

De kosten voor de procedure in hoger beroep aan de zijde van geïntimeerden zullen worden vastgesteld op € 683,- aan verschotten en € 894,- voor salaris advocaat overeenkomstig het liquidatietarief (1 punt in tarief II). (*Enz., enz., Red.*)

NOOT

1. De in artikel 7:755 BW opgenomen waarschuwingsplicht ingeval van meerwerk blijft de gemoederen bezig houden. Eerder heb ik in dit tijdschrift een noot geschreven over een arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (dit arrest duid ik hierna als het kunstwerken arrest)². Het kunstwerken arrest lijkt de waarschuwingsplicht voor meerwerk ex artikel 7:755 BW aan te scherpen. Waar het volgens het hof op aankomt, is of de opdrachtgever een reëel inzicht gekregen heeft in de omvang van de concreet te verwachten meerkosten, zelfs als de opdrachtgever begrepen heeft dat het meerwerk tot een prijsverhoging zou leiden. Ik sloot mijn noot toen af met de mededeling dat de toekomst uit moet wijzen of deze aanscherping van de waarschuwingsplicht navolging krijgt. Tot op heden ligt er nog geen arrest van de Hoge Raad over de invulling van de waarschuwingsplicht bij meerwerk. Inmiddels heeft het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden wel een andersluidend arrest gewezen over de waarschuwingsplicht ingeval van meerwerk (dit arrest duid ik hierna als het zelfbouwer arrest).

2. De casus was als volgt. Tussen opdrachtgever en een aannemer was een aannemingsovereenkomst gesloten ter zake van installatiewerk ten behoeve van een nieuw te bouwen woning met loods. De aanneemsom betrof een bedrag van € 49.800,00 exclusief btw. Van belang om te vermelden is dat de opdrachtgever weliswaar een consument was, maar wel een consument met ervaring met bouwen. Opdrachtgever had de schuur waarin de woning is gerealiseerd zelf gebouwd. Op deze aannemingsovereenkomst waren de algemene voorwaarden voor installatiewerken consumenten (hierna: AVIC) van toepassing. In artikel 9 van de AVIC was de volgende bepaling opgenomen over meer- en minderwerk:

'1. Bij de prijsvormingsmethode-aanneemsom kan de consument nadat de overeenkomst is tot stand gekomen meer- en minderwerk opdragen, mits het saldo van de daaruit voortvloeiende verrekeningen niet meer bedraagt dan 15% van de hoofdsom.

2. In geval van door de consument opgedragen meerwerk kan de installateur alleen aanspraak maken op een verhoging van de prijs, indien hij de consument tijdig heeft gewezen op de daaruit voortvloeiende prijsverhoging, tenzij de consument dit zelf reeds had moeten begrijpen.

3. (...)

4. Meer- en minderwerk voor een bedrag van meer dan € 300,00 wordt door of bij de opdracht daartoe schriftelijk vastgelegd, behoudens in spoedeisende omstandigheden.

5. Het ontbreken van een document laat de aanspraken van installateur resp. consument op verrekening van meerwerk

resp. minderwerk onverlet. In dat geval rust het bewijs van de opdracht op degene die de aanspraak maakt.'

De regeling in lid 2 van dit artikel is vergelijkbaar met de in artikel 7:755 BW opgenomen dwingendrechtelijk regeling over meerwerk.

3. Tussen opdrachtgever en aannemer ontstond onder andere een geschil over de betaling van meerwerk ter grootte van een bedrag van € 4.330,12. Bij de kantonrechter heeft deze opdrachtgever bakzeil gehaald. De kantonrechter oordeelde dat de opdrachtgever het betreffende meerwerk aan de aannemer verschuldigd was.

4. Opdrachtgever kon zich niet vinden in deze uitspraak en voerde bij het hof een aantal gronden aan om te komen tot vernietiging van de uitspraak van de kantonrechter. Interessant is naar mijn mening vooral het verweer van opdrachtgever dat aannemer hem ten aanzien van de gedeclareerde meerwerkzaamheden nimmer overeenkomstig artikel 9 lid 2 van de AVIC, alsmede artikel 7:755 BW heeft gewezen op de daaruit voortvloeiende prijsverhogingen. De aannemer voerde als verweer aan dat deze opdrachtgever, te weten een 'zelfbouwer' (dus geen onwetende consument), zelf reeds had moeten begrijpen dat uit de meerwerkzaamheden prijsverhogingen voortvloeien.

5. Het hof oordeelde daarover als volgt. Het hof komt tot de conclusie dat tussen partijen niet vast staat dat aannemer opdrachtgever heeft gewaarschuwd voor het feit dat het onderhavige meerwerk tot een prijsverhoging zou leiden. Volgens het hof komt het er derhalve op aan of de opdrachtgever al dan niet uit zichzelf heeft moeten begrijpen dat uit het onderhavige meerwerk een prijsverhoging zou voortvloeien. Het hof beantwoordt deze vraag bevestigend. Daarbij heeft het hof in aanmerking genomen dat opdrachtgever geacht kan worden meer verstand te hebben van zaken dan de gemiddelde consument, aangezien hij de schuur met daarin de woning zelf heeft gebouwd. Ook bij het hof krijgt deze opdrachtgever dus de deksel op zijn neus en is de eindconclusie dat hij het betreffende meerwerk dient te betalen.

6. Een opvallend verschil ten opzichte van het kunstwerken arrest is dat het hof nu niet toetst aan de door haar eerder gehanteerde maatstaf dat de opdrachtgever een reëel inzicht dient te hebben in de omvang van de concreet te verwachten meerkosten. Er wordt in het zelfbouwer arrest met geen woord gerept over deze maatstaf. Immers het hof toetst enkel aan het criterium of een opdrachtgever al dan niet uit zichzelf heeft moeten begrijpen dat uit het meerwerk een prijsverhoging zou voortvloeien. Gelet op mijn eerder geuite twijfels bij de door hetzelfde hof gehanteerde aanscherping van de waarschuwingsplicht ex artikel 7:755 BW, vind ik de toets aan het criterium of een opdrachtgever al dan niet uit zichzelf heeft moeten begrijpen dat uit het meerwerk een prijsverhoging zou voortvloeien, verdedig-

² Hof Arnhem-Leeuwarden, 24 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:7180, TBR 2014/108

baar³. Immers de tekst van artikel 7:755 BW noch de toelichting op het voorontwerp zeggen iets over (inzicht in) de omvang van de prijsverhoging⁴. Toch heeft dit arrest bij mij wel de vraag opgeroepen of conclusies getrokken kunnen worden over de eerder gehanteerde aanscherping van de waarschuwingsplicht.

7. In het navolgende zet ik feiten van het kunstwerken arrest op een rij en zal ik een vergelijk maken tussen de belangrijke feiten en overwegingen in beide arresten.

8. De hoofdaannemer, een aannemingsbedrijf op het gebied van grond-, weg-, waterbouwkundige- en cultuurtechnische werken, had voor een deel van de door hem te verrichten werkzaamheden ten behoeve van de vervanging van kunstwerken een onderaannemer ingeschakeld. De onderaannemer, aannemingsbedrijf wat zich bezig hield met het vervaardigen van waterbeheersingsartikelen zoals stuwen, was verantwoordelijk voor het maken en leveren van kantelstuwen, afsluiters en overstortputten tegen betaling van een aanneemsom van € 85.000,00 exclusief btw. 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. Kunststof putten zijn 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.

9. Een aantal zaken vallen op. In de eerste plaats valt op dat in het kunstwerken arrest vaststaat dat opdrachtgever ingestemd had met het meerwerk en dat het hof aanneemt dat opdrachtgever zich heeft gerealiseerd dat dit meerwerk tot prijsverhogingen zouden leiden, maar het volgens het hof aankomt op de vraag of de opdrachtgever een reëel inzicht heeft gekregen in de concreet te verwachten meerkosten. De opdrachtgever in het zelfbouwer arrest had ook erkend dat er in zijn opdracht meerwerkzaamheden waren verricht en had volgens het hof uit zichzelf moeten begrijpen dat het meerwerk tot een prijsverhoging zou leiden. Vreemd genoeg toetste het hof in het zelfbouwer arrest niet of de opdrachtgever een reëel inzicht heeft gekregen in de concreet te verwachten meerkosten, terwijl in beide zaken meerwerk vast stond en de opdrachtgever zich ook diende te realiseren dat hieraan prijsconsequenties verbonden waren. Als aan deze maatstaf getoetst zou zijn, vraag ik mij af of het hof tot dezelfde conclusie was gekomen. Als ik namelijk het kunstwerken arrest kritisch beschouw, lijkt die opdrachtgever voorafgaand aan uitvoering van de meerwerkzaamheden toch wel meer inzicht te hebben in de concreet te verwachten meerkosten dan de opdrachtgever in het zelfbouwer arrest. Immers de opdrachtgever in het kunstwerken arrest wist al dat de wijziging van overstortputten minimaal € 1.000,00 extra per put zou gaan kosten en de wijziging van kunststof naar roestvrijstaal veel duurder zou worden. De opdrachtgever in het zelfbouwer arrest had naar mijn mening een minder reëel inzicht in de meerkosten voorafgaand aan de uitvoering van het meerwerk, het moment waarop getoetst moet worden of voldaan is aan de waarschuwingsplicht. Deze opdrachtgever stelde namelijk dat hij in de veronderstelling verkeerde dat het meerwerk onder het bestek viel en als dat niet zo was, de kosten beneden de € 300,00 zouden blijven. Dat nadien de bereidheid bleek te bestaan om het bedrag aan meerwerk groot € 4.330,12 te betalen (als wisselgeld in het kader van een regeling) en daarmee de hoogte van het meerwerk op zich niet is betwist, maakt naar mijn mening niet dat gezegd kan worden dat deze opdrachtgever voorafgaand aan de uitvoering van het meerwerk een reëel inzicht heeft gekregen in de concreet te verwachten meerkosten.

10. Een tweede punt wat opvalt, heeft te maken met de invulling van het criterium dat een opdrachtgever had moeten begrijpen dat uit het meerwerk een prijsverhoging zou voortvloeien. In de memorie van toelichting op artikel 7:755 BW is voor het antwoord op de vraag of een opdrachtgever uit zichzelf had moeten begrijpen dat uit het meerwerk een prijsverhoging zou voortvloeien, relevant hoeveel deskundigheid de aannemer bij een opdrachtgever mocht verwachten. In het kunstwerken arrest is niets terug te lezen over de deskundigheid van de opdrachtgever. In het zelfbouwer arrest laat het hof daarentegen de deskundigheid van de opdrachtgever wel (ten nadele van de opdrachtgever) meewegen. Gelet op de toelichting op de wet laat

3 Zie TBR 2014/108 waarin ik, kort samengevat, aangegeven heb dat zowel uit de letterlijke tekst van artikel 7:755 BW als de toelichting op het voorontwerp naar mijn mening niet volgt dat een aannemer alleen recht heeft op een verhoging van de prijs wanneer de opdrachtgever een reëel inzicht heeft gekregen in de omvang van de concreet te verwachten meerkosten. Van den Berg daarentegen vindt de in de wet geformuleerde uitzondering niet scherp genoeg geformuleerd. Waar het volgens Van den Berg op aankomt is of de opdrachtgever een reëel inzicht had in de omvang van de concreet te verwachten meerkosten.

4 Zie ook RvA 1 september 2110, No. 71.554, TBR 2011/186, met noot S. Könemann en mr. H.P.C.W Strang, *Groene Serie bijzondere overeenkomsten*, art. 7:755 aant. 4.

het hof mijns inziens terecht de deskundigheid van de opdrachtgever meewegen in het zelfbouwer arrest. Als ik beide opdrachtgevers naast elkaar zet, betwijfel ik wel of het hof in het kunstwerken arrest tot een zelfde oordeel gekomen was als zij ook in die casus de deskundigheid van de opdrachtgever mee had laten wegen. In het kunstwerkenarrest was de opdrachtgever immers een aannemingsbedrijf op het gebied van grond-, weg-, waterbouwkundige- en cultuurtechnische werken. In het zelfbouwer arrest was de opdrachtgever een consument. Weliswaar een consument die (in de bewoordingen van het hof) geacht kan worden meer verstand te hebben van zaken dan de gemiddelde consument, maar het blijft een consument. Een aannemingsbedrijf op het gebied van grond-, weg-, waterbouwkundige- en cultuurtechnische werken, kwalificeert op zijn minst ook als een partij die geacht kan worden meer verstand te hebben van zaken. Als de opdrachtgever in het zelfbouwer arrest reeds uit zichzelf had moeten begrijpen dat uit het meerwerk een prijsverhoging zou voortvloeien, kan ik niet zo goed volgen dat dit niet geldt voor het gespecialiseerde aannemingsbedrijf op het gebied van grond-, weg-, waterbouwkundige- en cultuurtechnische werken.

11. Als ik de feitencomplexen in beide arresten kritisch beschouw, kom ik tot de voorzichtige conclusie dat de aanscherping van de waarschuwingplicht ex artikel 7:755 BW geen navolging lijkt te krijgen. Het hof toetst enkel of opdrachtgever uit zichzelf had moeten begrijpen dat uit het meerwerk een prijsverhoging zou voortvloeien. Of hiermee de eerder geïntroduceerde aanscherping van de waarschuwingplicht uit beeld is, vind ik te vroeg om te zeggen. Wel meen ik dat als het hof in het zelfbouwer arrest getoetst had aan dezelfde maatstaf als in het kunstwerken arrest, dit

best wel eens tot een ander arrest had kunnen leiden.

12. Overigens krijgt de aanscherping van de waarschuwingplicht ex artikel 7:755 BW ook in een recent arrest van het Hof 's-Hertogenbosch geen navolging⁵. In die zaak moest grond kennelijk langer dan de overeengekomen zes maanden in depot blijven. De opdrachtgever verweet de aannemer in strijd gehandeld te hebben met artikel 7:755 BW door eerst na het verstrijken van de zes maanden te melden dat de grond langer in depot moest blijven. Het beroep op de schending van de waarschuwingplicht mocht de opdrachtgever niet baten, omdat deze opdrachtgever de noodzaak van een prijsverhoging uit zichzelf had moeten begrijpen. Immers voor de opdrachtgever moest volgens het hof duidelijk zijn dat de in depot opgeslagen grond in dat depot opgeslagen moest blijven totdat de opdrachtgever zelf uitsluitel had verschaft over wat er met die grond moest gebeuren. Ook in dit arrest wordt met geen woord gerept over de eerder gehanteerde maatstaf om reëel inzicht te verschaffen in de omvang van de concreet te verwachten meerkosten.

13. Op basis van voornoemde arresten over de invulling van de waarschuwingplicht ex artikel 7:755 BW, is mijn conclusie dat de rechtspraak niet eenduidig is. Hopelijk krijgt de Hoge Raad de kans om deze duidelijkheid op korte termijn te verschaffen en anders ligt hier wellicht een schone taak voor de wetgever bij een eventuele herziening van de titel aanneming van werk, zeker bij een leerstuk als meerwerk wat bij bouwprojecten geregeld onderwerp is van geschil.

L.H. Muller

⁵ Hof Den Bosch 12 april 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1425, r.o. 3.18 en 3.19.

TBR 2016/176

Raad van Arbitrage voor de Bouw, 11 april 2016, No. 71.917, (Ontbinding overeenkomst van (onder)aanneming)

(Mr. K.E. Mollema, ir. T.H.W. van Splunder en drs. Ir. F.H. van Rijssen)

BW: art. 6:74, art. 6:75, art. 6:76, art. 6:80, art. 6:81, art. 6:82, art. 6:83, art. 6:228, art. 6:248, art. 6:265, art. 7:756

Gedeeltelijke ontbinding (onder)aannemingsovereenkomst door hoofdaannemster, verzuim zonder ingebrekestelling. Art. 6:265 BW, art 6:80 BW versus 6:83 BW

Met gastnoot P. Vermeij, Red.¹

De gronden van de beslissing De bevoegdheid en de ontvankelijkheid

8. De bevoegdheid van appellarbiters tot beslechting van het onderhavige geschil bij scheidsrechterlijk vonnis staat onbetwist tussen partijen vast.

9. De memorie van grieven in principaal appel is binnen drie maanden na datum van het beroepen vonnis binnengekomen bij het secretariaat van de Raad. Het incidenteel appel is ingesteld

¹ Peter Vermeij is als jurist werkzaam binnen Bouwend Nederland te Zoetermeer.