende gemotiveerd of onbegrijpelijk (zie r.o. 3.4.3 en 3.4.4). Bij dat oordeel plaats ik graag een feitelijke en een juridische kanttekening.

Uit de omstandigheid dat aannemster haar personeel op drie andere op dat moment al aangenomen werken had kunnen inzetten, volgt nog niet dat zij personeelskosten over de bewuste periode van drie weken had kunnen besparen. Immers, gesteld noch gebleken is dat deze werken daadwerkelijk eerder afgerond konden worden (dat hangt van diverse omstandigheden af: zoals bijvoorbeeld levertijden van voor het werk benodigde materialen, de logistiek op het werk, de wensen c.q. instructies van de opdrachtgevers van die werken, et cetera). Maar zelfs als dit wel zou zijn komen vast te staan, dan is daarmee nog niet gezegd dat aannemster eerder *nieuwe* werken had kunnen bemachtigen. Kortom, de enkele stelling van opdrachtgevers dat aannemster haar personeel op andere werken had kunnen inzetten acht ik onvoldoende om aan te kunnen nemen dat zij arbeidskosten heeft kunnen besparen. Bewijs hiervoor hadden opdrachtgevers ook niet aangedragen. Terecht merkt AG Spier in onderdeel 4.12 van zijn conclusie dan ook op dat het oordeel van het hof op dit punt onbegrijpelijk is, juist nu het in die zaak had overwogen dat het inzetten van personeel op andere werken in beginsel geen besparing oplevert. Hij concludeerde daarom tot vernietiging van het bestreden arrest.

Daarnaast kenden hof en Hoge Raad aan de stelplicht en de bewijslast van de opdrachtgever maar een beperkte rol toe, zoals Moret en Speksnijder in hun hiervoor genoemde noot ook terecht hebben opgemerkt. Ik meen zelfs dat in die zaak feitelijk het bewijsrisico bij aannemster is gelegd (waarmee de bewijslast dus is omgekeerd). Immers,

³⁴ Rb. Alkmaar 21 januari 2009, ECLI:NL:RBALK:2009:BH0912.

³⁵ Een eindvonnis is niet gepubliceerd op rechtspraak.nl; vermoedelijk hebben partijen de zaak geschikt.

³⁶ Rb. Dordrecht 18 augustus 2010, ECLI:NL:RBDOR:2010:BI4740, r.o. 7.14 t/m 7.16. Ook in deze zaak is er geen eindvonnis gepubliceerd.

³⁷ HR 12 april 2013, TBR 2014/66, m.nt. A. Moret en M.W. Speksnijder bij RvA 11 juni 2013, TBR 2014/65.

opdrachtgevers konden volstaan met de blote stelling dat aannemster haar werknemers op andere klussen had kunnen inzetten en dus gereserveerde manuren had kunnen besparen, waarna aannemster deze stelling volgens hof en Hoge Raad gemotiveerd had moeten betwisten (en dus kennelijk had moeten stellen en bewijzen dat zij geen personeelskosten heeft kunnen besparen).

In zijn arrest van 23 april 2013 legt het Hof Arnhem-Leeuwarden de mededelingsplicht op een zelfde strenge manier uit. Het hof achtte in die zaak de enkele stelling van opdrachtgeefster dat aannemster voor de gestelde 10% algemene kosten geen alternatieven had kunnen vinden een toereikende betwisting van de door aannemster gestelde besparingen.³⁸

Op 17 september 2014 wees de rechtbank Gelderland een vonnis dat in lijn is met de hiervoor besproken uitspraken van de rechtbank Alkmaar en de rechtbank Dordrecht en die wat mij betreft dus beter aansluiten bij het preadvies van De Grooth en de bedoeling van de wetgever.³⁹

De meest recent gepubliceerde uitspraak is wederom geweest door het Hof Arnhem-Leeuwarden.⁴⁰ Het hof oordeelde in r.o. 2.9 van zijn arrest van 3 maart 2015 dat aannemster niet had voldaan aan de op haar rustende mededelingsplicht, nu zij ten onrechte had volstaan met een cijfermatig overzicht van de besparingen aan materiaal en arbeid voorzien van een in algemene bewoordingen gegeven toelichting. Vermelding dient daarbij dat het hof in een eerder stadium van die procedure - blijkens r.o. 2.5 van het arrest - aannemster had opgedragen bij akte 'een deugdelijk onderbouwd overzicht' te geven van de besparingen. Gelet op het feit dat het geschil met name betrekking had op de post gederfde winst - waarbij aannemster had volstaan met een 'bloot' winstpercentage dat niet was overeengekomen en dat volgens opdrachtgever ongebruikelijk was in de branche - acht ik het oordeel van het hof dat aannemster haar standpunt meer handen en voeten had moeten geven zonder meer verdedigbaar. Te meer nu aannemster nog de mogelijkheid had gekregen een akte te nemen.

4.2 Raad van Arbitrage voor de Bouw

De RvA heeft zich regelmatig gebogen over de mededelingsplicht van de aannemer in het kader van besparingen. Ik bespreek hierna de in mijn ogen meest relevante uitspraken.

³⁸ Hof Arnhem-Leeuwarden 23 april 2013, J.A.N. 2013, nr. 114 en TBR 2014/67, r.o. 7.3.

³⁹ Rb. Gelderland 17 september 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:5887, r.o. 2.3 t/m 2.5.

⁴⁰ Hof Arnhem-Leeuwarden 3 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1555.

Het oudste vonnis dat ik over dit onderwerp heb kunnen vinden dateert van 14 oktober 1981.⁴¹ De hierin door arbiters bepaalde bewijslastverdeling acht ik niet in lijn met de in par. 4.1 besproken jurisprudentie van de Hoge Raad over de bewijslastverdeling ten aanzien van art. 1647 OBW. Arbiters oordeelden namelijk dat ingevolge dat artikel de bewijslast op de aannemer rustte en deze had 'aan te tonen in hoeverre door hem kosten zijn gemaakt en arbeid is verricht.'

Inmiddels is de vaste lijn in de uitspraken van de RvA dat - overeenkomstig het preadvies van De Grooth en de bedoeling van de wetgever - de opdrachtgever de stelplicht en de bewijslast heeft ten aanzien van de hoogte van de besparingen, maar dat op de aannemer een mededelingsplicht rust; in die zin dat hij voldoende moet onderbouwen welke kosten hij ondanks de beëindiging van het werk heeft kunnen besparen. Zo bepaalden arbiters in hun vonnis van 6 augustus 2008 dat het aan hoofdaannemster (als 'opdrachtgever') is om aan te tonen dat de bespaarde kosten van de onderaannemster (als 'aannemer') hoger zijn dan gesteld. Daarbij overwogen zij - heel praktisch - in r.o. 21 dat hoofdaannemster hiertoe in beginsel kon verwijzen naar de inschrijfstaat en dat onderaannemster diende aan te tonen dat dit document geen goede maatstaf zou zijn voor de vaststelling van de omvang van deze kosten.

Tot een zelfde oordeel kwamen arbiters in r.o. 29 van hun vonnis van 22 maart 2011.⁴²

'Arbiters overwogen voorts dat, indien een opdrachtgever een aannemingsovereenkomst opzegt, in beginsel aannemster in eerste instantie de hoogte van de volgens haar bespaarde kosten deugdelijk dient te onderbouwen, waarna - indien opdrachtgever stelt dat dit bedrag hoger dient te zijn - op opdrachtgever de last rust om het meerdere te bewijzen.[...].'

De ratio van de mededelingsplicht verwoordden arbiters in r.o. 328 van hun vonnis van 5 december 2012⁴³ (terecht) als volgt:

'In beginsel liggen de stelplicht en de bewijslast bij opdrachtgeefster. Bij aannemster is evenwel in belangrijke mate een informatieplicht gelegen. Zij beschikt immers over de gegevens met betrekking tot het materieel en de inzet ervan. Opdrachtgeefster beschikt hier niet over.'

Vermeldenswaardig is nog dat arbiters vaak bepalen dat de aannemer de niet-bespaarde kosten dient te specificeren (en zij daarmee dus niet let-

⁴¹ RvA 14 oktober 1981, BR 1982 / 9288, m.nt. H.O. Thunnissen.

⁴² RvA 22 maart 2011, No. 30.518. Zie ook: RvA 4 november 2014, No. 71.916, r.o. 69.

⁴³ RvA 5 december 2012, No. 71.500.

terlijk de rekenmethodiek van art. 7:764 lid 2 BW en § 14 lid 10 UAV volgen; waarin juist wordt uitgegaan van resp. 'besparingen' of 'bespaarde kosten'. Zo oordeelden arbiters in r.o. 35 van hun vonnis van 16 oktober 2006.⁴⁴

'Ten aanzien van het bewijs van besparingen volgen arbiters subonderaannemster weliswaar in haar stelling dat de bewijsplicht voor besparingen uiteindelijk bij onderaannemster ligt. Echter: arbiters zijn van oordeel dat op sub-onderaannemster wel een stelplicht rust in die zin dat zij voldoende onderbouwd dient aan te geven welke kosten zij zich ondanks het voortijdig (en vroegtijdig) beëindigen van het werk niet heeft bespaard.'

Ik acht dat niet strijdig met die bepalingen, noch met het preadvies van De Grooth of de bedoeling van de wetgever, nu de besparingen c.q. bespaarde kosten en de niet-bespaarde kosten immers communicerende vaten zijn.

In het scheidsrechterlijk vonnis van 11 juni 2013 wordt ten slotte naar het in par. 4.1 besproken arrest van de Hoge Raad uit 2013 verwezen.⁴⁵ Hierin stelden arbiters evenwel - gelijk Moret en Speksnijder hebben opgemerkt in hun noot - hogere eisen aan de stelplicht en de bewijslast van de opdrachtgever (in dit geval hoofdaannemster) dan de Hoge Raad had gedaan. Arbiters oordeelden in r.o. 20 t/m 22 van hun vonnis dat de berekeningen die hoofdaannemster in die zaak had aangedragen met betrekking tot de omvang van de besparingen onjuistheden en tegenstrijdigheden bevatten en bepaalden dat de door de onderaannemster gestelde besparingen derhalve als vaststaand moesten worden aangenomen.

5. Conclusie

Uit de parlementaire geschiedenis van art. 7:764 lid 2 BW volgt dat de opdrachtgever de stelplicht en de bewijslast heeft ten aanzien van het bestaan en de omvang van de besparingen die voor de aannemer uit een opzegging voortvloeien. De aannemer heeft daarbij een 'belangrijke mededelingsplicht', aldus de wetgever met verwijzing naar een preadvies uit 1955 van De Grooth. Noch in de parlementaire geschiedenis, noch in het preadvies wordt deze mededelingsplicht nader toegelicht. Uit de regels van het bewijsrecht heb ik evenwel afge-

leid dat deze verplichting inhoudt dat de aannemer de opdrachtgever aanknopingspunten dient te verschaffen voor eventuele bewijslevering. Hiermee wordt de zogenaamde 'bewijsleveringsverplichting' van de opdrachtgever gereduceerd. De rechtvaardiging hiervoor kan worden gevonden in het feit dat de aannemer over cruciale financiële informatie beschikt die de opdrachtgever nodig heeft om te kunnen beoordelen of de door de aannemer gestelde besparingen juist zijn, of dat hij meer kosten heeft kunnen besparen.

Uit jurisprudentie van de overheidsrechter in eerste aanleg en de RvA blijkt dat de hiervoor genoemde bewijslastverdeling bij de besparingen in de regel ook op deze manier wordt uitgelegd. De stelplicht en de bewijslast rusten bij de opdrachtgever, maar de aannemer dient de opgevoerde besparingen (dan wel volgens enkele uitspraken van de RvA de niet-bespaarde kosten) te specificeren, waardoor de opdrachtgever in staat wordt gesteld bewijs te leveren van de mogelijke stelling dat de aannemer meer heeft kunnen besparen. Over de vraag wat de aannemer dan precies aan gegevens dient te verstrekken laat de overheidsrechter, noch de RvA zich specifiek uit; dat zal ook per zaak verschillen. Uit het tussenvonnis van de rechtbank Alkmaar maak ik wel op dat deze verplichting niet zover gaat dat de aannemer zijn begroting moet overleggen als deze geen onderdeel van de overeenkomst was.

De Hoge Raad heeft daarentegen in 2013 in zijn (enige) arrest over dit onderwerp de mededelingsplicht dusdanig streng uitgelegd dat daarmee feitelijk het bewijsrisico ten aanzien van de besparingen bij aannemster kwam te liggen. Opdrachtgevers konden volstaan met de stelling dat aannemster meer had bespaard aan arbeidskosten dan zij had opgevoerd, waarna aannemster volgens de Hoge Raad had moeten stellen en bewijzen dat die stelling onjuist was (hetgeen haar dus niet was gelukt). Ik meen dat de Hoge Raad daarmee is afgeweken van de bedoeling van de wetgever (en het preadvies van De Grooth) en hoop van harte dat deze lijn niet wordt doorgezet. Per slot van rekening moet het de opdrachtgever niet te gemakkelijk en te aantrekkelijk worden gemaakt om de aannemingsovereenkomst op te zeggen, zoals AG Spier opmerkte in par. 3.22.1 van zijn conclusie bij dat arrest. ●

⁴⁴ RvA 16 oktober 2006, No. 26.756, r.o. 35. Zie ook: RvA 7 april 2014, No. 34.067, r.o. 37 en RvA 9 januari 2015, No. 33.940, r.o. 24.

⁴⁵ RvA 11 juni 2013, TBR 2014/65, m.nt. A. Moret en M.W. Spel:snijder, r.o. 16.