

artikel 3:55 lid 2 BW. Op grond van deze bepaling vervalt de bevoegdheid om een beroep te doen op een vernietigingsgrond namelijk wanneer een onmiddellijk belanghebbende na de aanvang van de verjaringstermijn aan hem wie de bevoegdheid toekomt een redelijke termijn heeft gesteld te kiezen tussen bevestiging en vernietiging en deze binnen die termijn geen keuze heeft gemaakt. Het spreekt voor zich dat partijen die een beroep willen doen op voormelde bepaling, in de bekendmaking nadrukkelijk melding maken van de toepasselijkheid van dit artikel en de gevolgen daarvan. Daarnaast zou overwogen kunnen worden om de zaak 'dubbel te stikken' door én te publiceren én, indien bekend, onmiddellijk belanghebbenden (zoals partijen die zich hebben gemeld maar niet gekwalificeerd zijn als serieuze gegadigde) direct aan te schrijven.

Voor een beroep op artikel 3:55 lid 2 BW is wel vereist dat de verjaringstermijn al is aangevangen. Dit kan problematisch zijn, aangezien uit het *Didam*-arrest voortvloeit dat het 'voornemen' tot verkoop gepubliceerd moet worden. Dit roept de vraag op of het is toegestaan dat het overheidslichaam de overeenkomst reeds (bijvoorbeeld onder opschortende voorwaarde waardoor deze voor het intreden van de voorwaarde nog geen afdwingbare rechtgevolgen in het leven roept) sluit en vervolgens tot publicatie overgaat, waarbij derden een redelijke termijn wordt gesteld om zich te beroepen op vernietigbaarheid als zij het niet met de verkoop eens zijn.

Naar onze mening zijn er weinig bezwaren tegen een dergelijke praktijk, mits de gestelde termijn inderdaad redelijk is en de publicatie voldoende duidelijk en vindbaar is. Deze praktijk sluit aan bij het aanbestedingsrecht, waar een beroep op vernietigbaarheid op grond van artikel 4.15 en 4.16 Aanbestedingswet 2012 ook niet meer mogelijk is indien na publicatie een bepaalde termijn in acht is genomen (zij het dat ook deze bepalingen ervan uitgaan dat de overeenkomst pas na ommekomst van deze termijn gesloten wordt). Hiermee zou enerzijds worden geborgd dat derden voldoende mogelijkheden hebben om op te komen tegen de verkoop, terwijl anderzijds de rechtszekerheid van de contractspartijen wordt gediend door de beroepstermijn te beperken.

6. Conclusie

Kort en goed concluderen wij als volgt. Zowel de voorzieningenrechter als het gerechtshof kiezen voor de toepassing van artikel 3:40 lid 2 BW op *Didam*-strijdige overeenkomsten. Volgens beide is sprake van strijd met een dwingende wetsbepaling, namelijk artikel 3:14 BW. Wij vinden dit niet vanzelfsprekend, omdat artikel 3:14 BW in essentie een schakelbepaling is en daarom niet zelfstandig – als 'dwingende wetsbepaling' – de basis kan zijn voor aantastbaarheid van rechtshandelingen. Bovendien wordt aldus uit het oog verloren dat niet elke schending van een publiekrechtelijke regel beoogt de geldigheid van civielrechtelijke rechtshandelingen aan te tasten.

Als men wel uitgaat van toepasbaarheid van deze bepaling, ligt nietigheid van *Didam*-strijdige overeenkomst het meest voor de hand. Van vernietigbaarheid is enkel sprake als de geschonden wetsbepaling enkel strekt tot de bescherming van de belangen van één van de contractspartijen. Daarvan is bij *Didam*-strijdige overeenkomsten geen sprake, nu artikel 3:14 BW c.q. het gelijkheidsbeginsel in dit kader juist de belangen van derden beoogt te beschermen. In tegenstelling tot de voorzieningenrechter menen wij dat er ook bij toepassing van artikel 3:40 lid 2 BW ruimte bestaat om bijkomende omstandigheden mee te wegen, zoals de vraag of partijen zich bewust waren van de normschending en een eventueel beroep op het vertrouwensbeginsel. Deze ruimte ligt in het op de voorgrond plaatsen van de publiekrechtelijke norm die zich over de band van artikel 3:14 BW in het civiele recht doet gelden, in plaats van artikel 3:14 BW zelf.

Hoewel nietigheid van *Didam*-strijdige overeenkomsten vanuit dogmatisch oogpunt naar onze mening het meest voor de hand ligt, zou vernietigbaarheid wel praktische voordelen kunnen bieden. Niet alleen geldt er in dat geval een kortere verjaringstermijn voor een beroep op de vernietigbaarheid, de wet biedt ook mogelijkheden om deze termijn – net als in het aanbestedingsrecht – verder in te korten. In zoverre zou er aanleiding zijn om te pleiten voor ons eigen ongelijk als het gaat om de keuze tussen nietigheid en vernietigbaarheid.

Wat het ook moge worden: naar onze mening moet in het kader van *Didam*-strijdige overeenkomsten het gelijkheidsbeginsel (en diens strekking) op de voorgrond worden geplaatst en niet artikel 3:14 BW. Bij die laatste benadering wordt immers geen acht geslagen op de vraag wat met die norm is beoogd en wat de omvang is van de rechtsbescherming die die norm beoogt c.q. behoort te bieden.

S. Elbertsen & E.W.J. de Groot

BR 2023/48

Hof Arnhem-Leeuwarden 14 maart 2023, nr. 200.299.215 (Mrs. W.C. Haasnoot, M.S.A. van Dam en G.A. Diebels) m.nt. M.R. Lim¹

Art. 7:400, 7:405 BW

ECLI:NL:GHARL:2023:2216

Bouwteam. Geen schriftelijke overeenkomst. Geen overeenkomst van opdracht maar voorbereidende hulpovereenkomst.

Partijen zijn (in elk geval) vanaf de bouwteamvergadering van 28 maart 2019 bedrijfsmatig gaan samenwerken. Die

¹ Mark Lim is advocaat bij Legaltree.

samenwerking kan niet los worden gezien van het uiteindelijke doel van de realisatie van bouwfase 2 van het project 'Vecht en Veld'. Vechtland heeft de inschakeling in het bouwteam zo opgevat dat [appellante] de voorbereidende werkzaamheden verrichte zonder aparte beloning, maar als investering, om op die manier een voorkeurspositie te hebben in de latere onderhandelingen over de realisatieovereenkomst. [appellante] heeft uit de aannemersselectie (3.7-3.8) echter afgeleid dat zij niet apart zou worden beloond voor de voorbereidende werkzaamheden, maar dat zij erop kon vertrouwen dat haar de realisatie van de 38 woningen zou worden gegund. In de daarvoor af te spreken aanneemsom zouden dan de kosten van de voorbereiding worden verwerkt. Daaruit volgt naar het oordeel van het hof niet dat [appellante] de verbintenis op zich heeft genomen om werkzaamheden te verrichten, waar Vechtland opdracht voor gaf, om vervolgens op grond van artikel 7:405 BW loon op uurbasis in rekening te brengen. Het hof kwalificeert de samenwerking als een (voorbereidende) hulpovereenkomst om tot een realisatieovereenkomst te komen. Op grond daarvan bestaat echter geen aanspraak op een redelijk loon.

(...)

2 De kern van de zaak

2.1 [appellante] heeft als aannemer in een bouwteam aan de voorbereiding van een gedeelte van het project Vecht & Veld gewerkt, maar heeft de opdracht daarvoor niet van Vechtland gekregen. Volgens [appellante] moet Vechtland nu de kosten vergoeden, die zij daarvoor heeft gemaakt. Vechtland betwist dat.

2.2 [appellante] heeft bij de rechtbank gevorderd dat Vechtland wordt veroordeeld om een bedrag te voldoen van € 170.962,97, te vermeerderen met de wettelijke rente. Ook moet Vechtland worden veroordeeld in de proceskosten. De rechtbank heeft deze vorderingen afgewezen en [appellante] in de proceskosten veroordeeld.

2.3 De bedoeling van het hoger beroep is dat de vorderingen, na een eisvermeerdering bij het hof tot een bedrag van € 171.398,26, alsnog worden toegewezen. Verder wil [appellante] terugbetaling van wat door [appellante] op basis van het vonnis van de rechtbank aan Vechtland is betaald, vermeerderd met wettelijke rente. Ook wil [appellante] dat Vechtland de proceskosten bij de rechtbank en bij het hof vergoedt.

3 Oordeel van het hof

3.1 Het hoger beroep slaagt. Het hof zal beslissen dat [appellante] de omvang van zijn kosten mag toelichten; daarna mag Vechtland daarop reageren. Hierna zal het hof uitleggen hoe het tot die beslissing komt.

Waar het hof van uit gaat

3.2 Het hof gaat uit van de volgende door de rechtbank vastgestelde en door het hof aangevulde feiten naar aanleiding van de door [appellante] geuite bezwaren (grievens) tegen het vonnis.

3.3 [appellante] is een bouwbedrijf dat actief is op het gebied van woningbouw en begeleiding en advisering in ontwikkelingstrajecten van woningbouw.

3.4 Vechtland is eigenaar van een stuk bouwgrond in Vreeland (gemeente Stichtse Vecht) waarop in haar opdracht het woningbouwproject 'Vecht en Veld' wordt gerealiseerd. De heer [naam1] is [functie] van Vechtland. Voor het ontwerp van de woningen heeft Vechtland EVE Architecten (hierna: EVE) ingeschakeld.

3.5 Het project 'Vecht en Veld' bestaat uit verschillende bouwfasen. Bouwfase 2 betreft de realisatie van 38 vrijstaande woningen, verdeeld over zeven verschillende typen (woningtype A tot en met G).

3.6 EVE heeft in het kader van de realisatie van deze bouwfase verschillende aannemers benaderd, onder wie [appellante]. In haar e-mail aan [appellante] van 29 januari 2019 is, voor zover van belang, het volgende opgenomen:

"De volgende stap is het betrekken van een aannemer in het bouwteam om vervolgens samen de plannen gereed te maken voor verkoop, aanvraag omgevingsvergunning en vervolgens uitvoering.(...)

Middels deze mail wil ik peilen of jullie interesse hebben om als aannemer aan te haken in dit bouwteam. (...) Het doel is om met de geïnteresseerde partijen een kennismaking te plannen met de opdrachtgever. Vervolgens zal er door de opdrachtgever één partij geselecteerd worden om de verdere uitwerking op te pakken."

3.7 Naar aanleiding hiervan zijn [appellante] en EVE met elkaar in gesprek gegaan. Bij e-mail van 1 maart 2019, met als onderwerp 'Aannemersselectie 38 woningen Vecht & Veld Vreeland' heeft EVE aan [appellante] verschillende documenten en uitgangspunten gestuurd, die nodig zijn voor de door Vechtland gewenste calculatie van woningtype C 1. Verder heeft EVE toegelicht:

"Goed om te vermelden dat het zeker niet de insteek is om een partij te selecteren obv de voordeligste aanbieding. Wij realiseren ons dat het maken van een calculatie in deze fase, en op basis van de beschikbare stukken, nog niet concreet genoeg is om een goed vergelijk te maken. Dit is dan ook niet de bedoeling. De keuze zal nog steeds gemaakt worden op basis van een goede klik, vertrouwen, referenties en indruk van het bedrijf. Echter is het wel van belang om gevoel te krijgen bij de bouwkosten zodat er beeld gevormd kan worden bij de totale investering, v. o. n. prijzen etc. Tijdens de kennismaking is het al even besproken, maar naast de raming van type C zijn wij benieuwd naar jullie plan van aanpak en verkoopbegeleiding. Zouden jullie dit beknopt willen omschrijven of aan willen tonen op basis van een referentieproject?"

3.8 [appellante] heeft aan Vechtland op 8 maart 2019 een begroting en een concept algemene technische omschrijving voor woning C1 en een omschrijving van de planbegeleiding/verkoopbegeleiding, voorbereidingsplanning en bouwbegeleider (het hof begrijpt: bouwbegeleiding)

toegestuurd. Op 19 maart 2019 heeft [appellante] aanvullende vragen beantwoord.

3.9 Op 28 maart 2019 heeft een bouwteamoverleg plaatsgevonden. Daarbij zijn Vechtland, EVE en [appellante] aanwezig geweest. In het gespreksverslag van dit overleg is onder meer opgenomen:

- "6. Overeenkomst
- 6.1 Samenwerkingsovereenkomst
 - BBL doen een voorstel voor een samenwerkingsovereenkomst. Deze mag kort, duidelijk en krachtig zijn. (BBL)
 - EVE is leading in het proces tot aan verkoop, hierna neemt BBL de lead over. (Allen) (...)
 - BBL levert input (KVK, Solvabiliteit, etc.) tbv samenwerkingsovereenkomst (BBL)".

3.10 Bij e-mail van 3 april 2019 heeft [appellante] , voor zover van belang, het volgende aan Vechtland geschreven:

"Hierbij informeer ik je volgens afspraak over KVK gegevens en de financiële situatie van Bouwbedrijf [appellante] . (...)

Ik ben bezig met me te verdiepen in een samenwerkingsovereenkomst, takenlijst en realisatieovereenkomst.. Inmiddels een Taken verdeellijst gevonden van een ander project. Deze lijkt mij wel geschikt om te gebruiken bij een samenwerkingsovereenkomst en realisatie overeenkomst. Als bijlage een concept toegevoegd. Bij andere bouwteams heb ik geen samenwerking/bouwteam overeenkomst afgesloten, echter alleen een realisatie overeenkomst. Dit komt vaak doordat er een korte tijd die tussen samenwerkingsovereenkomst en realisatie overeenkomst zit....Onderlinge afspraken hebben we toen via de mail vastgelegd met elkaar.

Als het geen probleem is kunnen we dat hier ook afspreken en direct starten met het maken van een realisatie overeenkomst die we dan voor start verkoop met elkaar afronden."

3.11 In de door [appellante] op 3 april 2019 meegestuurde concept-"Takenverdeellijst bouwteam Vecht en Veld" is onder meer opgenomen dat [appellante] de kopersbegeleiding verzorgt alsook de oplevering, het V&G plan in de uitvoeringsfase, de projectevaluatie einde werk en (aan nazorg) de klachtregistratie en -afhandeling.

3.12 Vechtland heeft diezelfde dag in een e-mailreactie geschreven:

"Daar gaan we uit komen. Takenlijst, kostenlijst en dan realisatie klinkt goed. Heb je voorbeeld van die realisatieovereenkomst".

3.13 Vechtland heeft op 23 april 2019 een paar opmerkingen geplaatst bij de concept Takenverdeellijst, maar niet bij de punten genoemd in 3.11. Wel heeft Vechtland erbij geschreven dat offertes voor de sonderingen en fundatieadvies door [appellante] zouden worden aangevraagd.

3.14 Bij e-mail van 21 mei 2019 heeft Vechtland haar ontevredenheid geuit. Zij heeft aan EVE en [appellante] , voor zover van belang, het volgende geschreven:

"Ik ben niet tevreden over de stand van zaken:

Werkzaamheden worden niet volgens afspraken, beloftes en planning uitgevoerd. (...)

We hebben geen tekening ontvangen met de positie van de sonderingen, zijn ze nu dus wel allemaal uitgevoerd? (...)

Facturen voor Sonderen, constructie berekeningen en installatie advies mogen 1 op 1 aan VR (hof: Vechtland) worden gestuurd en worden dan direct betaald."

3.15 Er is een concept-realisatieovereenkomst van 21 mei 2019. Op 26 juli 2019 heeft [appellante] aan Vechtland, voor zover van belang, het volgende gestuurd:

"Naar aanleiding van ons gesprek van woensdag j.1. heb ik de Realisatie overeenkomst verder aangepast/ingekort. (...) Zie bijlagen. (...) Onderdelen over bouwtijd, prijsstijging, start bouw e.d. moeten we nog goed met elkaar afstemmen. (...)"

3.16 Als bijlage wordt de concept-realisatieovereenkomst d.d. 26 juli 2019 meegestuurd, met in de omschrijving "CONCEPT 2 Vreeland". Daarin is onder meer opgenomen:

"12.7 Indien het project niet doorgaat of tot uitstel komt, worden er afspraken gemaakt over de vergoeding van de gemaakte kosten tot aan dat punt. Extern gemaakte kosten worden door VR vergoed aan [appellante] . Dat zijn o.a. Sonderingen en constructie berekeningen. VR moet eerst opdracht geven aan [appellante] voordat deze kosten gedeclareerd kunnen worden."

3.17 Vechtland heeft op 9 september 2019 een e-mail gestuurd:

"Tot op heden hebben wij nog geen duidelijke en complete prijsaanbieding van Bouwbedrijf [appellante] ontvangen. Zolang de bouwkosten niet zijn overeengekomen gaan wij naar geen enkele samenwerkingsovereenkomst kijken, of de gesprekken daarover opstarten. Het beoordelen van een verkoopcontract is dus nog niet aan de orde. Het duurt veel te lang en ook langer dan toegezegd, wij willen de start verkoop niet langer vertragen en hebben dan ook besloten om een overleg met een 2^e bouwer op te starten. (...)

De bouwkostenopgaaf die we 1 dag voor de vakantie hebben ontvangen is niet akkoord (...) Kortom, aanstaande woensdag gaat het overleg niet door, er valt, totdat wij een duidelijk kosten overzicht hebben ontvangen, niets te bespreken met Bouwbedrijf [appellante] ."

3.18 De reactie van [appellante] is op 10 september 2019 per e-mail verzonden:

“Op 14-6-19 hebben we de eerste open begroting aangeleverd, met de exacte opbouw zoals we in Maart type Cl hebben aangeleverd zodat je de begrotingen goed kunt vergelijken.

Met de vraag als er vragen zijn horen we het graag. Hierop geen enkele reactie ontvangen. Wij zijn er toen ook vanuit gegaan dat het dan wel duidelijk was. (...)

In ons gesprek voor de vakantie in Vreeland over de ROK hebben we het over de BDB index gehad (...) Naar mijn mening zijn de prijzen voor de 37 basis woningen voor de vakantie aangeleverd ter beoordeling en hebben we daar nog geen reactie op ontvangen.”

3.19 Op 13 september 2019 is aan Vechtland een prijs-overzicht met de totale bouwkosten overhandigd, met uitsplitsing van de kosten per kavel en per type woning. Daarna is gecorrespondeerd onder meer over prijsaanbiedingen, aanvullingen en correcties daarop, en (bouw)kosten. Vechtland heeft op 22 oktober 2019 voor de woningen voor een WTWventilatiesysteem gekozen in plaats van een MV-systeem, waar tot dan vanuit is gegaan. EVE heeft daarover opgemerkt: “(...) Dit is wel de keuze met de meest vergaande consequenties (...) Zonder al een concrete uitspraak te kunnen doen over de planning, kan ik wel aangeven dat dit een flinke klus zal zijn.”

3.20 Op 6 november 2019 is door [appellante] een prijs-overzicht gestuurd vanwege de wijziging van het MV-systeem naar het WTW-systeem, inclusief overzicht van de geraamde meerprijs van WTW per type woning. Daarop is vermeld, net als eerder al op prijsoverzichten van 17 juni, 26 juli en 13 september 2019: “constructeur rechtstreeks door factureren zonder opslagen. Sonderingen rechtstreeks door factureren zonder opslagen”.

3.21 Op 15 november 2019 heeft [appellante] bevestigd dat de WTW-richtprijzen door de installateur definitief zijn gemaakt.

3.22 Op 18 november 2019 is er tussen partijen gesproken. Daarover heeft [appellante] op 21 november 2019 in een e-mail geschreven, voor zover van belang:

“De volgende punten hebben we besproken:

1. Je gaf aan dat je de opgeven prijzen van afgelopen vrijdag onduidelijk waren, namelijk ex btw en zonder winst en risico.
2. Dat je geen vertrouwen in de contractstukken hebt. (...)
6. Dat je besloten hebt om bij meerdere partijen prijzen aan te vragen voor marktwerking.
7. Dat wij de constructeurskosten en sonderingskosten konden doorberekenen. En dat het beetje uitgevoerde calculatie werk in het bouwteam ondernemers risico is. (...) Ik heb ons gesprek van maandag, waarbij ik overdonderd werd omdat je aangaf om de boel te gaan aanbesteden, nog laten bezinken en kom nog terug op een aantal bovenstaande punten.

1. Zoals ik in ons gesprek reeds aangaf was ik verbaasd dat je de prijsopgave van afgelopen vrijdag vreemd en onduidelijk vond. Wij hebben op 29-10 (...) overleg gehad,

hierbij heb je ons uitdrukkelijk gevraagd om de optie prijzen aan te bieden ex btw en ex winst en risico, aangezien nog eventueel leges of architect kosten in optie prijzen verrekend moesten worden. Hier wou je dan nog met makelaar naar kijken gaf je aan. Op 7-11 hebben wij de aangescherpte lijst nog toegezonden waarop de ex BTW en EX winst en risico prijzen wederom vermeld staan (...)

2. (...) Verder hebben we onze ROK zo goed als gereed, en moeten daar nog met zijn tweeën op 4 openstaande punten afstemmen. Zie rode tekst tabblad kengetallen die diverse keren naar je gemaild is. Dit zouden we doen na prijsovereenstemming (...)
6. Vind ik niet correct gezien onze bouwteam afspraken. Tevens is bij de uitvraag voor een bouwteam juist vermeld dat er niet voor prijs zou worden gegaan.
7. Ik zie dat anders, wij hebben uiteindelijk 113 calculaties gemaakt voor de woningen en diverse opties. Bij alle bouwteam overleggen zijn minimaal 2-3 personen van ons aanwezig geweest, onze installateur heeft tekeningen gemaakt en diverse berekeningen, er is een informatie avond georganiseerd met EVE. Onze werkvoorbereiding heeft zich verdiept in details en constructies e.d. en hebben we meegedacht in ontwerp en constructieve uitvoering. De concept contractstukken zijn nagenoeg allemaal gereed. (...)

Zoals bekend, hebben wij inzake het project gezamenlijk (en dus exclusief) in bouwteam vorm gegeven. Het gaat hier om situatie waarin wij gehouden zijn om één op één te komen tot afspraken omtrent de realisatie van het project. (...) Het is echter niet volgens afspraak om in de afrondende fase waarin wij ons thans bevinden, ineens te besluiten om het project te gaan aanbesteden en wij daarbij een van de inschrijvende partijen mogen zijn.”

3.23 Op 15 januari 2020 is door Vechtland gereageerd:

“Zoals al besproken en medegedeeld op 18 november zijn de tot nu toe aangeboden prijzen niet akkoord. Wij hebben dan ook besloten om meerdere partijen in concurrentie een aanbieding te laten maken.”

3.24 [appellante] heeft bij e-mail van 28 februari 2020 geschreven:

“Opnieuw leid ik uit de mailwisseling af dat jullie kennelijk in de veronderstelling zijn dat jullie vrij zijn om met een andere partij in zee te gaan (...) Voor zover je al mocht (en zou kunnen) besluiten het project aan een ander te gunnen heeft dat consequenties. Ik ben van mening dat wij niet zomaar aan de kant gezet kunnen worden en zullen, mocht daartoe wel besluiten, dan zeker overwegen juridische instrumenten aan te wenden.”

3.25 Op 9 maart 2020 is door Vechtland, voor zover van belang, als volgt geantwoord:

"Echter naar aanleiding van jouw onderstaande mail is er een vertrouwensbreuk ontstaan. Hierop hebben wij besloten bouwbedrijf [appellante] dan ook uit te sluiten van de selectie van bouwaannemers, wij zullen spoedig een bouwaannemer gaan selecteren.

Tevens ter verduidelijking;

Van werken in een bouwteam is geen sprake.

Er bestaat geen exclusiviteit met bouwbedrijf [appellante].

Er is nooit enige opdracht aan [appellante] verstrekt.

Er is nooit een overeenkomst met [appellante] gesloten en er is daar ook niet over onderhandeld."

De beoordeling

De standpunten van partijen

3.26 [appellante] vordert betaling van de gemaakte kosten op de volgende grondslagen, die hij in hoger beroep opnieuw aan de orde stelt: (a) nakoming van (financiële) afspraken, (b) betaling van een redelijk loon ter nakoming van een overeenkomst van opdracht, (c) vergoeding van de schade geleden door het onrechtmatige afbreken van de onderhandelingen om te komen tot een realisatieovereenkomst, en (d) onverschuldigde betaling, dan wel ongerechtvaardigde verrijking.

3.27 Volgens Vechtland zijn geen afspraken gemaakt over vergoeding van kosten. De samenwerking in het bouwteam was vrijblijvend, waarbij de kosten van [appellante] onderdeel zijn van de algemene kostenstructuur van een aannemer. De samenwerking bood [appellante] wel het aanmerkelijke voordeel dat zij buiten concurrentie van andere aannemers met Vechtland kon onderhandelen over de prijs en de voorwaarden voor de uiteindelijke realisatieovereenkomst. [appellante] moest daarvoor op basis van het ontwerp en de eigen calculaties een definitieve prijs afgeven aan Vechtland, waarvoor zij het project zou realiseren. Zo'n prijsaanbieding heeft [appellante] nooit gedaan en daarom is het ook nooit tot onderhandelingen gekomen. In de fase vóór onderhandelingen gelden de regels rond het afbreken van onderhandelingen niet. De rol van [appellante] in het bouwteam was bovendien beperkt tot het berekenen van kosten en het waar nodig geven van praktische input. Ook heeft Vechtland de onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking betwist.

3.28 Het hof oordeelt dat Vechtland ten onrechte de samenwerking heeft verbroken zonder te onderhandelen. Partijen mogen zich uitlaten over de als gevolg daarvan geleden schade. De andere grondslagen gaan niet op. Het hof licht dat als volgt toe.

(a) Geen (financiële) afspraken tot vergoeding van de kosten

Het juridisch kader

3.29 Met de stelling dat sprake is van financiële afspraken beroept [appellante] zich op het bestaan van een overeenkomst, die (mede) strekt tot vergoeding van de kosten. Op [appellante] rust op grond van de hoofdregel

van artikel 150 Rv de stelplicht en, bij voldoende betwisting, de bewijslast daarvan. Het antwoord op de vraag of een overeenkomst tot stand is gekomen, is afhankelijk van wat beide partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen, overeenkomstig de zin die zij daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mochten toekennen, hebben afgeleid. Aanbod en aanvaarding behoeven niet uitdrukkelijk plaats te vinden. Zij kunnen in elke vorm plaatsvinden en kunnen besloten liggen in een of meer gedragingen.¹

Er is geen samenwerkings- of realisatieovereenkomst

3.30 Er is tussen [appellante] en Vechtland geen samenwerkingsovereenkomst totstandgekomen op basis waarvan de kosten moeten worden vergoed. Er is geen schriftelijke samenwerkingsovereenkomst, want daarvan is bewust afgezien. In plaats daarvan is afgesproken de afspraken vast te leggen in e-mails (3.10). [appellante] heeft echter onvoldoende uitgewerkt waarom uit de e-mails (of uit andere omstandigheden, verklaringen of gedragingen) volgt dat zij er redelijkerwijs vanuit mocht gaan dat Vechtland zich verplichtte bij beëindiging van de samenwerking de kosten van [appellante] te vergoeden.

3.31 Er is ook geen realisatieovereenkomst totstandgekomen. Voor het eerst op 3 april 2019 wordt gesproken over het sluiten van zo'n overeenkomst (3.10 en 3.12), waarna [appellante] een aantal voorbeeldovereenkomsten toestuurde. Vechtland heeft op zich onvoldoende gemotiveerd betwist dat daarna met [appellante] is gesproken over een concept van de realisatie-overeenkomst. Dat dat overleg tot overeenstemming heeft geleid is echter niet vast komen te staan. Er bestaan weliswaar twee concepten van zo'n overeenkomst, maar een getekend exemplaar ontbreekt en [appellante] heeft niet gemotiveerd onderbouwd waaruit desondanks toch overeenstemming zou blijken. Dat geldt te meer, omdat [appellante] bij toezending van 'CONCEPT 2' zelf toevoegde dat nog 'goede afstemming' nodig was over onder andere bouwtijd, prijsstijging en de start van de bouw (3.15). Op punten die [appellante] kennelijk belangrijk vond bestond dus in elk geval toen nog geen overeenstemming. Van belang daarbij is verder dat Vechtland op 9 september 2019 schreef geen contract te willen beoordelen zolang er geen prijsaanbieding lag (3.17). [appellante] herhaalde op 21 november 2019 dat de afstemming van vier openstaande punten nog steeds moest gebeuren, maar bevestigde dat partijen dit zouden doen na prijsovereenstemming (3.22). Overeenstemming over de prijs is echter niet bereikt. Daarom heeft [appellante] onvoldoende onderbouwd gesteld op basis van welke omstandigheden, verklaringen of gedragingen zij ervan uit mocht gaan dat (en wanneer) overeenstemming bestond over (het laatste concept van) de realisatieovereenkomst.

3.32 Als [appellante] heeft willen aanvoeren dat al wel overeenstemming bestond over een deel van de realisatieovereenkomst, namelijk de regeling in artikel 12.7 voor

¹ HR 17 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1889.

vergoeding van kosten bij het niet doorgaan van de realisatieovereenkomst (3.16), dan is ook dat onvoldoende onderbouwd. Zij heeft namelijk niet gesteld hoe en wanneer dit dan separaat is overeengekomen. Los daarvan geeft artikel 12.7 gezien de formulering geen ondubbelzinnig recht op vergoeding van de kosten, omdat het artikel bepaalt dat er bij beëindiging afspraken moeten worden gemaakt en externe kosten alleen worden vergoed als Vechtland opdracht heeft gegeven.

Er is geen toezegging voor vergoeding externe kosten

3.33 Volgens [appellante] heeft Vechtland ook toegezegd aan haar de externe kosten voor sonderingen, constructeurswerkzaamheden en installatieadvies te vergoeden. Daarbij wijst zij op de e-mail van 21 mei 2019 van Vechtland waarin het “1 op 1” doorsturen en betalen van die facturen werd genoemd (3.14). Dit betekende volgens [appellante] dat zij de kosten die externen aan haar in rekening brachten via haar eigen factuur maar zonder opslag of marge aan Vechtland mocht doorbelasten, waarna Vechtland aan haar zou betalen. [appellante] heeft dit daarom ook zo op diverse prijsoverzichten vermeld (3.20). Het hof neemt die uitleg niet over. Allereerst blijkt uit de letterlijke tekst van de e-mail dat er facturen doorgestuurd zouden worden en niet dat die zouden worden *doorbelast*. Daarnaast heeft [appellante] de facturen uiteindelijk wel via haar advocaat doorgestuurd, maar die stonden geen van alle op naam van Vechtland. Voor Vechtland was dat juist essentieel: “1 op 1” betekende volgens haar dat de facturen op naam van Vechtland zouden worden gesteld en zij aan de externen zou betalen, zodat zij daarmee ook rechthebbende werd op de resultaten van de sonderingen, het constructeurswerk en het installatieadvies. Zonder op haar naam gestelde facturen was Vechtland niet bereid te betalen. Dat het voor Vechtland van belang was om de adviezen op haar naam te hebben, is door [appellante] onvoldoende gemotiveerd betwist. Daarom oordeelt het hof dat [appellante] tegenover deze gemotiveerde betwisting te weinig heeft gesteld om haar uitleg van de e-mail van 21 mei 2019 te volgen. Aan het bewijsaanbod van [appellante] komt het hof dan ook niet toe.

(b) Geen overeenkomst van opdracht

Het juridisch kader

3.34 Partijen hebben feitelijk met elkaar samengewerkt. [appellante] heeft die samenwerking gekwalificeerd als overeenkomst van opdracht waarbij zowel interne kosten moeten worden vergoed, te weten de uren van de eigen werknemers, als ook externe kosten, dus de kosten van de partijen die ten behoeve van de werkzaamheden zijn ingeschakeld en die [appellante] heeft betaald. Bij kwalificatie van een overeenkomst moeten twee stappen worden gezet. Als eerste moet de rechter met behulp van de Haviltexmaatstaf vaststellen welke rechten en verplichtingen partijen zijn overeengekomen. Daarbij is onder meer van belang wat beide partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars

verklaringen en gedragingen, overeenkomstig de zin die zij daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mochten toekennen, hebben afgeleid (uitleg). Daarna moet de rechter beoordelen of die overeenkomst de kenmerken heeft van de gestelde overeenkomst van opdracht (kwalificatie). Niet van belang is of partijen ook daadwerkelijk de bedoeling hadden de overeenkomst onder die wettelijke regeling te laten vallen. Waar het bij kwalificatie om gaat, is of de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan de wettelijke omschrijving.² Bij een overeenkomst van opdracht die wordt aangegaan in de uitoefening van beroep of bedrijf is vereist dat de ene partij zich jegens de andere partij verbindt anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten niet zijnde het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitgeven van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken.

Er is geen overeenkomst van opdracht

3.35 Partijen zijn (in elk geval) vanaf de bouwteamvergadering van 28 maart 2019 bedrijfsmatig gaan samenwerken. Die samenwerking kan niet los worden gezien van het uiteindelijke doel van realisatie van bouwfase 2 van het project ‘Vecht en Veld’. Vechtland heeft de inschakeling in het bouwteam zo opgevat dat [appellante] de voorbereidende werkzaamheden verrichte zonder aparte beloning, maar als investering, om op die manier een voorkeurspositie te hebben in de latere onderhandelingen over de realisatieovereenkomst. [appellante] heeft uit de aannemersselectie (3.7-3.8) echter afgeleid dat zij niet apart zou worden beloond voor de voorbereidende werkzaamheden, maar dat zij erop kon vertrouwen dat haar de realisatie van de 38 woningen zou worden gegund. In de daarvoor af te spreken aanneemsom zouden dan de kosten van de voorbereiding worden verwerkt. Daaruit volgt naar het oordeel van het hof niet dat [appellante] de verbintenis op zich heeft genomen om werkzaamheden te verrichten, waar Vechtland opdracht voor gaf, om vervolgens op grond van artikel 7:405 BW loon op uurbasis in rekening te brengen. Het hof kwalificeert de samenwerking als een (voorbereidende) hulpovereenkomst om tot een realisatieovereenkomst te komen. Op grond daarvan bestaat echter geen aanspraak op een redelijk loon.

(c) Afgebroken onderhandelingen

Het juridisch kader

3.36 Voor de beoordeling van de schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen geldt dat ieder van de onderhandelende partijen - die verplicht zijn hun gedrag mede door elkaars gerechtvaardigde belangen te laten bepalen - vrij is de onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het tot stand komen van de overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn. Daarbij moet rekening worden

² HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (X/Amsterdam).

gehouden met de mate waarin en de wijze waarop de partij die de onderhandelingen afbreekt tot het ontstaan van dat vertrouwen heeft bijgedragen en met de gerechtvaardigde belangen van deze partij.³ De onderhandelingen kunnen zich echter ook in een zodanig stadium bevinden dat afbreken niet onrechtmatig is maar de redelijkheid en billijkheid meebrengen dat wel de door de ander gemaakte kosten geheel of gedeeltelijk moeten worden vergoed (de zogeheten 'fase 2').⁴ Ook als partijen anders dan door onderhandelingen betrokken zijn bij het voorbereiden van een tussen hen te sluiten overeenkomst, geldt in het algemeen dezelfde maatstaf.⁵

Stoppen samenwerking is niet onrechtmatig

3.37 Vechtland heeft vanaf het begin te kennen gegeven dat een goede klik en vertrouwen belangrijke elementen zijn voor het aangaan van de samenwerking (3.7). Vechtland heeft zich bij de uitsluiting van [appellante] van de onderhandelingen beroepen op een vertrouwensbreuk (3.25), waarmee op 9 maart 2020 een einde is gekomen aan de samenwerking. Vechtland heeft toegelicht dat de vertrouwensbreuk voortvloeide uit haar ontevredenheid over de prijsaanbiedingen die waren gedaan, de exclusiviteit die [appellante] claimde (3.22) en haar dreiging met juridische stappen (3.24). Een vertrouwensbreuk betreft een gerechtvaardigd belang van Vechtland, namelijk om in harmonie in een omvangrijk project samen te werken. Dat Vechtland het vertrouwen verloor in [appellante], onder meer vanwege diens aanzegging van 'juridische instrumenten', is niet in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid en is daarmee voor haar voldoende grond om deze samenwerking rechtmatig te mogen beëindigen.

Vechtland mocht niet stoppen zonder kostenvergoeding

3.38 [appellante] stelt dat Vechtland de onderhandelingen niet meer mocht afbreken zonder de door [appellante] gemaakte kosten te vergoeden. Vechtland heeft aangevoerd dat geen kostenvergoeding vanwege afgebroken onderhandelingen aan de orde is omdat partijen nog niet eens aan het onderhandelen waren. Het hof constateert dat er al wel concepten waren gewisseld van de realisatieovereenkomst, maar dat onderhandelingen daarover inderdaad niet zijn gestart; sterker nog dat [appellante] daarvan uitdrukkelijk is uitgesloten. Dat neemt echter niet weg dat [appellante], ook zonder dat onderhandelingen van de grond kwamen, wel betrokken was bij een te sluiten overeenkomst, waarvan het niet totstandkomen kan leiden tot een plicht tot vergoeding van de kosten. Die betrokkenheid blijkt uit de selectie van [appellante] voor deelname aan het bouwteam en de maandenlange feitelijke samenwerking, ter voorbereiding van het uiteindelijk sluiten van een realisatieovereenkomst.

3.39 Vechtland had [appellante] in redelijkheid niet mogen uitsluiten van de onderhandelingen, zonder

vergoeding van de door [appellante] reeds gemaakte kosten. [appellante] mocht erop vertrouwen dat de kans dat zij uitvoerend aannemer zou worden zo groot was dat zij de werkzaamheden in de aanloop naar de totstandkoming van de realisatieovereenkomst heeft verricht en is blijven verrichten. Dat vertrouwen mocht [appellante] ontleen aan de volgende omstandigheden:

- In de uitnodiging om deel te nemen aan de selectie voor het bouwteam wordt niet alleen gesproken over een selectie ten behoeve van een prijsaanbieding, maar ook voor 'vervolgens de uitvoering' (3.6);
- Onder tweemaal de noemer 'Aannemersselectie 38 woningen Vecht & Veld Vreeland' wordt van [appellante] in deze fase ook een plan van aanpak en informatie over verkoopbegeleiding gevraagd (3.7 en 3.8);
- In het eerste bouwteamvergadering wordt gesproken over [appellante] sturing op de planning en informeren van kopers, alsook dat vanaf de verkoop de 'lead' bij [appellante] ligt. Bovendien moet [appellante] een jaarrekening en solvabiliteitsgegevens overleggen (3.9);
- Op de Takenverdeellijst (3.11) staan voor [appellante] taken als kopersbegeleiding, oplevering, projectevaluatie bij einde werk en het leveren van nazorg door klachtafhandeling. Vechtland heeft deze punten stilzwijgend aanvaard door wel opmerkingen over dit document te maken maar niet aan te geven dat dit geen taken voor [appellante] waren (3.13);
- Vechtland heeft positief gereageerd op het gaan sluiten van een realisatie-overeenkomst (3.12), waarvan voorbeelden en concepten zijn gestuurd. In elk geval één keer is het concept besproken, wat heeft geresulteerd in aanpassing daarvan (3.15). Ook in latere correspondentie is herhaald verwezen naar de concept-realisatieovereenkomst ('ROK') (3.18, 3.22);
- [appellante] heeft voor het project 104 calculaties gemaakt in de periode 13 juni tot en met 15 november 2019 (zie productie 38 [appellante]). Vechtland heeft hierover nog opgemerkt dat het niet steeds volledig nieuwe calculaties betrof, dus dat de daar mee gemoeide tijd beperkt was, maar heeft dat onvoldoende uitgewerkt;
- Na de aankondiging dat een tweede bouwer zou worden benaderd (3.17) (wat ter zitting bij het hof als prikkel is betiteld, zodat [appellante] alsnog zou doen wat zij moest doen) heeft Vechtland van [appellante] nog werkzaamheden gevraagd en is [appellante] werkzaamheden blijven verrichten, met name vanwege de keuze voor een WTW-systeem (3.19-3.21);
- Tot aan de uitsluiting van [appellante] op 9 maart 2020 heeft Vechtland de indruk gewekt dat [appellante] nog steeds in de race was voor de uitvoering van het project (zie producties G-20 en G-21 Vechtland).

3.40 Uit deze omstandigheden blijkt dat Vechtland van [appellante] veel meer heeft gevraagd dan alleen maar het maken van een prijsaanbieding en het waar nodig geven van praktische input, zoals Vechtland heeft aangevoerd. De aard en omvang van de werkzaamheden die [appellante] heeft

3 HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337 (CBB/JPO).

4 HR 18 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4405 (Plas/Valburg).

5 HR 31 mei 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0255 (Vogelaar/Skil).

verricht passen ook meer bij een aannemer die de realisatie gegund gaat krijgen, dan van een aannemer die vanuit een voorkeurspositie een prijsaanbieding mag gaan doen. Vechtland had daarom ten minste de onderhandelingen moeten starten. Volgens Vechtland konden de onderhandelingen pas beginnen als er een prijsaanbieding van [appellante] lag en die is volgens haar uitgebleven. [appellante] heeft echter naar het oordeel van het hof een dergelijke prijsaanbieding wel gegeven. Met het kostenoverzicht van 6 november 2019 uitgesplitst naar type woning en met een concrete meerprijs vanwege de keuze voor WTW (3.20) én met de bevestiging dat de raming van die meerprijs definitief was (3.21) lag er redelijkerwijs een prijsaanbieding die als startpunt voor de onderhandelingen had kunnen dienen. Vechtland heeft - ook ter zitting bij het hof - niet duidelijk kunnen maken waarom dit niet voldoet aan wat zij mocht verwachten van een prijsaanbieding als basis voor onderhandelingen. In elk geval is haar opmerking dat de prijsaanbieding onduidelijk was omdat die exclusief BTW en exclusief opslag voor winst en risico was, daarvoor onvoldoende. [appellante] heeft namelijk uitgelegd en onderbouwd dat dat op verzoek van Vechtland niet was opgenomen en dat dat in eerdere opgaven ook geen punt was (3.22). Bovendien ligt voor de hand dat de opslag voor winst en risico juist een element is waarover nog zou worden onderhandeld.

3.41 [appellante] mocht om al deze redenen erop vertrouwen dat de samenwerking dusdanig vergevorderd was, dat Vechtland redelijkerwijs niet met de voorbereidende samenwerking mocht stoppen zonder kostenvergoeding. Ter zitting bij het hof is daarnaast duidelijk geworden dat de uiteindelijk door Vechtland gekozen aannemer bij het opstellen van zijn voorontwerp voor het project gebruik heeft gemaakt van informatie die [appellante] heeft aangeleverd. Ook dat zorgt er in redelijkheid voor dat Vechtland de kosten van [appellante] geheel of gedeeltelijk moet vergoeden.

(d) Onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking

3.42 Het beroep op onverschuldigde betaling gaat niet op omdat [appellante] de werkzaamheden heeft verricht op basis van een (voorbereidende) hulpovereenkomst. Daarmee is een rechtsgrond gegeven voor de geleverde prestatie. Ook het beroep op ongerechtvaardigde verrijking zou niet hebben geleid tot toewijzing van meer dan de gemaakte kosten, want onvoldoende is onderbouwd dat de verarming van [appellante] meer bedraagt dan die kosten.

Omvang van de kosten

3.43 [appellante] heeft de interne en externe kosten die zouden moeten worden vergoed gespecificeerd en onderbouwd. Vechtland heeft echter gemotiveerd betwist dat die kosten zijn gemaakt, dat ze de gestelde omvang hebben en dat ze noodzakelijk waren.

3.44 [appellante], op wie stelplicht en bewijslast van de te vergoeden kosten rust, wordt in de gelegenheid gesteld zich in een akte nader uit te laten over de noodzaak en de omvang van de betwiste interne en externe kosten, en daarvan een nadere onderbouwing te geven, bijvoorbeeld

aan de hand van de projectadministratie. Vechtland krijgt daarna de gelegenheid bij antwoordakte te reageren. Daarbij tekent het hof meteen aan dat - zoals ook uit de eigen stellingen van [appellante] blijkt - het moet gaan om de kosten en de interne uren van na de selectie, dus met ingang van 28 maart 2019 (3.35), tot aan het moment van uitsluiting van onderhandelingen dus tot 9 maart 2020. Ook vindt het hof het juist dat in elk geval de externe kosten van de sonderingen (Hoogveld Advies) en de constructeur (Burink Constructie) worden vergoed, evenals de beslagkosten (Wigger Van het Laar).

3.45 Het hof kan zich voorstellen dat partijen bij deze stand van zaken de gelegenheid aangrijpen alsnog in overleg te treden over de betaling van een kostenvergoeding, zeker ook gelet op deze al jaren durende procedure. Iedere verder beslissing wordt aangehouden.

4 De beslissing

Het hof:

4.1 verwijst de zaak naar de rol van dinsdag 11 april 2023 voor het nemen van een akte door [appellante] zoals bedoeld in 3.44;

4.2 houdt iedere verdere beslissing aan

Noot

1. Het bouwteam blijft nog steeds mateloos populair. In mijn eerdere annotatie in *BR 2018/6* (bij Rechtbank Den Haag 27 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11756) constateerde ik al dat de aandacht voor het bouwteam aan het toenemen was. Sindsdien is er, naast een toenemende aandacht vanuit de Nederlandse bouwwereld, bovendien het nodige op het juridische vlak gebeurd. Ik zal dit eerst adresseren om zo tot de bespreking van onderhavige uitspraak te komen.

2. Een paar jaar geleden heeft een tweetal nieuwe modellen voor een bouwteamovereenkomst het levenslicht gezien. In 2020 werd eerst door het Bouwgenootschap van het platform Duurzaam Gebouwd de "Modelovereenkomst Bouwteam DG 2020" (DG2020) geïntroduceerd, welke al snel gevolgd werd door het "Koninklijke Bouwend Nederland Model Bouwteamovereenkomst 2021" (BN2021). Een en ander is niet geheel zonder de nodige ophef en kritiek geschied (zie o.a. J. Haest & H. Stroeve, "Twee modelovereenkomsten voor bouwteams, en nu?", *Cobouw* 17 juni 2021 en B.Th. van Schouwenburg & B. Küçük 'Nieuwe model Bouwteamovereenkomst Bouwend Nederland 2021 creëert een ongemakkelijk dilemma', *BR 2021/80*).

3. De geuite kritiek vanuit het kamp van opdrachtgevers en van aannemerszijde op het in hun ogen te aannemers- c.q. opdrachtgeversvriendelijke model laat ik hier onbesproken. Hoewel men op verschillende onderdelen zou kunnen spreken van terechte kritiek, wordt er in mijn ogen ook op veel slakken zout gelegd. Onderaan de streep is de praktijk het meest gebaat bij een model dat zoveel mogelijk voorziet in de behoefte van beide kanten. Daar het alom bekende model VGBouw 1992 zo lang is gebruikt - al dan niet

als basis voor een eigen model van de gebruiker – zegt mijns inziens genoeg. Zonder direct prangende aanleidingen heeft een dergelijk model geen totale *make-over*. Belangrijk voor onderhavige uitspraak is de juridische kwalificatie van de bouwteamovereenkomst en laat nu juist op dat punt beide modellen zeer eensgezind zijn!

4. Waar het model VGBouw 1992 dat nog niet expliciet aangaf, geven de modellen DG2020 en BN2021 nu juist uitdrukkelijk aan dat de bouwteamovereenkomst beschouwd wordt als een overeenkomst van opdracht in de zin van artikel 7:400 lid 1 BW (Boek 7, Titel 7, Afdeling 1 BW) met in beginsel alle bijbehorende wettelijke bepalingen.

5. Het kwalificeren van een bouwteamovereenkomst (geen in de wet geregelde overeenkomst) als een overeenkomst van opdracht is volgens mij terecht. Als men kijkt naar de wettelijke bepaling van een overeenkomst van opdracht in artikel 7:400 lid 1 BW en men neemt daarbij in ogenschouw dat in opdracht van een opdrachtgever de aannemer als onderdeel van een bouwteam ontwerp- c.q. advieswerkzaamheden verricht ten behoeve van het uiteindelijke ontwerp c.q. de overeengekomen ontwerpdocumenten, dan lijkt die kwalificatie op z'n plaats. Hier ligt in mijn ogen het zwaartepunt van de overeenkomst. Daarnaast heeft de aannemer het exclusieve recht om als eerste en enige een prijsaanbieding te doen voor de uitvoering van het ontwerp en daarover te onderhandelen. Let wel, de aannemer heeft geen recht op het sluiten van een aannemingsovereenkomst. Als er geen (prijs)overeenstemming bereikt wordt, zal de opdrachtgever één of meerdere derde partijen kunnen benaderen. Het gezamenlijk toewerken naar de uiteindelijke aannemingsovereenkomst is niet het hoofddoel van de bouwteamovereenkomst.

6. Ook Chao-Duivis lijkt deze kwalificatie te ondersteunen (zie dr. M.A.B. Chao-Duivis, 'Het Bouwteam model. Een studie naar de juridische vormgeving en het functioneren in de praktijk', *Instituut voor Bouwrecht*, 2012, p. 15 en B.Th. van Schouwenburg & B. Küçük 'Nieuwe model bouwteamovereenkomst Bouwend Nederland 2021 creëert een ongemakkelijk dilemma', *BR* 2021/80, p. 508). Bij haar bespreking van de kwalificatie 'voorbereidende hulpovereenkomst' in het kader van een bouwteamrelatie, die niet door het VGBouw 1992 model wordt beheerst, wijst Chao-Duivis onder meer op de zelfstandige bestaansreden voor de ontwerpwerkzaamheden door de aannemer. Ontwerpwerkzaamheden hebben volgens Chao-Duivis een zelfstandige bestaansreden, ongeacht het eventueel niet tot uitvoering komen van een ontwerp. Dit is logisch, want dit geldt ook voor de andere adviseurs (architect, constructeur, installatieadviseur etc.) die meewerken aan het ontwerp. Zij doen dit in de regel op basis van een overeenkomst van opdracht, al dan niet met van toepassing verklaring van de DNR 2011.

7. Daartegenover staat de visie van Van den Berg en Van Gulijk, die de bouwteamovereenkomst hebben gekwalificeerd als een "voorbereidende hulpovereenkomst" (zie *Asser/Van den Berg & Van Gulijk* 7-VI 2022/259 en 260). Van Gulijk geeft daar onder meer over aan: "De bouwteamovereenkomst is derhalve geen doel op zich, maar vormt een kader waarbinnen partijen naar de uiteindelijk beoogde

aannemingsovereenkomst toe werken. De beide aan de uitvoeringsfase voorafgaande stadia, ontwerp en prijsvorming, worden door haar omvat. In de ontwerpfase vormt de bouwteamovereenkomst een verband waarin wordt samengewerkt ter realisering van het plan voor de bouw. Voor de daaropvolgende fase van de prijsvorming houdt de bouwteamovereenkomst een regeling in voor de te volgen procedure. Uitvloeisel daarvan is dat de opdrachtgever in eerste en (vooralsnog) enige instantie met de bouwteamaannemer in onderhandeling treedt. Daarbij is hij gehouden om op reële basis (uit) te onderhandelen. Niet tot minder, maar ook niet tot meer strekt deze plicht. Is ondanks faire onderhandelingen prijsovereenstemming niet mogelijk gebleken, dan is de functie van de bouwteamovereenkomst uitgewerkt en herleeft de vrijheid van de opdrachtgever om met andere gegadigden in contact te treden."

8. Deze visie en kwalificatie is onder meer in een uitspraak van het Hof Den Haag 14 juni 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1624 en een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam 9 oktober 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:7969 gehanteerd. Ik merk op dat in beide uitspraken het oordeel dat van een voorbereidende hulpovereenkomst sprake is, nagenoeg als een vaststaand gegeven wordt beschouwd en verder summier onderbouwd wordt.

9. Zo kom ik via een omweg bij de onderhavige casus. Hier ging het om een bouwteam, ten aanzien waarvan opdrachtgever en aannemer geen schriftelijke overeenkomst hadden gesloten. Hoewel het duidelijk was dat er in bouwteamverband zou worden samengewerkt, had de aannemer aan opdrachtgever expliciet laten weten geen schriftelijke samenwerkings- of bouwteamovereenkomst te hoeven sluiten vanwege de korte tijd die tussen een dergelijke overeenkomst en de realisatieovereenkomst is gelegen. Volgens de aannemer zouden onderlinge afspraken door middel van e-mails kunnen worden vastgelegd.

10. Vervolgens zijn opdrachtgever en aannemer aan de slag gegaan in het bouwteam om – zoals opdrachtgever dat aan aannemer had verwoord – "samen de plannen gereed te maken voor verkoop, aanvraag omgevingsvergunning en vervolgens uitvoering". Tegelijkertijd hebben partijen gewerkt aan het concept voor een te sluiten realisatieovereenkomst (de aannemingsovereenkomst).

11. Na enige tijd heeft opdrachtgever haar ontevredenheid geuit. Volgens opdrachtgever zouden de werkzaamheden in het bouwteam door aannemer niet conform afspraak en planning worden uitgevoerd. Opdrachtgever had daarbij tevens aangegeven nog steeds in afwachting te zijn van een duidelijke en complete prijsaanbieding van aannemer.

12. In een tijdsbestek van een aantal maanden is dit geëscaleerd. Opdrachtgever gaf vervolgens aan dat de opgegeven prijzen onduidelijk waren, er geen vertrouwen was in de concept contractstukken, dat zij besloten had om bij meerdere partijen prijzen aan te vragen voor marktwerking en dat zij aannemer geen vergoeding zou betalen voor haar werkzaamheden in het bouwteam aangezien dit tot het ondernemersrisico zou behoren. Aannemer heeft hierop gereageerd door aan te geven het hiermee niet eens te zijn.

13. Kort daarna heeft opdrachtgever aan aannemer medegedeeld dat de tot dan toe aangeboden prijzen niet akkoord zijn en dat zij besloten heeft om meerdere partijen in concurrentie een aanbieding te laten maken. Nadat aannemer vervolgens had aangegeven het aanwenden van juridische instrumenten te overwegen, heeft opdrachtgever vanwege een volgens haar ontstane vertrouwensbreuk besloten om aannemer uit te sluiten van de selectie van aannemers voor de realisatie. En passant stelt opdrachtgever nog dat van een bouwteam geen sprake was, er geen exclusiviteit voor de aannemer bestaat en nooit enige opdracht aan aannemer is verstrekt en er nooit een overeenkomst is gesloten of daarover is onderhandeld.

14. Aannemer vordert in hoger beroep betaling van de gemaakte kosten op grond van (a) nakoming van (financiële) afspraken, (b) betaling van een redelijk loon ter nakoming van een overeenkomst van opdracht, (c) vergoeding van de schade geleden door het onrechtmatige afbreken van de onderhandelingen om te komen tot een realisatieovereenkomst, en (d) onverschuldigde betaling, dan wel ongerechtvaardigde verrijking.

15. Het hof heeft aan de hand van de standpunten en stellingen van partijen geoordeeld dat opdrachtgever ten onrechte de samenwerking had verbroken zonder te onderhandelen. Het hof licht dat als volgt toe.

16. Het hof overweegt als eerste dat er geen (financiële) afspraken zijn gemaakt tot vergoeding van de kosten. Dit bleek onvoldoende uit de e-mails. Daarna oordeelt het hof dat van een overeenkomst van opdracht geen sprake is, waardoor er voor de betaling van een redelijk loon geen grond bestaat. Ten aanzien van het onrechtmatig afbreken van de onderhandelingen oordeelt het hof dat het niet onrechtmatig was om de samenwerking te stoppen, maar dat opdrachtgever in dat geval wel de gemaakte kosten dient te vergoeden.

17. Hoewel deze uitspraak ook interessante inzichten verschaft op andere vlakken, beperk ik mij tot de door het hof gebezigde kwalificatie van de bouwteamovereenkomst. Althans, de overweging van het hof dat van een overeenkomst van opdracht geen sprake is. Dit is, gelet op hetgeen hiervoor is besproken omtrent de bouwteamovereenkomst, niet geheel verrassend, maar in mijn ogen toch niet juist.

18. Om tot die overweging te komen, neemt het hof de volgende twee logische stappen. Eerst stelt het hof in r.o. 3.34 vast met behulp van de Haviltexmaatstaf welke rechten en verplichtingen partijen zijn overeengekomen. Van belang daarbij is wat partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen, overeenkomstig de zin die zij daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mochten toekennen, hebben afgeleid. Dit betreft de uitleg. Voorts beoordeelt het hof of de overeenkomst de kenmerken heeft van de gestelde overeenkomst van opdracht. Bij deze kwalificatie gaat het om de vraag of de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan de wettelijke omschrijving.

19. Volgens het hof voldoet de betreffende overeenkomst niet aan de kwalificatie van een overeenkomst van opdracht ex artikel 7:400 BW. Het hof oordeelt in r.o. 3.35

dat de overeengekomen samenwerking niet los kan worden gezien van het uiteindelijke doel van realisatie van het project. Het hof overweegt vervolgens dat opdrachtgever de inschakeling van aannemer in het bouwteam zo heeft opgevat dat aannemer de voorbereidende werkzaamheden zou verrichten zonder aparte beloning, maar als investering om zo een voorkeurspositie te verwerven in de latere onderhandelingen over de realisatieovereenkomst. Aannemer heeft volgens het hof uit de aannemerselectie afgeleid dat zij weliswaar niet zou worden beloond voor haar voorbereidende werkzaamheden, maar dat zij er op mocht vertrouwen dat haar de realisatie zou worden opgedragen. Hieruit volgt volgens het hof niet dat aannemer de verbintenis op zich heeft genomen om in opdracht van opdrachtgever werkzaamheden te verrichten, om vervolgens op grond van artikel 7:405 BW loon op uurbasis in rekening te brengen. Het hof oordeelt dat er sprake is van een voorbereidende hulpovereenkomst om tot een realisatieovereenkomst te komen.

20. Waar de aangegeven twee stappen van het hof goed te volgen zijn, lijkt dit voor de uitwerking van stap 2 helaas iets minder het geval te zijn. Waarom kwalificeren de overeengekomen rechten en verplichtingen niet als een overeenkomst van opdracht ex artikel 7:400 BW maar als een voorbereidende hulpovereenkomst? En waarom kan de samenwerking in het bouwteam niet los worden gezien van de realisatie van het project? Het hof motiveert haar beslissing verder niet. Dit lijkt helaas in de lijn te liggen van de hiervoor genoemde twee uitspraken.

21. De door de opdrachtgever aan de aannemer opgedragen werkzaamheden in het bouwteam hadden tot doel om tot een ontwerp te komen (het tot stand brengen van bepaalde documenten voor uitvoering), welke gereed is voor realisatie. Dit is door de aannemer uitgevoerd. De hieraan ten grondslag liggende overeenkomst betreft in mijn ogen geen (voorbereidende) hulpovereenkomst, maar een hoofdovereenkomst die zelfstandig een reden van bestaan heeft (zie *Asser/Sieburgh 6-III 2018/90*). De opgedragen werkzaamheden zien immers op het voltooien van een uitvoeringsgereed ontwerp. Vergelijkbaar met de werkzaamheden van de andere adviseurs (architect, constructeur, installatieadviseur etc.) in het bouwteam. Hier ligt wat mij betreft de nadruk op. Dat de aannemer daarnaast een voorkeurspositie verwerft voor het doen van een prijsaanbieding, kan beide partijen voordeel opleveren. Indien een aannemingsovereenkomst wordt gesloten, krijgt de aannemer de uitvoering van het werk opgedragen en heeft de opdrachtgever een aannemer die al volledige kennis van het werk (bepaalde overwegingen/uitgangspunten, bepaalde constructies etc.) bezit.

22. Het kenmerk van een (voorbereidende) hulpovereenkomst is dat deze wordt aangegaan in afhankelijkheid van een buiten haar liggende rechtsverhouding. In dit geval zou dat de realisatieovereenkomst (de aannemingsovereenkomst) zijn. De hulpovereenkomst heeft de voorbereiding, bevestiging, versterking, regeling, vaststelling, wijziging of afwikkeling van een buiten haar liggende rechtsbetrekking tot doel (zie *Asser/Sieburgh 6-III 2018/90*). Gelet op de hiervoor genoemde modellen DG2020 en BN2021 (maar ook

de VGBouw 1992) is dit niet het geval bij een bouwteamovereenkomst. Het doel is gelegen in de voorbereiding van het project en het tot stand brengen van een uitvoeringsgeëerd ontwerp. Dit is een doel op zich en wat mij betreft het hoofddoel.

23. Tot slot merk ik nog op dat de hele discussie omtrent een kostenvergoeding voor de aannemer bij het niet tot stand komen van een aannemingsovereenkomst alsmede de discussie omtrent de kwalificatie van de inhoud van de overeenkomst simpel kan worden vermeden door een schriftelijke bouwteamovereenkomst op te stellen conform één van de bouwteamovereenkomst modellen (of deze te gebruiken als basis voor een op te stellen eigen model).

M.R. Lim