

Jurisprudentie – IV. Aanneming van werk

TBR 2019/84

Hof Arnhem-Leeuwarden, 28 augustus 2018, zaaknr. 200.199.210, ECLI:NL:GHARL:2018:7762 (Algemene voorwaarden (niet) uitdrukkelijk van de hand gewezen)

(Mr. A.E.B. ter Heide, mr. E.J. van der Poel en mr. H. Manuel)

BW: art. 6:96, art. 6:217, art. 6:225, art. 6:232

Aanneming van werk. Afrekening. Toepasselijkheid algemene voorwaarden. Schade. Toerekenbare tekortkoming. Minderwerk

Met gastnoot J.S.O. den Houting, Red.¹

2 De vaststaande feiten

2.1 Het hof gaat in hoger beroep uit van de navolgende feiten.

2.2 De gemeente Rotterdam heeft in 2012 een aanbesteding betreffende het verbouwen en renoveren van bedrijfsunits en kantoren op de locatie [adres] alsmede de [adres] in [stad] aan geïntimeerde gegend.

2.3 Geïntimeerde heeft voor de uitvoering van (onderdelen) van de aanbesteding opdrachten gegeven aan [bedrijf 1] (hierna: [bedrijf 1]). Bij opdrachtbevestiging van 8 februari 2013 heeft geïntimeerde opdracht gegeven aan [bedrijf 1] voor sloopwerk conform de offerte van [bedrijf 1] van 1 februari 2013 (inclusief het sloopwerk als aangegeven in de mail van 4 februari 2013), welk sloopwerk diende te worden uitgevoerd conform het aan [bedrijf 1] ter beschikking gestelde bestek. De aanneemsom bedroeg € 23.500 ex BTW. In deze opdrachtbevestiging staat verder vermeld: *'Op deze overeenkomst zijn onze onderaannemervoorwaarden d.d. 1 januari 2000 van toepassing. Indien deze niet in uw bezit zijn dan vernemen wij dit graag van u en zullen wij die u alsnog doen toekomen. Betaling- en leveringsvoorwaarden van onderaannemers, leveranciers, fabrikanten e.d. zijn niet van toepassing.'* In de offerte van [bedrijf 1] stond vermeld: *'Algemene voorwaarden van [bedrijf 1] zijn van toepassing.'* Naar aanleiding van genoemde offerte heeft geïntimeerde bij e-mail van 4 februari 2013 aan [bedrijf 1] verzocht om toezending van *'jullie algemene voorwaarden'*. [bedrijf 1] heeft haar algemene voorwaarden, de Algemene voorwaarden Vereniging van Sloopaannemers (hierna: de algemene voor-

waarden), bij e-mail van 5 februari 2013 aan geïntimeerde gestuurd.

2.4 Op enig moment is geconstateerd dat in de te renoveren bedrijfsunits en kantoren asbest aanwezig was. Gelet daarop moest een asbestsanering worden uitgevoerd. In het asbestinventarisatierapport dat op 6 februari 2013 is opgesteld door [adviesbureau] is (onder meer) opgenomen dat asbest was aangetroffen en diende te worden verwijderd op de locaties [adres] in [stad]. Ook deze opdracht heeft geïntimeerde aan [bedrijf 1] verstrekt op 14 februari 2013 voor een aanneemsom van € 16.500 ex BTW. In deze opdrachtbevestiging staat dezelfde clausule vermeld als is geciteerd onder 3.3. Voorafgaand aan de opdrachtbevestiging had [bedrijf 1] een offerte voor deze werkzaamheden gedaan, op 13 februari 2013. In de voettekst van die offerte is vermeld: *'Op al onze overeenkomsten en aanbiedingen zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden welke gedeponeerd zijn bij de Arrondissementsrechtbank te Rotterdam'*.

2.5 [bedrijf 1] heeft op haar beurt het bedrijf [asbestsaneringsbedrijf] ingeschakeld om de asbestsanering uit te voeren. Na uitvoering van de asbestsanering is een vrijgaverapport verstrekt.

2.6 [bedrijf 1] heeft aan geïntimeerde diverse facturen gestuurd. Van die facturen is in totaal € 16.480,- onbetaald gebleven.

2.7 [bedrijf 1] is op 9 juli 2013 failliet gegaan. De (indirect) bestuurder van [bedrijf 1] is thans bestuurder van appellant. Appellant heeft de vorderingen van [bedrijf 1] op geïntimeerde uit diens faillissement gekocht.

3 Het geschil en de beslissing in eerste aanleg

3 Appellant heeft in eerste aanleg - samengevat - betaling gevorderd van € 16.480,- en de buitengerechtigde kosten, beide vermeerderd met de wettelijke handelsrente, alsmede proceskosten, beslagkosten en nakosten.

De kantonrechter heeft de vorderingen bij vonnis van 30 december 2015 afgewezen onder veroordeling van appellant in de proceskosten.

4 De motivering van de beslissing in hoger beroep

4.1 Appellant is in hoger beroep gekomen onder aanvoering van elf grieven. Zij heeft gevorderd dat het hof, bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren arrest, de vonnissen van 15 juli 2015 en 30 december 2015 zal vernietigen en

¹ Jørgen den Houting is advocaat bij Rozemond Advocaten te Amsterdam.

haar vordering alsnog zal toewijzen. Geïntimeerde heeft geconcludeerd tot bekrachtiging van de bestreden vonnissen.

Minderwerk

4.2 De grieven 1, 2, 7, 8, 9 en 10 hebben alle betrekking op het minderwerk. De grieven 1 en 2 zien op feiten die de rechtbank onder 2.2. van haar tussenvonnis heeft vastgesteld. Met deze grieven wil appelland kennelijk betogen dat de rechtbank onjuiste gevolgen aan die feiten heeft verbonden. Dat zal hierna bij de grieven 7 tot en met 9 worden besproken. Dat de door de rechtbank vastgestelde feiten onjuist zijn, wordt echter niet aangevoerd. Daarom falen de grieven 1 en 2.

4.3 In de grieven 7, 8 en 9 betoogt appelland dat de algemene voorwaarden van [bedrijf 1] niet van toepassing zijn omdat zij bij de opdrachtbevestiging van geïntimeerde uitdrukkelijk van de hand zijn gewezen (zie artikel 6:225 lid 3 BW), terwijl de algemene voorwaarden van geïntimeerde niet van toepassing zijn aangezien ze zijn vernietigd omdat ze niet ter hand zijn gesteld. Volgens appelland is tussen [bedrijf 1] en geïntimeerde geen verrekening van meer/minderwerk overeengekomen. Deze grieven lenen zich voor gezamenlijke behandeling:

4.4 Artikel 6:225 lid 3 BW bepaalt dat wanneer aanbod en aanvaarding naar verschillende algemene voorwaarden verwijzen, aan de tweede verwijzing geen werking toekomt, wanneer daarbij niet tevens de toepasselijkheid van de in de eerste verwijzing aangegeven algemene voorwaarden uitdrukkelijk van de hand wordt gewezen. Partijen hebben op dit punt slechts gedebatteerd over de vraag of de algemene voorwaarden die geïntimeerde op 5 februari 2013 van [bedrijf 1] heeft ontvangen, de Algemene voorwaarden Vereniging van Sloopaannemers, op de overeenkomsten van 8 februari 2013 en 14 februari 2013 van toepassing zijn. In dit geval heeft [bedrijf 1] bij haar offertes haar algemene voorwaarden van toepassing verklaard (de eerste verwijzing in de woorden van artikel 6:225 BW), terwijl geïntimeerde in haar opdrachtbevestigingen heeft verklaard dat haar onderaannemervoorwaarden van toepassing zijn (de tweede verwijzing), waaraan zij heeft toegevoegd: *'Betaling- en leveringsvoorwaarden van onderaannemers, leveranciers, fabrikanten e.d. zijn niet van toepassing.'* De vraag is of deze zin op zichzelf of in combinatie met de verwijzing naar de onderaannemervoorwaarden van geïntimeerde moet worden uitgelegd als een uitdrukkelijk van de hand wijzen van de voorwaarden van [bedrijf 1]. Vast staat dat [bedrijf 1] haar algemene voorwaarden op 5 februari 2013 per e-mail aan geïntimeerde heeft gestuurd. Vervolgens heeft geïntimeerde onder opneming van bovengenoemde volzin op 8 februari 2013 en 14 februari 2013 de opdrachten bevestigd.

In die volzin verwijst zij niet concreet naar de aan haar toegezonden algemene voorwaarden van [bedrijf 1], maar sluit zij meer in het algemeen de toepasselijkheid van betaling- en leveringsvoorwaarden van onderaannemers, leveranciers, fabrikanten en dergelijke uit. Daarbij is niet duidelijk of geïntimeerde doelt op haar eigen onderaannemers en eventueel andere door haar ingeschakelde derden, of op onderaannemers en derden die haar wederpartij [bedrijf 1] heeft ingeschakeld. Mede gelet op de toezending door [bedrijf 1] van haar algemene voorwaarden aan geïntimeerde op 5 februari 2013 en de omstandigheid dat partijen het er gezien de stellingname van appelland en de verklaring namens geïntimeerde ter comparitie in hoger beroep over eens zijn dat geïntimeerde haar onderaannemervoorwaarden niet aan [bedrijf 1] heeft verstrekt, kan in deze zaak niet de conclusie worden getrokken dat het voor [bedrijf 1] duidelijk was dat geïntimeerde haar offertes slechts wenste te aanvaarden indien niet de algemene voorwaarden van [bedrijf 1], maar de eigen voorwaarden van geïntimeerde van toepassing zouden zijn. Het hof is dan ook van oordeel dat de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van [bedrijf 1] met genoemde volzin van geïntimeerde zowel op zichzelf als in combinatie met de daarbij opgenomen verwijzing naar haar onderaannemervoorwaarden zonder deze voor of bij de totstandkoming van de overeenkomsten aan [bedrijf 1] te verstrekken, niet een uitdrukkelijke afwijzing van de algemene voorwaarden van [bedrijf 1] inhoudt. Dat betekent dat aan de verwijzing naar de onderaannemervoorwaarden in de opdrachtbevestigingen van geïntimeerde geen werking toekomt, zodat de algemene voorwaarden van [bedrijf 1] van toepassing zijn op de overeenkomsten.

4.5 [medewerker appelland] heeft namens appelland tijdens de comparitie van partijen in hoger beroep verklaard dat hij voorafgaand aan de opdracht met [medewerker geïntimeerde] (van geïntimeerde) in een gesprek heeft afgesproken dat er geen meer- of minderwerk verrekend zou worden. [medewerker geïntimeerde], die tijdens die comparitie eveneens aanwezig was, heeft dat betwist. Volgens hem is er slechts een prijs besproken en is het volkomen gebruikelijk dat er meer- en minderwerk wordt verrekend. Voor zover appelland - voor het eerst tijdens de comparitie in hoger beroep - heeft willen betogen dat zij in afwijking van haar (latere) offerte een mondelinge afspraak heeft gemaakt dat er geen minderwerk wordt verrekend, gaat het hof daaraan voorbij. Zij heeft van die stelling geen bewijs aangeboden, terwijl die stelling zich ook niet laat verenigen met het feit dat [bedrijf 1] haar algemene voorwaarden in haar offerte van toepassing heeft verklaard en dat [bedrijf 1] blijkens de e-mailcorrespondentie tussen partijen van met name 15 en 17 april 2013 (conclusie van antwoord, producties 10 en 11) aanvankelijk bereid is gebleken over het minderwerk met geïntimeerde

in gesprek te gaan, zonder daarbij naar de gestelde afspraak te verwijzen. Het voorgaande leidt dan ook tot de conclusie dat de algemene voorwaarden van [bedrijf 1], waaronder artikel 7, ook voor wat betreft de verrekening van het minderwerk van toepassing zijn.

4.6 Met grief 10 betoogt appelland dat de door geïntimeerde gegeven onderbouwing van het minderwerk niet juist is. Appelland wordt daarin niet gevolgd. Geïntimeerde heeft bij haar akte na tussenvonnis in eerste aanleg een begroting gegeven van het minderwerk, die is onderbouwd met een schatting van het aantal met het minderwerk gemoeide manuren, onder verwijzing naar een uurprijs en overige prijzen. Die prijzen zijn ontleend aan een begroting van onderaannemer [onderaannemer], die in oktober 2012 - eveneens - een offerte voor de sloopwerkzaamheden had uitgebracht. Appelland heeft volstaan met de stelling dat de schatting van [medewerker geïntimeerde] niet leidend kan zijn en dat een verwijzing naar de prijzen van een concurrent niet voldoende is. Het hof ziet niet in dat het bij de begroting van het minderwerk niet van de prijzen van [onderaannemer], die zijn uitgebracht voorafgaand aan het thans ontstane conflict en dus een reëel beeld geven van de destijds geldende prijzen, zou kunnen uitgaan. Het ziet evenmin in waarom het geen waarde zou kunnen hechten aan de op ervaring van [medewerker geïntimeerde] gebaseerde schatting van het aantal manuren, te meer daar appelland heeft nagelaten concreet aan te geven wat het minderwerk volgens haar dan wél bedraagt. Grief 10 faalt daarom ook.

4.7 Voor het eerst bij haar akte overlegging producties van 27 juni 2018 en tijdens de op die dag gehouden comparitie in hoger beroep heeft appelland aangevoerd dat het vonnis onjuist is omdat als gevolg van het faillissement van [bedrijf 1] niet de volledige aanneemsom is gefactureerd en het minderwerk niet zozeer in mindering moet worden gebracht op het wel gefactureerde bedrag, als wel op de overeengekomen aanneemsommen, alsook dat de hoogte van het bedrag dat met het minderwerk is gemoeid en daarmee de beoordeling van haar vordering onjuist is omdat [bedrijf 1] de steigerhuur abusievelijk als minderwerk heeft aangemerkt. Het hof is van oordeel dat dit betoog moet worden beschouwd als een nieuwe grief, hetgeen in strijd is met de twee-conclusieregel. De 'twee-conclusieregel' houdt onder meer in dat in het eerste processtuk dat partijen in hoger beroep mogen nemen alle grieven dienen te worden aangevoerd. Op de 'twee conclusie'-regel zijn uitzonderingen mogelijk, maar appelland heeft niet aangevoerd dat zich een dergelijke uitzonderingssituatie voordoet, terwijl het hof ambtshalve evenmin een dergelijke uitzondering ziet. Duidelijk is in ieder geval dat geïntimeerde niet ondubbelzinnig in de nieuwe grief heeft toegestemd, aangezien zij ter zitting heeft aan-

gevoerd dat er tegen de verrekening van schade en minderwerkposten met de facturen niet is gegriefd en dat het nieuwe argument dat met de aanneemsom moet worden verrekend, daarom niet meer aan de orde is. Anders dan appelland leest het hof in de memorie van grieven geen impliciete grief van dezelfde strekking. In ieder geval is een dergelijk betoog voor het hof en voor geïntimeerde niet (voldoende) kenbaar geweest. Daarop stuit dit betoog af.

Schadeposten

4.8 Met grief 3 heeft appelland aangevoerd dat de schade door het slopen van het kozijn van de kluisdeur niet voor rekening van [bedrijf 1] komt. Dit betoog faalt. Tijdens de zitting in hoger beroep heeft [medewerker appelland] namens appelland erkend dat uit het bestek (3.1.10 en 3.1.30 in samenhang gelezen) wel duidelijk is dat het kozijn van de kluisdeur niet diende te worden verwijderd. De sloper heeft tijdens het werk [medewerker appelland] gebeld met de vraag of ook het kozijn er uit moest. [medewerker appelland] heeft hem gezegd even met geïntimeerde te overleggen. Vervolgens heeft de sloper met een timmerman van geïntimeerde overlegd, die hem heeft gezegd dat ook maar het kozijn te slopen. [medewerker appelland] heeft toen niet het bestek geraadpleegd. Van [bedrijf 1] mocht worden verwacht dat bij twijfel het bestek zou worden geraadpleegd en dat als er in afwijking van het bestek zou worden gesloopt, overleg zou plaatsvinden met de projectuitvoerder van geïntimeerde en niet met een toevallig aanwezige timmerman. Dat [bedrijf 1] zonder dit overleg is overgegaan tot slopen van het kozijn, in afwijking van het bestek, is een toerekenbare tekortkoming. Daarom komen de uit het slopen van het kozijn voortvloeiende kosten als schade voor verrekening in aanmerking.

4.9 Met grief 4 betoogt appelland dat geïntimeerde geen schade heeft geleden door het niet (volledig) verwijderen van asbest van het dak, aangezien dit asbest na de bespreking van 9 april 2013 alsnog is verwijderd. Geïntimeerde heeft betwist dat dit alsnog is verwijderd en heeft betoogd dat de verrekenende schade ziet op de kosten van vaststelling van (ondeugdelijke) uitvoering. Hierover wordt als volgt overwogen. Bij e-mail van 5 april 2013 (productie 8 bij conclusie van antwoord) heeft [medewerker geïntimeerde] van geïntimeerde aan de heren [medewerker appelland] bericht: 'Marko van [bedrijf 2] heeft mij net gebeld over het de sanering van de zaagtanddaken en aangegeven dat dit vanuit hun kant niet goed is opgepakt waardoor een onvolledige sanering heeft plaatsgevonden.' Op basis van dit e-mailbericht en van de naar het oordeel van de kantonrechter onvoldoende gemotiveerde onderbouwing van appelland ter zitting in eerste aanleg heeft de kantonrechter onder 4.5 en 4.6 van haar tussenvonnis geoordeeld dat deze schadepost

voor toewijzing gereed ligt. Bij haar memorie van grieven heeft appellant niet meer aangevoerd dan dat er geen schade is omdat de betreffende delen alsnog zijn gesaneerd. Die grief treft geen doel omdat de door geïntimeerde verrekenende schadeposten zien op kosten voor het nemen van kleefmonsters, onderzoekskosten, extra begeleiding, overlegkosten etc. Die posten betreffen alle redelijke kosten ter voorkoming of beperking van schade als bedoeld in artikel 6:96 lid 2 sub a BW en redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid als bedoeld in artikel 6:96 lid 2 sub b BW. Appellant heeft in grief 4 niet betoogd dat [bedrijf 1] überhaupt niet tekort is geschoten. Een dergelijke betoog heeft H.J. Deknatel namens appellant tijdens de comparitie in hoger beroep wel gehouden, maar dat betoog heeft appellant - nog afgezien van het feit dat ook dit betoog gezien de 'twee conclusie'-regel te laat is gevoerd - niet duidelijk onderbouwd, terwijl dat, mede gezien de rechtsoverwegingen 4.5 en 4.6 van het tussenvonnis, wel nodig was. Daarop stuit grief 4 af.

4.10 Met grief 5 heeft appellant aangevoerd dat een extra toezichthouder niet nodig was en dat [naam medewerker] (de voorman van [bedrijf 1]) tijdens de ziekte van uitvoerder [naam uitvoerder] toezicht hield. Daarom heeft de kantonrechter ten onrechte geoordeeld dat geïntimeerde € 570,19 als schade kan verrekenen. Deze grief slaagt. Tijdens de mondelinge behandeling in hoger beroep is duidelijk geworden dat het extra toezicht van geïntimeerde neerkwam op het feit dat [medewerker geïntimeerde], die hoe dan ook op bijna dagelijkse basis op het werk aanwezig was, met [naam medewerker] de werkzaamheden van [bedrijf 1] langsliep en waar nodig kritische opmerkingen maakte en/of wees op aandachtspunten. Dat [medewerker geïntimeerde] tijdens het werk de werkzaamheden van een onderaannemer volgt, hoort naar het oordeel van het hof in beginsel bij de eigen werkzaamheden van geïntimeerde. Weliswaar heeft [medewerker geïntimeerde] verklaard dat hem in de loop van de tijd bleek dat hij wel veel extra aandacht daaraan moest geven, maar dat was in wezen al tegen het einde van de werkzaamheden van [bedrijf 1]. Die enkele opmerking, zonder verdere onderbouwing en zonder dat is gebleken dat [bedrijf 1] bijvoorbeeld daarop schriftelijk is aangesproken, is onvoldoende voor het oordeel dat [bedrijf 1] op dit punt toerekenbaar tekort is geschoten.

Boorgat

4.11 Appellant heeft ter zitting verklaard dat zij zich kan verenigen met € 57,- als vergoeding voor het boorgat, zodat grief 6 verder niet hoeft te worden behandeld.

5 De slotsom

5.1 Grief 5 slaagt. De grieven 1 tot en met 4 en 6 tot en met 10 slagen niet. Dat betekent dat geïntimeerde een bedrag van € 570,19 minder mag verrekenen dan zij heeft gedaan. In plaats van het bedrag van € 8.360,83 (zie onder 4.8 van het tussenvonnis) mag geïntimeerde € 7.790,64 verrekenen. Van de in eerste aanleg gevorderde hoofdsom van € 16.480,- resteert na verrekening van € 7.790,64 een bedrag van € 8.689,36. Dit bedrag valt volledig weg tegen het minderwerk van € 9.688,53 (genoemd in het eindvonnis onder 2.2). De conclusie is dan ook dat de bestreden vonnissen, onder wijziging van gronden, moeten worden bekrachtigd. Dat betekent dat appellant terecht in de kosten van de eerste aanleg is veroordeeld, zodat ook grief 11 faalt. (*Enz., enz., Red.*)

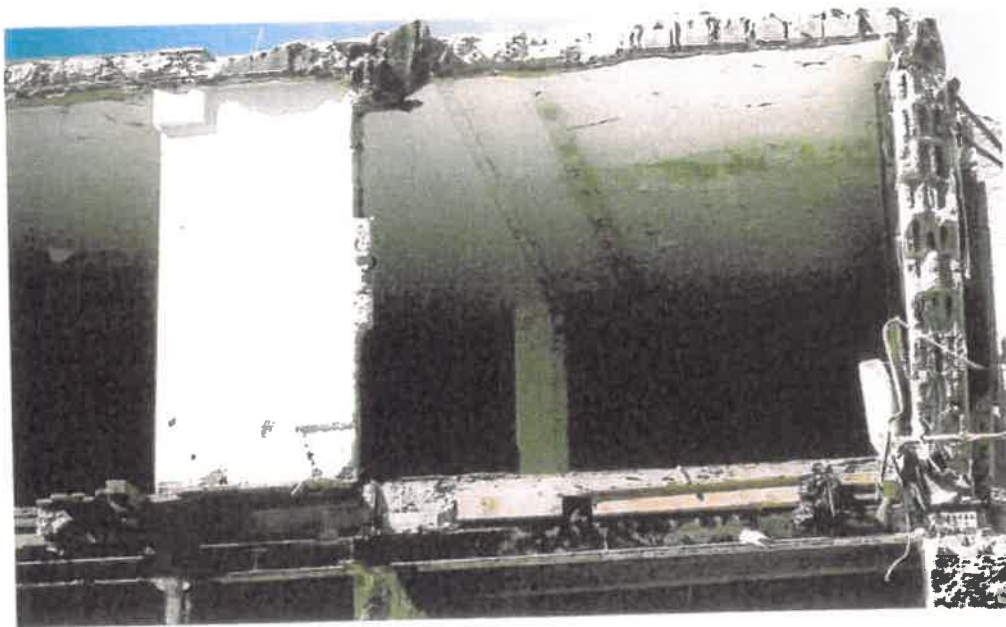
NOOT

1. Hoewel de geschilpunten in deze zaak vrij feitelijk van aard zijn, is toch één punt vermeldenswaardig; namelijk de vraag of de hoofdaannemer de algemene voorwaarden van zijn onderaannemer al dan niet *uitdrukkelijk* van de hand heeft gegeven. Het hof oordeelt dat dit niet het geval was en de vraag is of het daarbij de 'uitdrukkelijkheidseis' als bedoeld in art. 6:225 lid 3 BW niet te streng uitlegt.

2. De casus is als volgt. De gemeente Rotterdam heeft in 2012 - na daartoe een aanbesteding te hebben georganiseerd - een werk opgedragen aan een hoofdaannemer (gedaagde/geïntimeerde) dat zag op de verbouwing en renovatie van een aantal bedrijfsunits en kantoren. De hoofdaannemer heeft op zijn beurt (onder meer) het sloopwerk aan een onderaannemer (eiseres/appellante) uitbesteed.

3. Relevant voor deze noot is dat de onderaannemer in zijn offerte van 4 februari 2013 naar zijn algemene voorwaarden had verwezen ('Algemene voorwaarden Vereniging van Sloopaannemers') en deze voorwaarden - op verzoek van hoofdaannemer - ook op 5 februari 2013 had nagezonden. De hoofdaannemer heeft vervolgens op zijn beurt in de opdrachtbevestiging van 8 februari 2013 zijn algemene voorwaarden ('onderaannemers-voorwaarden d.d. 1 januari 2000') van toepassing verklaard, waaraan hij had toegevoegd: 'betaling- en leveringsvoorwaarden van onderaannemers, leveranciers, fabrikanten e.d. zijn niet van toepassing.'

4. Het hof oordeelt in ro. 4.4 van zijn arrest dat de hoofdaannemer met die tweede verwijzing en de hiervoor geciteerde zinsnede de algemene voorwaarden van de onderaannemer niet 'uitdrukkelijk' van de hand heeft gegeven. Meer specifiek merkt het hof op dat hoofdaannemer met die laatste volzin niet 'concreet naar de aan haar toegezonden algemene voorwaarden van [onderaannemer]' had verwezen, maar in het algemeen 'de toepasselijkheid van betaling- en leveringsvoorwaarden van onderaannemers, leveranciers, fabrikanten en dergelijke' had uitgesloten. Daarbij was het volgens het hof bovendien niet duidelijk of de hoofdaanne-



mer doelde op eigen onderaannemers en derden dan wel op door de onderaannemer ingeschakelde onderaannemers en derden. Daarnaast woog het hof mee dat de onderaannemer zijn algemene voorwaarden wel aan de hoofdaannemer had toegezonden, maar de hoofdaannemer de zijne niet aan de onderaannemer.

5. Het juridisch kader is ongetwijfeld bekend. In het geval beide partijen hun algemene voorwaarden van toepassing verklaren ('battle of forms'), dan geldt de zogenaamde: 'first shot rule'.² Deze regel houdt in dat de tweede verwijzing naar algemene voorwaarden geen effect sorteert, wanneer de toepasselijkheid van de eerste verwijzing niet 'uitdrukkelijk' van de hand wordt gewezen. Immers, art. 6:225 lid 3 BW luidt als volgt: 'Verwijzen aanbod en aanvaarding naar verschillende algemene voorwaarden, dan komt aan de tweede verwijzing geen werking toe, wanneer daarbij niet tevens de toepasselijkheid van de in de eerste verwijzing aangegeven algemene voorwaarden uitdrukkelijk van de hand wordt gewezen.' In de parlementaire geschiedenis wordt die bepaling als volgt toegelicht³: 'Aangenomen dat uit de uitnodiging duidelijk was dat aan de personen tot wie zij was gericht, een aanbod werd gevraagd tot het aangaan van een overeenkomst op de in de uitnodiging vermelde algemene voorwaarden, ligt het in beginsel op de weg van degenen die op de uitnodiging wensen in te gaan, maar toepasselijkheid van hun eigen, afwijkende algemene voorwaarden willen bedingen, om dit **duidelijk kenbaar te maken** [nadruk JdH]. Te bedenken valt dat het hier in wezen om een uitwerking van de vertrouwensgedachte van artikel 3.2.3 gaat, betrokken op de uitleg van het betreffende aanbod.'

2 Zie: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III, Deventer: Kluwer 2014, nr. 478.

3 MvA II. Parl. Gesch. inwW 6, p. 1438.

6. Vervolgens is de 'uitdrukkelijkheidseis' in de jurisprudentie verder uitgekristalliseerd. Hieruit leid ik af dat een uitdrukkelijke afwijzing niet reeds kan volgen uit een enkele voorgedrukte standaardtekst in correspondentie, waarin de toepasselijkheid van andere dan de eigen algemene voorwaarden al dan niet 'uitdrukkelijk' wordt afgewezen.⁴ Het Hof Den Bosch oordeelde bovendien in 2014 dat bij een uitdrukkelijke afwijzing duidelijk moet zijn dat andere voorwaarden worden afgewezen en welke voorwaarden dat zijn.⁵ De relevante rechtsoverweging 4.13 luidde als volgt: 'Het hof deelt deze conclusie van de rechtbank. De verwijzing naar de eigen voorwaarden in de bestelopdracht van Buva houdt weliswaar een impliciete afwijzing van andere algemene voorwaarden dan haar eigen voorwaarden in, maar niet een uitdrukkelijke afwijzing als bedoeld in artikel 6:225 lid 3 BW. Wil sprake zijn van een dergelijke uitdrukkelijke afwijzing, dan zal duidelijk moeten zijn dat andere voorwaarden worden afgewezen en welke voorwaarden worden afgewezen.'

7. In deze zaak ging het, voor zover ik kan nagaan uit het arrest en het vonnis in eerste aanleg,⁶ niet om een voorgedrukte standaardtekst. Evengoed heeft de hoofdaannemer wel volstaan met een algemene afwijzing van andere algemene voorwaarden dan de zijne in plaats van een concrete afwijzing van de algemene voorwaarden van de onderaannemer. Het oordeel van het hof dat de hoofdaannemer de algemene voorwaarden van de onderaannemer niet uitdrukkelijk van de hand heeft gewezen is dan ook in lijn met de hiervoor geciteerde rechtsoverweging van het Hof Den Bosch.

4 Zie onder meer: HR 13 juli 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3632 (Hardstaal Holding/Bovry) en Hof Amsterdam 19 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2953.

5 Hof Den Bosch 18 maart 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:748.

6 Ro. Midden-Nederland 15 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9902.

8. De vraag is alleen wel of het de onderaannemer niet *duidelijk kenbaar* was (de terminologie van de wetgever volgend) dat de hoofdaannemer zijn eigen algemene voorwaarden van toepassing wilde verklaren en niet die van hem. Daarbij acht ik de overweging van het hof dat het niet duidelijk was welke voorwaarden de hoofdaannemer beoogde af te wijzen (die van zijn onderaannemers en door hem ingeschakelde derden, of die van onderaannemers en derden die zijn onderaannemer zou hebben ingeschakeld) wat vergezocht; hoe kan de hoofdaannemer immers gebonden worden aan algemene voorwaarden van niet-contractspartijen? Dat een algemene afwijzing soms wel als een uitdrukkelijke afwijzing in de zin van art. 6:225 lid 3 BW kan volstaan volgt bijvoorbeeld uit het in voetnoot 3 aangehaalde arrest van het Hof Amsterdam (waarin zich een vergelijkbare situatie voordeed). Bijkomende omstandigheid in die zaak was wel dat voorafgaand aan de tweede verwijzing de toepasselijkheid van algemene voorwaarden expliciet was besproken tussen partijen en de "tweede verwijzer" had gevraagd om toezending van de algemene voorwaarden van de "eerste verwijzer" ter beoordeling ervan. Uit het arrest en vonnis in eerste aanleg in deze zaak kan alleen worden afgeleid dat hoofdaannemer om toezending had gevraagd van de algemene voorwaarden van de onderaannemer.

9. Het hof heeft vervolgens in deze zaak meegewogen dat de algemene voorwaarden van de onderaannemer wel ter hand waren gesteld en die van de hoofdaannemer niet. Hoewel de terhandstelling in beginsel geen rol speelt bij de vraag of algemene voorwaarden van toepassing zijn - die vraag moet immers worden beantwoord aan de hand van art. 6:217 BW (aanbod en aanvaarding), waarbij op grond van art. 6:232 BW geldt dat een wederpartij ook gebonden kan zijn aan algemene voorwaarden zonder de inhoud te kennen - acht ik die overweging wel juist. Uit de terhandstelling kan een wederpartij immers ook afleiden dat zijn algemene voorwaarden van de hand worden gewezen. Het Hof Amsterdam kwam tot eenzelfde oordeel (waarbij in die zaak bij de tweede verwijzing de algemene voorwaarden wel waren meegezonden).

10. Hoe het ook zij, ik raad contractspartijen af te volstaan met een standaard afwijzing, maar de af te wijzen algemene voorwaarden specifiek te benoemen en de gewenste algemene voorwaarden ter hand te stellen. Nog beter is het om nadrukkelijk met de andere contractspartij te bespreken welke algemene voorwaarden van toepassing zijn. Maar daar komt het in de praktijk meestal niet van.

J.S.O. den Houting

TBR 2019/85

Raad van Arbitrage voor de Bouw, 17 mei 2019, No. 72.148, (Laatste vonnis van RvA secretaris Yvo de Mul)

(Mr. A.S. Gratama, ir. C.P.C. Flipse en ir. D.A. van Valkenburg)

Met noot M.A.B. Chao-Duivis, Red.

De gronden van de beslissing
De bevoegdheid en de ontvankelijkheid

5. De bevoegdheid van appellarbiters tot beslechting van het onderhavige geschil bij scheidsrechterlijk vonnis staat onbetwist tussen partijen vast. Zij berust op hetgeen arbiters in eerste aanleg daarover hebben overwogen (overweging 4 van het vonnis in eerste aanleg) waartegen niet is gegriefd.

6. 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 voorwaardelijk incidenteel appel is ingesteld bij memorie van antwoord. Partijen zijn derhalve in zoverre ontvankelijk in hun appel.

Het geschil in eerste aanleg

7. Aanneemster vorderde in eerste aanleg betaling van haar vorderingen ten bedrage van € 172.500,00 exclusief btw aan ten onrechte verrekend minderwerk ter zake van het

bijvuilsysteem (€ 22.500,00) en de bevochtigers (€ 150.000,00), ten bedrage van € 159.000,00, subsidiair € 27.000,00, ter zake van ten onrechte verrekende korting in verband met te late oplevering en € 9.999,99 exclusief btw wegens zonder reden onbetaald gelaten facturen, een en ander te vermeerderen met rente en kosten. Opdrachtgeefster voerde gemotiveerd verweer tegen de vorderingen.

8. Arbiters in eerste aanleg overwogen dat aanneemster het handmatige bijvuilsysteem moest vervangen door een automatisch bijvuilsysteem, waarna opdrachtgeefster alsnog € 22.500,00 moest betalen, dat aanneemster ten onrechte het luchtbevochtigingssysteem had gesloopt in plaats van gerenoveerd, zodat opdrachtgeefster € 9.500,00 als minderwerk mocht verrekenen, maar dat opdrachtgeefster geen schade had geleden, zodat de rest van de vordering van € 150.000,00 -/€ 9.500,00 = € 140.500,00 alsnog betaald moest worden, en dat aanneemster geen korting verschuldigd was wegens de oplevering op uiterlijk 2 februari 2015, omdat het werk op 19 december 2014 opleveringsgereed was overeenkomstig de brief van aanneemster van 5 december 2014. Met betrekking tot de non-betaling van € 9.999,00 voerde opdrachtgeefster geen voldoende gemotiveerd verweer. Het dictum van het vonnis in eerste aanleg luidt: