

Noot

1. Het Hof Arnhem-Leeuwarden wees op 24 september 2013 een arrest over de waarschuwingsplicht als bedoeld in artikel 7:755 BW.² De uitleg die door het hof gegeven wordt aan de waarschuwingsplicht in artikel 7:755 BW verdient bijzondere aandacht, omdat de waarschuwingsplicht aangescherpt lijkt te worden.

2. De hoofdaannemer had voor een deel van de door hem te verrichten werkzaamheden ten behoeve van de vervanging van kunstwerken een onderaannemer ingeschakeld. De onderaannemer was verantwoordelijk voor het maken en leveren van kantelstuwen, afsluiters en overstortputten tegen betaling van een aanneemsom van € 85.000,00. De onderaannemer maakte ter zake meerwerk aanspraak op betaling van een bedrag groot € 59.180,00 exclusief btw. Dit meerwerk betrof onder andere uitvoering van putten in roestvrij staal in plaats van kunststof en de wijziging van de bouwvorm van overstortputten. Ten aanzien van het meerwerk aan de putten, is relevant dat in het bestek aanvankelijk roestvrij stalen putten waren voorgeschreven. Voorafgaand aan de totstandkoming van de onderaannemingsovereenkomst, had onderaannemer in afwijking van het bestek voor het maken en leveren van kantelstuwen, afsluiters en overstortputten uitvoering in kunststof putten geoffreerd. Roestvrij stalen putten waren namelijk veel duurder dan kunststof putten. De opdrachtgever van hoofdaannemer ging akkoord met kunststof putten in plaats van roestvrij stalen putten en dit is ook zo overeengekomen tussen de hoofdaannemer en de onderaannemer. Vervolgens kreeg de onderaannemer alsnog opdracht om de putten in roestvrij staal uit te voeren. Ten aanzien van het meerwerk door de wijziging in de bouwvorm van de overstortputten, is relevant dat voorafgaand aan de totstandkoming van de onderaannemingsovereenkomst nog een gesprek heeft plaatsgevonden tussen de hoofdaannemer, de onderaannemer en de opdrachtgever over een gewenste wijziging van de bouwvorm van de overstortputten. Door de onderaannemer is op dat moment aangegeven dat de gewenste wijziging van de bouwvorm van de putten minimaal € 1.000,00 per put extra zou gaan kosten. In de door hoofdaannemer voor akkoord ondertekende opdrachtbevestiging waren niet opgenomen de door de opdrachtgever gewenste wijzigingen in de putten. Na opdrachtverstrekking heeft de hoofdaannemer aan de onderaannemer nog aangegeven dat hij nog steeds wachtte op een opstelling voor de meerkosten van de overstortputten. De bouwvorm van de overstortputten is in de besproken gewijzigde vorm uitgevoerd.

3. De onderaannemer vorderde in rechte betaling van het meerwerk voor een bedrag groot € 59.180,00. Deze vordering betrof onder andere de uitvoering van putten in roestvrij staal in plaats van kunststof en de wijziging van de bouwvorm van de overstortputten. Door de rechtbank werd deze vordering toegewezen. Hierop heeft de hoofdaannemer hoger beroep ingesteld waarbij de uitkomst bij het hof een geheel andere is dan bij de rechtbank. Het hof wijst de meerwerkvordering van de onderaannemer geheel af. De grondslag voor deze afwijzing is de volgende.

4. De hoofdaannemer verweerde zich tegen de meerwerkvordering van de onderaannemer met een beroep op artikel 7:755 BW. De hoofdaannemer heeft betwist dat de onderaannemer tijdig heeft gewezen op de prijsconsequenties van de door hem gewenste veranderingen en dit leidt er volgens de hoofdaannemer toe dat de onderaannemer geen aanspraak kan maken op vergoeding van het uitgevoerde meerwerk.

5. Het hof geeft aan het feit dat de hoofdaannemer vooraf met meerwerk van de onderaannemer heeft ingestemd, de onderaannemer niet ontslaat van de uit artikel 7:755 BW voortvloeiende verplichting om, op straffe van verval van de aanspraak op vergoeding, de hoofdaannemer tijdig te waarschuwen voor de prijsconsequenties van de door hem gewenste aanvulling op het werk. De ratio van die waarschuwingsplicht is de opdrachtgever te behoeden voor vermijdbare kostenoverschrijdingen. Indien de onderaannemer hem immers tijdig wijst op het gevaar van kostenoverschrijding is de hoofdaannemer in de gelegenheid tijdig maatregelen te nemen om dit gevaar te beteugelen.

6. Het hof neemt aan dat de hoofdaannemer zich heeft gerealiseerd dat de wijzigingen en aanvullingen tot een prijsverhoging zullen leiden, maar overweegt dat de vraag waar het op aankomt is of de hoofdaannemer een reëel inzicht gekregen heeft in de omvang van de concreet te verwachten meerkosten. Dit klemt volgens het hof in dit geval te meer omdat door de prijs van het meerwerk de overeengekomen prijs voor de werkzaamheden met bijna 70% wordt overschreden. Met betrekking tot de meerkosten staat vast dat de gewenste wijziging in de bouwvorm van 21 putten is besproken ten opzichte van het oorspronkelijke bestek en dat de onderaannemer toen heeft gewezen op een prijsverhoging van minimaal € 1.000,00 per put. Voor het overige heeft de onderaannemer aan de hoofdaannemer aangegeven dat de uitvoering van de putten in roestvrij staal duurder zou zijn dan

² Vergelijkbare arresten zijn Hof Leeuwarden 24 januari 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV6686 en Hof Arnhem-Leeuwarden 10 december 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:9440.

in kunststof. Dit brengt het hof tot de conclusie dat mede in het licht van het totaal gefactureerde bedrag aan meerwerk door de onderaannemer aan de hoofdaannemer geen reëel inzicht is verschaft in de omvang van de concreet te verwachten meerkosten. Het enkele feit dat een inschatting is gegeven van een specifiek onderdeel van het meerwerk kan aan deze conclusie niet afdoen. Het hof oordeelt dan ook dat de onderaannemer geen aanspraak kan maken op een betaling van meerkosten.

7. Is de uitleg die het hof heeft gegeven aan artikel 7:755 BW wel de juiste? Artikel 7:755 BW bepaalt dat in geval van door de opdrachtgever gewenste toevoegingen of veranderingen in het overeengekomen werk de aannemer slechts dan een verhoging van de prijs kan vorderen, wanneer hij de opdrachtgever tijdig heeft gewezen op de noodzaak van een daaruit voortvloeiende prijsverhoging, tenzij de opdrachtgever die noodzaak uit zichzelf had moeten begrijpen. Uit de letterlijke tekst van artikel 7:755 BW volgt niet dat de aannemer de opdrachtgever een reëel inzicht moet verschaffen in de omvang van de concreet te verwachten meerkosten. De wet spreekt alleen over de waarschuwing voor de noodzaak van een uit de toevoeging of verandering in het overeengekomen werk voortvloeiende prijsverhoging.

8. Ook uit de toelichting op het voorontwerp van dit artikel volgt naar mijn mening niet dat een aannemer alleen recht heeft op een verhoging van de prijs wanneer hij de opdrachtgever een reëel inzicht heeft verschaft in de omvang van de concreet te verwachten meerkosten. De toelichting op het voorontwerp van dit artikel zegt over de betekenis van dit artikel onder andere dat het duidelijk maakt dat toestemming tot meerwerk niet zonder meer toestemming tot prijsverhoging impliceert. De opdrachtgever zal op deze consequentie van de verandering in of toevoeging aan het opgedragen werk moeten worden gewezen, tenzij de opdrachtgever die uit zichzelf had behoren te begrijpen. Of dit laatste het geval is, zal grotendeels afhangen van de vraag, hoeveel deskundigheid de aannemer bij de opdrachtgever mocht verwachten. Dit betekent dat bij een werk 'onder directie' de opdrachtgever niet gemakkelijk een beroep op dit artikel zal kunnen doen; nog minder bij onderaanneming, de hoofdaannemer tegen de onderaannemer.³

9. Op basis van de toelichting op het voorontwerp, strookt de uitleg van het hof mijns inziens ook niet met de tenzij-bepaling. Immers uitgaande van de situatie dat een werk in onderaanneming uitgevoerd wordt, geldt volgens de toelichting op

het voorontwerp van artikel 7:755 BW dat sneller aangenomen mag worden dat de hoofdaannemer de noodzaak van een prijsverhoging wel heeft begrepen of had moeten begrijpen en een beroep op artikel 7:755 BW door de hoofdaannemer dus niet gemakkelijk is. Ik betwijfel echter of de hoofdaannemer, die al snel zal begrijpen dat een gewenste toevoeging of verandering in het overeengekomen werk een prijsverhoging tot gevolg heeft, zelf reëel inzicht heeft in de concreet te verwachten meerkosten. Voor dit specifieke terrein schakelt de hoofdaannemer nu net de onderaannemer in. De hoofdaannemer zal dikwijls niet de specifieke kennis hebben om de omvang van de concreet te verwachten meerkosten in te schatten. Uitgaande van de uitleg die het hof gegeven heeft aan de waarschuwingsplicht van artikel 7:755 BW, zou dit betekenen dat een beroep door bijvoorbeeld een hoofdaannemer jegens een onderaannemer op het schenden van de waarschuwingsplicht ex artikel 7:755 BW wel gemakkelijk(er) slaagt dan volgt uit de toelichting op het voorontwerp. De formulering van de waarschuwingsplicht door het hof strookt mogelijk dus niet met de toelichting op het voorontwerp van artikel 7:755 BW.

10. Het hof lijkt waarde te hechten aan de hoogte van het totaal gefactureerde bedrag aan meerwerk, althans de verhouding meerwerk-aanneemsom. Door de prijs van het meerwerk is kennelijk de overeengekomen prijs voor de werkzaamheden met bijna 70% overschreden. Ook deze redenering vind ik moeilijk te volgen als gekeken wordt naar de letterlijke tekst van artikel 7:755 BW en de toelichting op het voorontwerp van dit artikel. Immers daar wordt in zijn geheel niet gesproken over de (forse) hoogte van de meerkosten. Het feit dat de meerkosten fors zijn, duidt mogelijk zelfs meer op een situatie dat de opdrachtgever de noodzaak van prijsverhoging, had moeten begrijpen. Zelfs de niet deskundige opdrachtgever.

11. Mogelijk dat de ratio die ten grondslag ligt aan de waarschuwingsplicht ex artikel 7:755 BW de nadere aanscherping van de waarschuwingsplicht door het hof verklaard. De ratio is een opdrachtgever te beschermen tegen ongewenste prijsverhogingen.⁴ Om de aanspraak op betaling van de met de extra prestatie verband houdende meerprijs geldend te kunnen maken, zal de aannemer de opdrachtgever moeten wijzen op de noodzaak van een prijsverhoging die uit de wijziging van die eisen voortvloeit. Die waarschuwing stelt de opdrachtgever vervolgens in staat te beslissen of hij wil volharden in die wijziging.⁵

3 MvT, *Kamerstukken II* 1992/93, 23 095, nr. 3.

4 *Asser-Van den Berg (7-VI)*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 144.

5 C.E.C. Jansen, *Monografieën BW, Aanneming van werk*, deel B84, 2013, p. 75.

12. Van den Berg heeft aangegeven dat de hiervoor genoemde uitzondering, dat de opdrachtgever de noodzaak van 'een' uit de gewenste toevoeging of verandering voortvloeiende prijsverhoging uit zichzelf had moeten begrijpen, niet scherp genoeg geformuleerd lijkt. Hierdoor zou afbreuk gedaan worden aan de hiervoor genoemde beoogde bescherming van de opdrachtgever. Een opdrachtgever zal zich immers veelal wel realiseren dat het opdragen van een verandering enigerlei prijsverhoging zal meebrengen, maar waar het volgens Van den Berg op aan komt is of de opdrachtgever een reëel inzicht had in de omvang van de concreet te verwachten meerkosten.⁶ Het hof lijkt met haar oordeel over de waarschuwingsplicht ex artikel 7:755 BW aan te sluiten bij de voorgestelde aanscherping van Van den Berg.

13. Vanuit de ratio van de beoogde bescherming van een opdrachtgever valt er zeker wat te zeggen voor de aanscherping van de waarschuwingsplicht ex artikel 7:755 BW zoals door het hof geformuleerd. Immers, een opdrachtgever weet pas of een prijsverhoging gewenst of ongewenst is als hij een reëel inzicht heeft van de concreet te verwachten meerkosten. Op basis van de letterlijke tekst van de wet, maar ook op grond van de toelichting op het voorontwerp van dit artikel is echter ook goed te verdedigen dat de aanscherping van de waarschuwingsplicht door het hof te ver gaat.

14. Nu terug naar het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden. In dit arrest was niet in geschil dat de wijziging van de putten van kunststof naar roestvrij staal meerwerk was. Evenmin was in geschil dat de wijziging van de bouwvorm van de overstortputten meerwerk was. Voor de hoofdaannemer moet duidelijk geweest zijn dat roestvrij stalen putten duurder waren dan kunststof putten. Dat was immers de reden waarom de onderaannemer in haar offerte afgeweken was van het bestek en dit was aan de hoofdaannemer in een bespreking toegelicht. Hetzelfde geldt voor de wijziging van de bouwvorm van de overstortput-

ten. Immers voorafgaand aan de totstandkoming van de onderaannemingsovereenkomst is door de onderaannemer in een bespreking aangegeven dat de wijziging van de overstortputten minimaal € 1.000,00 extra per put zouden gaan kosten. De hoofdaannemer had de noodzaak van een prijsverhoging moeten begrijpen.⁷ Juridisch gezien zou naar mijn mening goed te verdedigen zijn dat de hoofdaannemer geen beroep toe kwam op het schenden van de waarschuwingsplicht ex artikel 7:755 BW. Weliswaar zijn de hoofdaannemer en de onderaannemer dan geen prijs overeengekomen voor het meerwerk, maar dit zou opgelost kunnen worden via de weg van artikel 7:752 BW. Immers in dat artikel is geregeld dat als geen bepaalde prijs is overeengekomen, de opdrachtgever slechts een redelijke prijs verschuldigd is. Het niet inzichtelijk maken van de concreet te verwachten meerkosten zou dan mee gewogen kunnen worden bij het vaststellen van een redelijk bedrag ter zake het meerwerk.⁸ Voor het genoemde minimum bedrag van € 1.000,00 per put zou nog verdedigd kunnen worden dat hiermee door de aannemer een richtprijs afgegeven is, die overeenkomstig artikel 7:752 lid 2 BW in beginsel met niet meer dan 10% overschreden had mogen worden door de aannemer. Het afrekenen van een redelijke prijs bij het ontbreken van het inzicht van de concreet te verwachten meerkosten, is een oplossing die eerder ook gekozen is door de Raad van Arbitrage voor de Bouw en het Hof Den Bosch.⁹

15. Tegen het arrest van het hof is geen cassatieberoep ingesteld. De toekomst zal uit moeten wijzen of de aanscherping van de waarschuwingsplicht ex artikel 7:755 BW navolging krijgt. Een aannemer doet er op basis van de huidige stand van de jurisprudentie in ieder geval verstandig aan om voorafgaand aan de uitvoering van het meerwerk, een prijsopgave neer te leggen bij de opdrachtgever waarin een reëel inzicht verschafft wordt in de concreet te verwachten meerkosten.

L.H. Muller

6 *Asser-Van den Berg (7-VI)*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 144.

7 In een uitspraak van Rb. Noord-Holland, sectie kanton, d.d. 21 maart 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:BZ8803 (zie r.o. 6) is geoordeeld dat gelet op het feit dat de opdrachtgever de noodzaak tot kostenverhoging uit zichzelf had moeten begrijpen, het op de weg van opdrachtgever gelegen had om expliciet aan aannemer te vragen tot welke verhoging van de aanneemsom de wijzigingen zouden leiden.

8 Zie RvA 1 september 2011, No. 71.554 (zie r.o. 37).

9 Zie onder andere RvA 11 juli 2013, No. 32.862 (zie r.o. 22), RvA 14 juni 2012, No. 71.761 (zie r.o. 34 e.v.) en Hof Den Bosch 6 september 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:3978 (zie r.o. 75.2.).