

INHOUD

Praeadvies van Prof. Mr G. de Grooth

	blz.
Inleiding	155
§ 1. Omvang en taak van de ontwerper ener wet- telijke regeling	157
§ 2. De inhoudsbepaling	160
§ 3. Risico van het teniet gaan vóór de levering	167
§ 4. Oplevering en aanvaarding	176
§ 5. Meerwerk	187
§ 6. De bijzondere wijzen van beëindiging . . .	189
§ 7. Bijzondere voorrechten bij aanneming van werk	195
§ 8. Recapitulatie	199
§ 9. Nieuw op te nemen regelen	200
§ 10. Bijzondere regels voor het zgn. bouwrecht? .	225

INHOUD

Praeadvies van Mr A. C. van Zeggelen

	blz.
1—3. Inleiding	229
4. Definitie	234
5. Bouwrecht	238
6. Behoeftē aan regeling van het bouwrecht in het B.W.?	240
7. Geschiedenis en wezen van de aannemings- overeenkomst	242
8. Uitvoering van werken onder directie	244
9. Aansprakelijkheid van de aannemer	246
10. Aansprakelijkheid van de aanbesteder . . .	252
11. Eigendom van op het werk aangevoerde en goedgekeurde materialen	255
12. Verrekening van meer- en minderwerk . .	256
13. Beperkingen van het risico van de aannemer	257
14. Risico van schade door buitengewone omstan- digheden	259
15. Franse jurisprudentie en de „theorie de l'im- prévision”	265
16. De „buitengewone omstandigheden” in enige nieuwere wetgevingen	266
17. Aansprakelijkheid na gereedkomen en aan- vaarden van het werk	268
18. Tussentijdse ontbinding van de aannemings- overeenkomst	269
19. Invloed van overlijden van de aannemer . .	271
20. Verantwoordelijkheid van de aannemer voor derden	272
21. Verantwoordelijkheid van de zelfstandige onderaannemer voor derden	272
22. Rechtstreekse vordering van metselaar enz. op aanbesteder	272
23. Retentierecht	273

**Welke beginselen behoren ten grondslag te liggen
aan een wettelijke regeling van de overeenkomst
van aanneming van werk?**

Praeadvies van Prof. Mr G. de Grooth

**§ 1. *Omvang en taak van de ontwerper van een nieuwe
regeling van de overeenkomst van aanneming.***

Hij die voor de vraag gesteld wordt, welke wettelijke regelen omtrent de overeenkomst van aanneming van werk in het komende wetboek Meijers plaats zullen moeten vinden, zal ongetwijfeld als eerste reactie bij zich de gedachte voelen opkomen, dat in ons nieuwe wetboek van burgerlijk recht niet zo heel veel overgenomen zal worden van datgene, hetwelk thans in de artikelen 1640—1653 B.W. is neergelegd. Immers, de regelen die wij daarin vinden doen wel zeer archaïsch aan en brengen ons in gedachten terug in de sfeer van de eenvoudige ambachtsman, die hetzij met eigen materialen hetzij met die, hem verschaft door zijn opdrachtgever, voor deze laatste een bepaald voorwerp schept of herschept¹. Zij maken ons met name al bij eerste lezing duidelijk, dat de wetgever van 1838 geen ogenblik heeft gedacht aan de bouwcontracten van enorme omvang, die in onze moderne tijd tot stand komen tussen openbare lichamen en grote particuliere maatschappijen enerzijds en een machtige, gemechaniseerde en georganiseerde bouwindustrie anderzijds, toen hij aan het aannemingscontract enkele artikelen wijdde, in hoofdzaak via de C.c. ontleend aan het R.R.².

Van een architect of bouwmeester in de tegenwoordige

¹ Vgl. de artt. 1641—43 en Diephuis XII, blz. 356; er is aanneming: bij „het bouwen van een huis, maar ook (bij) het inzetten van een „glasruit in de plaats van een dat gebroken was; het bouwen van een schip, maar ook het lappen van een zeil; het graven van een „kanaal, maar ook het uitdiepen van een sloot”.

² Vgl. Cremers, Bouwrecht blz. 5.

betekenis van het woord ¹, die als deskundige namens de bouwheer optreedt bij het opmaken van het bestek en de voorwaarden, bij het doen van aanwijzing, bij aanbesteding en uitvoering van het werk, kortom, van het moderne bouwrecht zoals het zich uit en door de praktijk heeft ontwikkeld, is in die tijd nog geen sprake ². De aannemingsovereenkomst legt nog een verplichting van zo persoonlijke aard op de aannemer, dat diens dood die overeenkomst doet eindigen (1648 B.W.); de aanbesteder moet, als leek, en dus onbeschermd staande tegenover een slimme en deskundige aannemer, behoed worden voor de gevaren van mogelijk kostbaar meerwerk, waardoor hij geruïneerd zou kunnen worden (1646 B.W.); de aannemer draagt, wanneer hij het is die de benodigde materialen moet leveren, de volle en gehele risico van de gevolgen van overmacht in de vorm van het te-niet-gaan van de in wording zijnde zaak (1641 B.W.); de aanbesteder kan te allen tijde de overeenkomst van aanbesteding beëindigen door een eenzijdige opzegging (1647 B.W.).

Dat een wetgever in het midden der twintigste eeuw niet in eenzelfde gedachtengang een soortgelijk uitgangspunt kan kiezen, als hij zich gaat zetten tot het opnieuw vaststellen van de inhoud van de overeenkomst van aanneming van werk, behoeft wel geen betoog. Hij zal stellig rekening moeten houden met wat in de praktijk van het leven wenselijk en nodig is gebleken, met wat mocht blijken een behoefte te zijn waarin wet en recht thans niet of niet bevredigend voorzien; hij zal voorts het snoei-mes moeten hanteren daar, waar bepalingen stammende uit ver verleden tijden als niet meer van deze tijd en als belemmeringen voor een behoorlijke functionering van de typeovereenkomst moeten worden afgeschaft. Ja zelfs is het de vraag, of niet de wetgever van nu nog verder heeft te gaan, of hij zich mogelijk niet alleen heeft te bepalen tot een „restatement” van wat de rechtspraak van de wettelijke regelen maakte en tot correctie en aanvulling daarvan, voorzover nodig mocht blijken, doch daarnaast ook bedacht zal moeten zijn op het overwegen

¹ Vgl. art. 1646, waar die woorden als synoniemen van „aannemer” worden gebruikt.

² Vgl. Prof. Mr P. W. Kamphuisen in Asser's Handleiding, 3e stuk 1948, blz. 415.

van regelingen betreffende de aannemingsovereenkomst zoals die elders, in de wet neergelegd, of door de praktijk gevormd, toepassing vinden. Zulks in de gedachte dat regelen van wet en recht, die in het buitenland hun nuttig effect hebben bewezen, overweging verdienen ook dan, wanneer daaraan hier te lande tot op het ogenblik nog geen behoefte is gebleken.

Ik moet bekennen, dat deze vraag, die uiteraard de maker van een nieuw wetboek zich geheel in het algemeen moet stellen, voor mij geen vraag was, totdat ik kennis nam van de opmerkingen op dit punt van collega Pitlo in zijn bespreking van het erfrecht, door Meijers voor ons nieuwe B.W. ontworpen¹. Deze schetst daar de taak van de wetgever op burgerrechtelijk terrein als die, te vergelijken met de taak van het hoofd van de waterstaat, die nauwlettend heeft toe te zien op 's-lands stromen, opdat de loop daarvan niet verstoord worde en die de daartoe nodige voorzieningen treft. Immers, aldus Pitlo, de wetgever heeft geen andere plicht dan nauwlettend toe te zien op de loop van de stroom des rechts, slechts te zorgen voor het wegnemen van wat obstakel is gebleken, slechts op te ruimen wat als verouderd geen functie meer heeft in het economisch verkeer, zijn taak is het echter geenszins, nieuwigheden in te voeren waaraan tot dusverre nog geen behoefte bleek te bestaan.

Mij komt het weinig twijfelachtig voor of zodanige smalle basis moet als onaanvaardbaar worden afgewezen. Gelijk op elk ander gebied, van techniek zowel als van wetgeving, niemand een onderzoek naar oplossingen, mogelijk in het buitenland toegepast, zal verwaarlozen, zo zal men ook op het gebied van het te codificeren burgerlijk recht te rade moeten gaan, welke opvattingen, oplossingen en constructies daar verdedigd resp. toegepast worden, ook dan wanneer t.a.v. bepaalde instituten van enige behoefte aan verandering of aanvulling hier te lande nog niets mocht zijn merkbaar geworden. Ook t.a.v. de formulering en vastlegging van het positieve privaatrecht heeft m.i. de wetgever een grotere taak, een ruimere horizon dan Pitlo oordeelt: hij dient richtend en rechtscheppend op te treden ook ten gunste van mogelijk zich

¹ R. M. Themis 1954, blz. 465—478.

ontwikkellende verhoudingen. Hier zowel als op ander gebied geldt ook voor de codificateur van het burgerlijk recht het „gouverner c'est prévoir”. Toepassing van het standpunt van Pitlo zou tengevolge hebben, dat de wetgever achter de feiten aan zou lopen, wat zeer bepaaldelijk voor een codificatie, die bestemd is voor vele decennia de grondslagen van ons burgerlijk recht te bevatten, allerm minst gewenst zou zijn. Het is dan ook van een tegenovergesteld standpunt uitgaande, dat ik in dit praeadvies antwoord zal trachten te geven op de vraag, welke beginselen ons nieuwe wetboek zal moeten inhouden omtrent de overeenkomst van aanneming van werk. Daarbij zal allereerst onderzocht moeten worden, hoe deze overeenkomst zal moeten worden afgepaald van overeenkomsten op aangrenzende gebieden, voorts, welke thans bestaande wettelijke regelen als verouderd of als in zichzelf onhoudbaar en onnuttig dienen te vervallen, daarna, aan welke nieuwe regelen onze moderne samenleving behoefte heeft, en naast dit alles, of in buitenlandse wetgevingen of wel in de rechtsvorming der practijk regelen en beginselen te vinden zijn, welke voor opneming in het positieve privaatrecht in aanmerking komen, ook al zijn zij tot dusverre niet van dien aard dat zij bepaaldelijk in een reeds bestaande behoefte zouden voorzien.

§ 2. *De inhoudsbepaling der aannemingsovereenkomst.*

Welk is het karakter en de betekenis, welk is het bereik van de in ons B.W. genormeerde overeenkomst van aanneming van werk, en in welke opzichten schieten de artikelen 1637 en 1640—1653 B.W. gezien hun interpretatie en strekking te kort, zodat zij dienen te worden vervangen of aangevuld?

Zien wij allereerst hoe het bereik der overeenkomst is afgepaald en of deze afpaling voldoende klaar en juist is.

Zoals bekend, is de oorsprong van de zesde afdeling van titel 7a van ons B.W. te zoeken in hoofdzaak in het Romeinse recht, dat het contracteren over de besteding van arbeidskracht á l'instar van de locatio-conductio construeerde als een conductio operarum, resp. conductio operis¹. Geheel in die gedachtengang sprak zowel de C.c.

¹ Vgl. Prof. Mr E. M. Meijers, de Arbeidsovereenkomst, 3e druk, blz. 23.

alsook ons wetboek van 1838 in zijn oorspronkelijke tekst van huur en verhuur van diensten. Eerst met de invoering van de wet op de arbeidsovereenkomst werd de aanneming van werk opnieuw geclassificeerd, thans als een der drie overeenkomsten tot het verrichten van arbeid, in art. 1637 B.W. genoemd; de twee anderen zijn, zoals bekend, de arbeidsovereenkomst en die tot het verrichten van enkele diensten. Deze driedelige indeling, waarvoor onze wetgever, gelijk ook de Zwitserse¹, opteerde, in tegenstelling tot het B. G. B., dat slechts twee soorten onderscheidt², gaf aanstonds aanleiding tot de vraag naar de onderlinge verhouding dezer drie. Met name was er aanstonds twijfel of een arbeidsovereenkomst met ene tot aanneming van werk kon samenvallen in één overeenkomst. Zeer wel denkbaar ware immers dat de overeenkomst van aanneming van werk zoals deze is gedefinieerd in art. 1637 b als ene, waarbij de ene partij, de aannemer, zich verbindt, voor de andere partij, de aanbesteder, tegen een bepaalde prijs een bepaald werk tot stand te brengen, mede zoude bevatten een gezagsverhouding van aanbesteder over aannemer, en dus tevens alle elementen van een arbeidsovereenkomst zou inhouden. Anderzijds kan men de vraag stellen, waar de aanneming van werk ophoudt en de overeenkomst ene wordt tot het verrichten van enkele diensten, een overeenkomst, welke 1637 B.W. wel noemt, maar van welke geen inhoudsbepaling wordt gegeven.

De eerste vraag vindt men ten onzent veelal besproken naar aanleiding van het bepaalde in 1637c, 2e lid. Meijers³, en, hem volgend, Hofmann⁴, leiden uit dit artikel af, dat samenloop van arbeidsovereenkomst en aanneming van werk in één overeenkomst kan voorkomen, aangezien, zou het anders zijn, een aanneming van werk nimmer „door herhaling van zetten” tot een arbeidsovereenkomst

¹ Schw. Obligationenrecht, artt. 330–362 Dienstvertrag, artt. 363–379 Werkvertrag, artt. 394–406: Auftrag.

² B. G. B. §§ 611–631 Dienstvertrag; §§ 631–651 Werkvertrag. De Auftrag (§§ 662–676) is naar Duits recht het overeengekomen dienstbetoon, dat „unentgeltlich” wordt toegezegd. Zie voor critiek op de tweedelige indeling, Meijers, t.a.p. blz. 24 en 25 en daar genoemde literatuur.

³ A.w. blz. 35–36.

⁴ Het Ned. Verb. Recht 2e deel 1936, blz. 131.

zoude kunnen worden. Daartegenover menen Kamp-huisen¹ en van Brakel², dat van aanneming van werk slechts sprake kan zijn, waar de „aannemer” geheel zelfstandig ondernemer is bij de uitvoering van de overeenkomst. Naar hun opvatting is in art. 1637c, 2e lid te zien een wetsregel, waarin door wetsduiding wordt gewaakt tegen een wetsonthulling, erop gericht, aan de dwingende bepalingen van de arbeidsovereenkomst te ontkomen. Het wil mij voorkomen, dat voor deze laatste lezing veel te zeggen valt. In het bijzonder de omstandigheid dat, zoals de tekst luidt, de eerste overeenkomst van aanneming, indien bij wijze van proef aangegaan, haar eigen karakter behoudt, wijst in die richting. Want in de gedachtengang van 1637c, 2e lid verschilt die op proef aangegane overeenkomst in niets van de daarop volgende, dan dat zij op proef is aangegaan. Wat er nu ook de lege lata van deze vraag moge zijn, zo meen ik, dat de aanwezigheid van een gezagsverhouding als van werkgever t.o. arbeider de gedachte aan een aanneming van werk dient uit te sluiten. Een dergelijke overeenkomst toch veronderstelt een zelfstandig optreden als ondernemer van hem, die het werk op zich neemt, en verdraagt daarom geen inmenging van de werkgever in de zin als dat bij een arbeidsovereenkomst het geval is, waardoor eigen oordeel en beslissing op het tweede plan wordt gebracht³.

Waar anderzijds de grens ligt tussen de aanneming van werk en de overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten, ook daarover bestaat geen eenstemmigheid. Terwijl sommigen het onderscheidend kenmerk hierin zoeken, dat bij een aanneming van werk voor de tot arbeid verplichte het teweegbrengen van een bepaald resultaat in obligatione is, voor zijn eigen risico, bij de overeenkomst tot dienstbetoon daarentegen de dienstverlening voorwerp der verplichting is en niet het resultaat daarvan⁴, vindt

¹ A.w. blz. 295 e.v.

² Leerboek Ned. Verb. Recht, 2e deel, blz. 115.

³ Anders de opzet van het B. G. B., dat voor een Dienstverdrag niet de eis van ondergeschiktheid stelt (§ 611) en mitsdien ook de overeenkomst tot het tegen vergoeding verrichten van diensten daaronder brengt, vgl. Palandt, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 1954, blz. 594.

⁴ E. M. Meijers, a.w. blz. 33.

men daartegenover de mening verdedigd dat slechts dan van aanneming van werk gesproken mag worden, als de overeenkomst gericht is op — en tot verbintenis heeft — het tot stand brengen van, ofwel het verandering aanbrengen aan een stoffelijk voorwerp¹. Tegen de eerste zienswijze kan met recht worden aangevoerd dat toch eigenlijk elke overeenkomst enig resultaat beoogt en tot inhoud heeft² en dat het geen voldoende scherpe scheidingslijn trekt. Op grond van deze overwegingen moet m.i. de voorkeur worden gegeven aan het tweede criterium, hoewel ook dit stellig de mogelijkheid van een aantal twijfelgevallen zal openlaten³.

Geheel buiten de sfeer van de drie overeenkomsten tot het verrichten van arbeid tegen vergoeding dient geplaatst te worden de groep van overeenkomsten waarbij diensten worden toegezegd zonder vergoeding⁴. Onze tegenwoordige wet stelt zodanige vergoeding uitdrukkelijk als eis voor arbeidsovereenkomst en aanneming van werk in de zin der wet en er is geen reden waarom de wetgever daarvan in de toekomst zou afwijken. Element van de aanneming van werk blijve dus, dat een vergoeding overeengekomen of althans bedoeld zij. Niet nodig is dat, zoals art. 1637b thans zegt, de prijs bepaald is. Zo tekstueel interpreteert overigens rechtspraak noch doctrine dat artikel. Niet slechts is voldoende een vergoeding die naar aan de overeenkomst ontleende maatstaven bepaalbaar is, maar zelfs die overeenkomst waarin naar de bedoeling van partijen, hoezeer niet met zoveel woorden uitgesproken betaling verschuldigd zal zijn welke in dat geval naar gebruik of billijkheid zal moeten worden bepaald⁵ is een aanneming van werk.

Moellijker wordt de zaak, indien tussen partijen wel over een prijs is gesproken, maar de aannemer zich niet op een bepaald bedrag heeft vastgelegd, maar een bedrag

¹ Kamphuisen, a.w. blz. 293 en 392, Hofmann, a.w. blz. 160, van Brakel, a.w. blz. 109, Land Star Busman, dl. V blz. 215.

² Vgl. Ph. A. N. Houwing, *De Inhoud van de verbintenis en de overmacht*, W. P. N. R. 4317 e.v.

³ Kamphuisen, a.w. blz. 297.

⁴ Vgl. de „Auftrag” in het B. G. B., in noot 2, blz. 161 genoemd.

⁵ Kamphuisen, blz. 396 en daar geciteerde rechtspraak; Hofmann, a.w. blz. 243, Land-Losecaat Vermeer, dl. V, blz. 360–361.

ten naaste bij als taxatie heeft genoemd. Het Hof 's-Gravenhage¹ oordeelde den aannemer, die een huis „in eigen beheer”, d.i. niet onder architectuur, voor zijn principaal bouwde, in zoverre gebonden aan zijn taxatie, dat uitvoering van de overeenkomst te goeder trouw (art. 1374 3e lid) hem verbood, een betaling te eisen van bijna het dubbele van de door hem ruw geschatte aannemingsom. Het Hof achtte een afwijking boven die taxatie geoorloofd tot ten hoogste 12½ % van het getaxeerde bedrag. Met beroep op 1374 B.W. werd de inhoud van de verplichting van de aanbesteder vastgesteld² op de grondslag van de getaxeerde prijs. De aanbesteder, aldus de P.G., Mr. Besier, mocht vertrouwen, met de gesloten overeenkomst een huis voor ongeveer de genoemde som te verkrijgen. Men zou hieruit kunnen afleiden dat met het geven en ontvangen van de opdracht tot de bouw, dus bij de tot standkoming van de overeenkomst, de aannemer die onjuist heeft getaxeed, zij het met een zekere franchise, gebonden is aan die taxatie ook dan, wanneer hij kort daarna en mogelijk nog vóór de aanvang van zijn werk meedeelt dat het belangrijk duurder zal worden.

In enkele buitenlandse wetgevingen vinden we omtrent de hier behandelde materie van de prijsbepaling een afzonderlijke regel. Zo bepaalt § 632 B. G. B. dat, als het bedrag van de aannemingsom niet is bepaald, de volgens een eventueel bestaand, door de Overheid vastgesteld tarief geldende prijs schuldig is, of bij gebreke daarvan de gebruikelijke vergoeding³. Van een daarvan afwijkend standpunt gaat het Zwitserse recht uit, waar het in art. 374 Obl. Recht zegt, dat als de prijs hetzij in het geheel niet hetzij slechts om ende bij is bepaald, vaststelling plaats vindt naar de maatstaf van de waarde van de be-

¹ Arrest van 13 Maart 1924, te kennen uit H. R. 4 Dec. 1925, N.J. 1926 blz. 97, waarbij cassatieberoep daartegen werd verworpen.

² Vgl. noot E. M. M. onder het arrest van 4 Dec. 1925.

³ § 632, 2e lid: „Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen”. De bepaling komt woordelijk overeen met die, voor de „Dienstvertrag” in § 612 opgenomen. Staudinger, Kommentar II 2, 1928 tekent daarbij aan: „Unter Taxe ist eine reichsrechtlich zugelassene obrigkeitlich festgesetzte Maximal-Taxe zu verstehen”.

stede arbeid en de kosten die de aannemer heeft gemaakt¹.

Het Zwitserse recht heeft anders dan het Duitse een bijzonder voorschrift voor gevallen als dat hetwelk hierboven werd vermeld, te weten de gevallen, waarin de schatting onevenredig wordt overschreden. Art. 375 bepaalt dat als zodanige overschrijding plaats vindt buiten toedoen van de aanbesteder, deze zowel gedurende het werk als na de voltooiing daarvan gerechtigd is, de overeenkomst te ontbinden. Het tweede lid geeft daarnaast een aparte regeling voor bouwwerken op de grond van de aanbesteder, inhoudende dat de aanbesteder een redelijke vermindering van de hem berekende prijs kan eisen of, wanneer het bouwwerk nog niet voltooid is, de overeenkomst kan ontbinden tegen een redelijke vergoeding voor het bereids gebouwde².

De Italiaanse Codice civile van 1942 kent evenals het B. G. B. alleen een regel voor het geval partijen noch een bepaalde noch een naar de regelen van de overeenkomst bepaalde prijs hebben vastgesteld. Art. 1657 verwijst voor dat geval naar bestaande tarieven of naar het gebruik en, bij gebreke daarvan, naar de rechter, die dan de knoop moet doorhakken³.

Voor ons toekomstig B.W. lijkt het mij aan te bevelen, een zelfde maatstaf aan te nemen als het Italiaanse recht voor de gevallen waarin de overeenkomst geen gegevens omtrent de prijs bevat. Daarnaast ware te voorzien in het nogal eens voorkomend misbruik van een al of niet „op-

¹ „Ist der Preis zum voraus entweder gar nicht oder nur ungefähr bestimmt worden, so wird er nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers festgesetzt“.

² „Wird ein mit dem Unternehmer verabredeter ungefährer Ansatz ohne Zutun des Bestellers unverhältnismässig überschritten, so hat dieser sowohl während als nach der Ausführung des Werkes das Recht vom Vertrag zurückzutreten. Bei Bauten, die auf Grund und Boden des Bestellers errichtet werden, kann dieser eine angemessene Herabsetzung des Lohnes verlangen oder, wenn die Baute noch nicht vollendet ist, gegen billigen Ersatz der bereits ausgeführten Arbeiten dem Unternehmer die Fortführung entziehen und vom Verträge zurücktreten“.

³ Art. 1657: Se le parti non hanno determinato la misura del corrispettivo nè hanno stabilito il modo di determinarlo, essa è calcolata con riferimento alle tariffe esistenti e agli usi; in mancanza, è determinata dal giudice.

timistische" schatting van de aannemer, op grond waarvan de aanbesteder overgaat tot het geven van de opdracht. Men zou mogelijk kunnen denken aan een recht van die aanbesteder zich op dwaling te beroepen, maar het valt te betwijfelen, of de bij hem opgewekte verwachting van een bepaalde hoogte van het door hem te betalen bedrag kan worden aangemerkt als een relevante dwaling, terwijl ook al ware deze mogelijkheid verzekerd, de vernietiging van de mogelijk reeds uitgevoerde aanneming tot allerlei moeilijke verrekeningen aanleiding zou geven. Waar anderzijds het beroep op de door de goede trouw gefixeerde inhoud wel al te rigoureuus is te achten voor de aannemer, lijkt het mij, dat een bepaling van de strekking als in art. 375 Schw. O. R. opgenomen aanbeveling zou verdienen. Mogelijk in die zin, dat een percentage van 10 tot 20 % als maximum zou worden genoemd, waarmee de schatting verhoogd zou mogen worden.

Het in deze § besprokene resumerende, ben ik van oordeel:

- a. dat de aanneming van werk, als een van de drie overeenkomsten tot het verrichten van werk tegen vergoeding, zal moeten omvatten al zulke overeenkomsten, waarbij een aanbesteder tegen een bepaalde, bepaalde of, bij gebreke daarvan, gebruikelijke of billijke vergoeding op zich neemt het tot stand brengen of bewerken van een stoffelijk voorwerp.
- b. dat zodanige aanneming van werk alleen dan aanwezig is als er niet is een gezagsverhouding van de „aangebesteder" over de „aannemer". Is die gezagsverhouding er wel, dan is er uitsluitend een arbeidsovereenkomst.
- c. dat in een nieuwe wettelijke regeling van de aanneming van werk daarnaast een bepaling aanbeveling verdient, de aanbesteder beschermende tegen diens te goeder trouw afgaan op en ingaan op een globale taxatie van de aannemingsprijs, zonder dat de aannemer zich uitdrukkelijk aan die taxatie bindt.

Thans komt de vraag aan de orde, wat er is van de materieelrechtelijke bepalingen, die ons tegenwoordig wetboek in de art. 1640—1653 heeft neergelegd.

§ 3. *Risico van tenietgaan vóór oplevering.*

Wie de lezing begint van de zesde afdeling van titel 7a, wordt ineens verplaatst naar het romeinse recht, als hij in 1640 B.W. bepaald ziet, dat de aanneming van werk twee vormen kent, die waarbij de aannemer alleen arbeid verricht, en die naar welke hij tevens de stof zal leveren en als hij vervolgens, onmiddellijk aansluitend hierop, van de regeling kennis neemt t.a.v. het risico dat de aannemer in beide gevallen loopt bij het vergaan, het teloor gaan van het object der aanneming (artt. 1641—1643). De Code Civil zegt enerzijds in art. 1711, dat aanneming van werk huur is, als de stof geleverd wordt door de aanbesteder¹, maar bepaalt anderzijds in art. 1787 datgene wat onze wetgever in art. 1640 B.W. overnam. De tegenstrijdigheid tussen deze beide artikelen wordt verklaard, als men het ontwerp tot de Code raadpleegt: daarin bevatte art. 1787 een tweede zinsnede, die in de Code is weggelaten, omdat het Tribunaal deze als van doctrinaire en dus niet van wetgevende aard veroordeelde²: „dans le premier cas c'est un pur louage, dans le second cas c'est une vente d'une chose une fois faite". Deze, de zuiver romeinsrechtelijke opvatting, door Pothier overgenomen³, is ook die van de makers van de Code geweest en wordt in practijk en doctrine in Frankrijk nog door velen verdedigd, zij het veelal met deze beperking, dat het contract aanneming van werk blijft, als de stof van geheel ondergeschikte betekenis is⁴.

¹ Les dévis, marché ou prix fait, pour l'entreprise d'un ouvrage moyennant un prix déterminé, sont aussi un louage, lorsque la matière est fournie par celui pour qui l'ouvrage se fait.

² Planiol-Ripert, *Traité Pratique* XI, 2e Ed. 1954 nr. 912.

³ *Traité du louage*, 394, met beroep op Inst. Just. tit. XXIV, § 4, waar gezegd wordt, dat de figuur waarbij de aannemer ook de stof levert, door Cassius als een gemengd contract werd aangemerkt — „materiae quidem emptionem et venditionem contrahi, operac autem locationem et conductionem" — maar dat „placuit tantum emptionem et venditionem contrahi", zulks in overeenstemming met het responsum van Sabinus, D. 18.1.20.

⁴ Aldus reeds Pothier, t.a.p. en zie Planiol, t.a.p., die t.a.v. die beperking de maxime inroept: *accessorium sequitur principale*, waarmee dan ook, met een inderdaad Frans aandoende gemakkelijheid het contract tot het bouwen van een huis op een onroerend goed tot contrat d'entreprise wordt verklaard: *superficies solo cedit!*

Hoezeer men nu ook ten onzent in doctrine en rechtspraak van deze opvatting afwijkt en inplaats daarvan als criterium voor de vraag verkoop of aanneming verwijst naar de bedoeling van partijen — gericht of op de arbeid of op de zaak¹ — ofwel naar het karakter van het te maken voorwerp — een economisch vervangbare zaak of een bijzondere zaak² —, van eminent belang blijft de vaststelling van de geschiedenis en oorsprong van art. 1787 C.c. (1640 B.W.) voor een juiste beoordeling van de bedoeling en strekking van het daaropvolgende artikel 1788 C.c. (1641 B.W.). Immers, in de gedachtengang van een wetgever die een koop en verkoop ziet in een aanneming waarbij de aannemer de stof levert, is dat artikel volmaakt juist: den verkoper van een nog te vervaardigen, dus toekomstige zaak dreigt uiteraard de risico van al datgene, hetwelk hij besteedt of doet aan het tot stand brengen daarvan. Evenwel, deze romeinsrechtelijke opvatting, ongetwijfeld ontstaan mede als gevolg van de minachting, die de Romeinen voor vrije handenarbeid hadden, — waarom dan ook de overeenkomst tot het verichten daarvan werd geconstrueerd als een *locatio-conductio* — moet, nu de moderne wetgevers, waaronder ook de Nederlandse, die constructie hebben verworpen, leiden tot bezinning op de vraag of de in die opvatting passende risico-regel van 1641 niet met die opvatting moet verdwijnen³. Of zodanige bezinning is voorafgegaan aan de vaststelling van de inhoud van de moderne Duitse, Zwitserse en Italiaanse wetboeken op dit punt, blijkt niet. Evenmin als de Nederlandse wetgever in 1907 — die daartoe trouwens geen aanleiding had, immers in substantie slechts de arbeidsovereenkomst wilde regelen en de aanneming van werk behoudens de nieuwe classificering liet

¹ Vgl. o.a. van Brakel, a.w. blz. 180; in die geest ook veelal de rechtspraak.

² In die zin Kamphuisen, a.w. blz. 394.

³ E. M. Meijers, *Arbeidsovereenkomst*, blz. 24. De constructie *locatio-conductio* had niet de spankracht, om mede te omvatten de aanneming, waarbij de aannemer de zaak die tot een andere verwerkt moest worden niet van de aanbesteder meenam (*conducere*, vgl. Meyers a.w. blz. 23); vgl. D. 18.1.20; *nec posse ullam locationem esse ubi corpus ipsum non detur ab eo, cui id ficit: aliter, atque si aream darem ubi insulam aedificares, quoniam tunc a me substantia proficiscitur*.

voor wat ze was — hebben deze codificaties de desbetreffende regels in substantie gewijzigd. Ook daar weer het voorschrift, dat het vergaan van de stof vóór de oplevering voor risico van de aannemer is als hij die stof heeft te leveren. Gelijk in Code en B.W. zijn dus opnieuw beide risico's in dat geval op de aannemer gelegd: dat voor de stof en dat voor het werk. Slechts wordt naar de wetgeving van beide eerstgenoemde landen hierin verandering gebracht, indien het tenietgaan van de stof een gevolg is geweest van een daaraan klevend gebrek en de aanbesteder die stof moest leveren en geleverd heeft, of wanneer dat tenietgaan een gevolg is van de door deze gegeven aanwijzingen voor de uitvoering van het werk. De Duitse wet kent dan een aanspraak toe op evenredige betaling van de gepraesteerde arbeid en een vergoeding voor de daarin niet begrepen uitgaven¹. Zwitserland, ietwat afwijkend, erkent in dat geval een aanspraak op vergoeding van werk en onkosten, mits tijdig gewaarschuwd is².

Terwijl dus in ons recht, gelijk in het Duitse, Zwitserse en Italiaanse, elke gedachte aan gelijkstelling met koop van een aanneming waarbij de aannemer de stof levert, verdwenen is³, wordt nochtans in beginsel de aannemer met het risico belast tot op het moment van oplevering van het werk, en dat zowel voor dat van het tenietgaan van de stof als voor dat van de reeds verrichte arbeid. Wat het risico voor de stof betreft, is het dus onver-

¹ B. G. B. § 645. Ist das Werk vor der Abnahme infolge eines Mangels des von dem Besteller gelieferten Stoffes oder infolge einer von dem Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung untergegangen, verschlechtert, oder unausführbar geworden, ohne das ein Umstand mitgewirkt hat den der Unternehmer zu vertreten hat, so kann der Unternehmer einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen.... Eine weitergehende Haftung des Bestellers wegen Verschuldens bleibt unberührt.

² Art. 375 Abs. 3.

³ Als de aannemer de stof moet leveren, aldus bepaalt § 651 B. G. B., dan worden de bepalingen van koop toegepast, behalve wanneer het gaat om „niet vertretbare Sachen” als wanneer de bepalingen over het „Werkvertrag” en dus ook § 644, toepasselijk zijn. Hier is dezelfde scheidingslijn getrokken tussen koop en verkoop en aanneming, als door Kamphuisen voor ons tegenwoordige recht voorgestaan.

schillig, of niet reeds vóór die oplevering de stof in eigendom is overgegaan aan de aanbestedder, hetzij krachtens uitdrukkelijk beding, tussen partijen gemaakt, hetzij krachtens de bepalingen der wet. Zo is, indien op de aan-neming de A.V. toepasselijk zijn verklaard, krachtens § 43 daarvan de eigendom van de op het werk aangevoerde bouwmaterialen door de goedkeuring vanwege de directie op de aanbestedder overgegaan. En indien zodanige toe-passelijkverklaring niet heeft plaatsgevonden, zal naarmate de bouw vordert een steeds groter wordend kwantum materialen door natrekking in eigendom van de aanbestedder overgaan. Het is naar mijn mening volkomen onjuist en in strijd met de regel: „res perit domino”, dat dan nochtans de aannemer het risico van het tenietgaan van materiaal en bouwwerk zou moeten dragen. De wet moet inhouden de regel, dat de eigenaar van de stof dat risico draagt. Is de aanbestedder reeds vóór de oplevering van het werk eigenaar van de door de aannemer te leveren stof geworden, dan is zijn vermogen door toedoen van de aannemer vermeerderd. Is dat meerdere door toeval tenietgegaan, dan drage hij daarvan het risico, hetwelk hij overigens als eigenaar kan en behoort te verzekeren.

Een tweede vraag is dan, hoe het staat met de gepresteerde arbeid. Hier speelt de vraag van de stof, en die, welke der partijen deze heeft geleverd, geen rol meer. De steeds naar voren gebrachte motivering, dat de aannemer hier het risico moet dragen, omdat hij op zich nam een resultaat te bezorgen, lijkt mij opzichzelf niet afdoende. Allereerst moet, naar ik meen, een uitzondering gemaakt worden voor die gevallen, waarin de gepresteerde arbeid de waarde van de zaak op het ogenblik van het tenietgaan heeft verhoogd. Dan is het redelijk, dat de aanbestedder het risico draagt van de hem in eigendom toebehorende zaak tot de volle waarde daarvan. Meestal, en speciaal bij bouwwerken, zal die hogere waarde wel gelijk staan met het verloonde bedrag aan werk, en het ware m.i. juist, dat de wetgever zou bepalen, dat het aan de zaak van de aanbestedder bestede werk bij tenietgaan van de zaak vergoed moet worden aan de aannemer, voorzover de aanbestedder niet aannemelijk kan maken dat hij op het ogenblik van het tenietgaan tot een minder bedrag of in het

geheel niet verrijkt was door die arbeid. In de tweede plaats echter zal het billijk zijn, dat de aanbesteder het volle risico draagt voor de arbeid, indien de oorzaak van het tenietgaan in zijn risico-sfeer ligt. Zo bv. als de in aanbouw zijnde landbouwschuur door een overstroming wordt weggevaagd. Hier zal hetzelfde moeten gelden, wat voor overmacht en onvoorziene omstandigheden in het algemeen moet gelden. Daarover in § 9 meer.

Ik ben mij er volkomen van bewust, dat ik met deze stellingen rechtstreeks in strijd kom zowel met de oude codificaties van Frankrijk, België en Nederland en al die landen, die nog steeds hun burgerlijk wetboek, gebouwd naar het voorbeeld van de Code Napoléon, hebben gehandhaafd, alsook met de moderne wetboeken van Duitsland, Zwitserland en Italië. Ik kan evenwel de billijkheid van de risicoverdeling als daar aanvaard niet inzien. De aannemer van een landbouwschuur, die gecontracteerd heeft onder de A.V., heeft de vlag op de juist geplaatste dakbinten doen hijsen even voor de jongste watersnood. Een dijkdoorbraak doet het gehele bouwwerk en alle daarop aangevoerde materialen tenietgaan. Het reeds gebouwde en ook de aangevoerde materialen, voorzover nog niet verwerkt doch wel gekeurd door de directie, zijn eigendom van de aanbesteder. Nochtans moet naar de door mij bestreden wettelijke regelingen de aannemer zonder een cent vergoeding opnieuw beginnen, opnieuw alle materialen kopen en in eigendom overdragen door aanvoer, gevolgd door keuring op het werk, opnieuw al het werk verrichten, en dat alles voor dezelfde aannemingssom, waarop zelfs valideren de bereids door hem ontvangen termijnen. Ik noem dit onrechtvaardig, ja onredelijk. Temeer als men bedenkt, dat de eigenaar in het gestelde geval hetzij van zijn verzekeraar hetzij van het Rijk zijn schade vergoed krijgt, berekend naar de waarde van zijn eigendom op het ogenblik, onmiddellijk voorafgaande aan het tenietgaan. Hetzelfde geldt uiteraard bij storm of brand, die oorzaak is van het tenietgaan. Wat overigens het risico van de te bewerken stof betreft, hier gaan de bestaande wetgevingen uit van de regel, dat, als de aanbesteder van de aanvang af zijn eigen stof ter bewerking geeft, hij dan ook van het tenietgaan het risico draagt. Waarom moet het nu anders

zijn als weliswaar bij het aangaan van de overeenkomst de aanbesteder nog geen eigenaar van de stof is, maar dat intussen is geworden voordat de oorzaak intrad, die die stof deed tenietgaan? ¹

Men voelt wel eens de gedachte bij zich opkomen, als men telkens opnieuw de welhaast traditie geworden risicoregeling van de Code Napoléon in iedere codificatie overgenomen ziet, dat de wetgevers sinds 1804 zich met de Code van dat jaar hebben gesteld op het standpunt, dat, nu de regel van Justinianus, welke een overeenkomst tot het tot stand brengen van een zaak met bijlevering van de daartoe nodige stof als koop en verkoop van een toekomstige zaak kwalificeerde, niet gehandhaafd bleef, de risicoregeling bij het tenietgaan van de stof vóór de oplevering van het werk nu ook elk spoor van ontleend te zijn aan de koopovereenkomst moest missen. Daarom: geen risico-overgang bij de eigendomsovergang van de stof, maar bij de oplevering of aflevering van de zaak die tot stand gebracht moet worden. Evenwel, de verwerping van de leer van Sabinus ² leidt geenszins noodwendig tot die consequentie. In de Instituten van Justinianus wordt de opvatting vermeld, welke in een aanneming van werk waarbij de aannemer de stof had te bezorgen, een gemengd contract zag, nl. een koop en verkoop van de stof en een locatio conductio van het werk ³. Neemt men de hieraan ten grondslag liggende gedachte over, dan volgt daaruit dat men het risico voor de stof ten laste

¹ Merkwaardig is dan ook, dat Planiol-Ripert de regel van 1738 C.c. (1641 B. W.) noemt een toepassing van de regel: res perit domino, die dus alleen geldt zolang de stof nog niet in eigendom is overgegaan aan de aanbesteder, bijv. door een „tradition simplifiée ou fictive” (a.w. Dl. XI nr. 926). Of hier echter bedoeld wordt de traditie van het voltooide werkstuk ofwel ook die van de stof alleen is niet duidelijk. De tekst van art. 788 C.c. spreekt, evenals die van 1641 B. W. van het risico van de aannemer vóór de aflevering van de „chose”, het werk, als de aannemer „fournit la matière”.

² I. 20. D. 18.1.

³ Tit. XXIV § 4: „Cassius dicit, materiae quidem emptionem et venditionem contrahi, operae autem locationem et conductionem”. Aldus ook Planiol Ripert 1954 nr. 912: „On est en présence d'un contrat mixte”.

van de aanbestedder brengt zodra de eigendom daarvan op deze is overgegaan¹.

Dit alles geldt in de eerste plaats de vraag van de vergoeding voor de materialen, indien deze geleverd zijn door de aannemer. Over het punt van het risico voor reeds geleverde arbeid moet nog iets gezegd worden. Het element van eigendomsovergang speelt hier niet. De vraag staat dus los van de tweeledige indeling van aanneming van werk in de Code en onze wet. In beide wetgevingen, en alweer, in beginsel ook in de hiervoor genoemde moderne wetgevingen, draagt de aannemer het risico van het door hem geleverde werk bij tenietgaan van het werk door een als overmacht aan te merken oorzaak (C.c. 1789-'90, B.W. 1642-1643). De algemeen aanvaarde leer in Frankrijk zowel als ten onzent is deze, dat de geciteerde artikelen een juiste toepassing opleveren van de algemene risicoregeling bij wederkerige overeenkomsten². Opgemerkt moet echter worden, dat noch het Romeinse recht, noch het oud-Franse recht van vóór de Code in deze zin was gevestigd. De in aanmerking komende plaatsen in de *Digesta*³ geven niet een eensluidend en ondubbelzinnig antwoord, dat tegenovergesteld zou zijn aan het standpunt van ons positieve recht, maar er komt m.i. toch een tendens daartoe wel naar voren⁴. Positief echter laat zich

¹ Van deze gedachte gaat ook de Franse rechtspraak uit, als zij bij „enterprises de construction” ingeval van tenietgaan van het tot stand gebrachte vóór de oplevering, het risico brengt ten laste van de bouwheer, ook al zijn de materialen geleverd door de aannemer. Die materialen, aldus de motivering, worden eigendom van de eigenaar van de bodem door natrekking: Cass. civ. 18 Oct. 1911 D. 1912, 1, 113; S. 1912. 449. Intussen overweegt een strafarrest van 16 Februari 1934 (D. H. 1934, 183) dat 1788 C.c. ook toepasselijk is op het stichten van gebouwen en mitsdien de aannemer, die vóór de oplevering de reeds ingebouwde centrale verwarming wegneemt, zich niet schuldig maakt aan „vol”.

² Vgl. Planiol-Ripert, a.w., nr. 927: „l'application de la règle générale des risques, telle qu'elle découle du mécanisme même du contrat synallagmatique”.

³ D. 19.2.33; D. 19.2.59 enerzijds, die in de daar genoemde overmachtsgevallen de aannemer met het risico belasten; anderzijds: D. 19.2.36, dat in de richting van 1643 B. W. schijnt te gaan en D. cod. 62, waar twee tegenovergestelde visies worden gegeven.

⁴ Van Oven, *Leerboek van Romcins Privaatrecht*, komt op grond van die teksten niet verder dan tot de conclusie, dat slechts gewettigd is aan te nemen, dat zich nog geen vaste rechtsregel had gevormd.

ten gunste van de aannemer Pothier uit¹. Hij stelt daar de regel dat bij tenietgaan van het werk door force majeure vóór de oplevering een evenredig deel van de aannemingssom schuldig is en beroept zich daartoe op D.19.2.59. Interessant is zijn motivering:

„La raison est que, le contrat de louage d'ouvrage étant „un contrat commutatif de la classe do ut facias..., dans „lequel le conducteur donne au locateur son travail pour „la somme d'argent convenue pour le prix, il est juste „que, quoiqu'il ait été empêché par une force majeure „de parachever son travail, il reçoive néanmoins une „partie du prix, à proportion de la partie de ce travail „qu'il a fait pour le compte du locateur”.

Het is een zuiver beroep op de billijkheid, waarin bovendien opvalt de zwakheid van het argument, dat de aannemer verhinderd zou zijn, zijn werk te beëindigen. De geciteerde Digestenplaats immers handelt over de aanneming van de bouw van een huis, dat tijdens de aanbouw door een aardbeving instort en het is duidelijk, dat er voor de aannemer geen enkele belemmering bestaat om zijn werk af te maken: hij moet slechts opnieuw beginnen! Vandaar dan ook, naar valt aan te nemen, de toevoeging van een tweede argument:

„Ajoutez, qu'à mesure que le conducteur travaille sur „une chose principale sur laquelle le locateur lui a donné „un ouvrage à faire, tout ce qui résulte du travail de „l'ouvrier, même les matériaux qu'il fournit, accèdent à „la chose principale sur laquelle il travaille et en deviennent un accessoire”.

En weer wordt als voorbeeld het geval genoemd van een bouwopdracht tot het stichten van een gebouw op de grond van de aanbesteder, geval dat ook de Cour de Cassation in 1911 aanleiding gaf een uitzondering op 1788 C.c. aan te nemen. Daaruit blijkt, dat de oplossing die Pothier geeft uit een andere sfeer stamt dan die welke de uit het R.r. gerecipieerde regelen van 1641-'43 brengen. Men dacht bij die R.r.-regelen aan de opdracht om uit een blok marmer een beeld te houwen, of uit een hoeveelheid goud een ring te maken. Men dacht dus aan arbeid, te verrichten aan een voorwerp van de aanbe-

¹ Traité de louage Ch. III pr.

steder, waarbij het billijk was dat, indien dat voorwerp buiten schuld van de arbeider verging, de eigenaar de schade droeg¹. Thans, na 1907, is de gedachte aan een verhuur van de werkkraft gebannen, de aannemer moet een resultaat teweegbrengen, of hij nu met bijlevering van stof of zonder dat heeft gecontracteerd. Maar thans voldoen dan ook de vastgestelde risico-regelen niet meer. Cremers stelt het geval van de aanbesteding van een brug, waarbij de aanbesteedster de ijzeren balken levert en een precies gelijke, waarbij de aannemer deze balken, bij hetzelfde adres, moet betrekken als de aanbesteedster in het eerste geval. Wordt nu de brug, bijna afgebouwd, door een natuurramp vernietigd vóór de oplevering, dan moet in het eerste geval de aanbesteedster opkomen voor de balken, in het tweede geval de aannemer. Terecht noemt Cremers dit inconsequent en wijst hij op art. 1644 B.W., dat van een andere gedachte uitgaat dan de voorgaande artikelen².

Mijn conclusie is, dat de regelen, als neergelegd in de artikelen 1641—43 B.W. plaats moeten maken voor nieuwe voorschriften betreffende het tenietgaan van het werk vóór de oplevering daarvan, uitgaande van de volgende beginselen:

- a. het risico van het tenietgaan van de stof moet in beginsel gedragen worden door de partij bij de overeenkomst, die op het ogenblik van de force majeure eigenares was van die stof.
- b. bij het tenietgaan van de in bewerking zijnde zaak moet de aanbesteder, indien de zaak zijn eigendom is, de daaraan door de aannemer verrichte arbeid vergoeden, tenzij en voorzover hij aannemelijk maakt, dat de waarde van de zaak, daaronder gerekend de reeds aangewende materialen, niet uitgaat boven de som van de waarde van de zaak bij de aanvang van het werk, vermeerderd met de prijs van de daarin verwerkte materialen.
- c. indien de zaak tenietgaat door een fout in het materiaal, draagt de partij het risico, die het materiaal geleverd heeft³.

¹ Cremers, Bouwrecht, blz. 93.

² A.w. blz. 95.

³ In deze zin § 645 B. G. B., art. 376 3e lid Schw. Obl. Recht.

- d. door het tenietgaan van het nog niet opgeleverde werk gaat de aannemingsovereenkomst niet teniet, tenzij de aanneming betrof een verrichting aan een bepaalde zaak, welke teniet is gegaan.

Voor deze laatste regel zij verwezen naar Cremers, die m.i. terecht de mening bestrijdt van die schrijvers, die oordelen, dat de artikelen 1641—43 ook regelen de invloed van het tenietgaan van de tot stand te brengen of te werken zaak op de overeenkomst van aanneming zelve.

§ 4. Oplevering en aanvaarding.

De standaard-typen van de R.r. Locatio conductio betreffen de bewerking van roerende goederen, die meegevoerd worden, waarna hij die ze meevoert van de locator ze tot de gewenste zaak vormt door zijn arbeid. Levert de aannemer ook de stof, dan heeft hij tweërlei verplichting: de levering in eigendom van de zaak die hij moet tot stand brengen, en ten tweede, die levering overeenkomstig de verplichting en in de staat als in de overeenkomst is bepaald of daaruit voortvloeit. Er is dan dus leveringsverplichting, d.i. verplichting tot een zakelijke rechtshandeling, en een opleveringsverplichting, de obligatoire gehoudenheid om de zaak ter beschikking te stellen conform de overeenkomst. Beide verplichtingen kunnen samenvallen — er is samenval van momenten — bv. als een overeenkomst tot het vervaardigen en daarna leveren van een roerende zaak is gesloten. Dan toch is met de handeling van de levering — eigendomsoverdracht, als de aannemer, feitelijke afgifte als de aanbesteder de stof had te leveren — tegelijk de oplevering, het voldoen aan de verplichting tot resultaatslevering, geschied ¹. Bij het eigenlijke bouwcontract daarentegen blijft allereerst de levering of aflevering als afzonderlijke rechtshandeling achterwege, overbodig als zij wordt door de krachtens de wet intredende natrekking, of zelfs omdat zij al eerder plaats vond door de werking van het beding van eigendomsovergang van de materialen door en met de

¹ Niet steeds: men kan zich de mogelijkheid denken, dat de aannemer een voorschot heeft ontvangen op de aannemingssom en daartegenover de eigendom van de te bewerken stof constitutio possessorio aan de aanbesteder heeft overgedragen.

aanvoer op het terrein en de daarop gevolgde goedkeuring door de directie van het werk.

Wanneer nu de aannemer oordeelt gereed te zijn met datgene wat de overeenkomst hem opdroeg en dus zijnerzijds te kunnen praesteren, zal hij de in zijn bezit zijnde roerende zaak ter levering of aflevering aanbieden, of, indien het geldt een door hem op de bouwplaats gesticht gebouw, de aanbesteder kennis geven, dat het werk klaar is en te zijner beschikking staat. De vraag rijst nu: is dan de aanbesteder verplicht de levering of oplevering te aanvaarden als hij geen gebreken of tekortkomingen kan ontdekken, resp. het bouwwerk te inspecteren en goed te keuren? Moet hij m.a.w. het werk opnemen en goedkeuren? De wet bepaalt dat niet met zoveel woorden, maar er is betoogd, dat zodanige verplichting uit art. 1643 B.W. zou moeten worden afgeleid. „Vervolgens moet de aanbesteder het werk opnemen en dit, indien er redelijkerwijze geen bezwaren te maken zijn, goedkeuren”, zegt Kamphuisen, als hij de verplichtingen opsomt, welke de aannemingsovereenkomst voor de aanbesteder meebrengt¹. Die opneming, zo vervolgt hij, is een positieve plicht van de aanbesteder en dus is het niet opnemen iets heel anders dan het niet in ontvangst nemen van een zaak, die de wederpartij iemand moet leveren².

Dat dit uit de artt. 1641 en 1643 B.W. zou volgen, zoals Kamphuisen meent, vermag ik niet in te zien. De daarmedoelde artikelen zeggen alleen, dat bij weigering van het aanbod van de debiteur-aannemer — uiteraard indien die weigering ten onrechte geschiedt — het risico van tenietgaan van het object van de verschuldigde praestatie ten laste komt van de aanbesteder-crediteur tot die praestatie. Deze crediteur is dan in crediteursverzuim, waarvan een van de typische gevolgen in de genoemde wetsartikelen wordt vermeld: het overgaan van het risico van het object op de crediteur³. Kamphuisen zelf geeft toe dat een verplichting — d.i. deze eigenaardige verplichting tot opneming van het werk — weinig zin zou hebben voor de ontvankelijkheid van de actie tot betaling des aannemers, omdat los van de opneming en goedkeuring de aannemer

¹ Kamphuisen, a.w. blz. 399.

² a.w. blz. 399/400.

³ Vgl. Asser-Losecaat Vermeer 2de ged. blz. 293.

zijn actie tot voldoening van de aannemingssom kan geldend maken, eenvoudig stellende dat hij zijnerzijds zijn — behoorlijke — praestatie heeft aangeboden¹. Daarentegen heeft zijn opvatting het nadeel, dat de weigering van opneming en goedkeuring wanpraestatie zou opleveren, wat geenszins gewenst is, en allerminst nodig is voor de aannemer, die immers volledige betaling kan eisen. Bovendien: art. 1641 handelt over het geval dat de aannemer de stof levert. Hierboven werd aangetoond, dat de ontwerpers van de Code in deze vorm van contracteren een koopovereenkomst zagen. De niet-aanvaarding van de zaak is in die gedachtengang niet anders dan *mora creditoris*. Als dat zo is, en Kamphuisen geeft dat voor koop en verkoop toe, dan is het volkomen onaannemelijk, dat de artikelen 1642 en 1643 t.a.v. de te ontvangen arbeidspraestatie plotseling zouden hebben gedacht aan een verplichting van de aanbesteder in zijn positie als crediteur².

Dit een en ander neemt natuurlijk niet weg, dat het aanvaarden van de zaak en het accepteren van het bouwwerk een belangrijke verandering in de materieelrechtelijke en procesrechtelijke positie van de partijen zal veroorzaken. Immers, geschiedt zodanig aanvaarden van de aangeboden praestatie zonder enige reserve, dan zal materieelrechtelijk de aanbesteder geen beroep meer kunnen doen op onvolkomenheden of gebreken van het gepresteerde, welke tijdens die aanvaarding bij een behoorlijke en redelijkerwijze te verlangen contrôle te constateren waren, terwijl t.a.v. wat men zou kunnen noemen — in niet-technische zin — verborgen gebreken een beroep van de aanbesteder open blijft, waarvan de bewijslast op deze zal rusten. Het is dus voor de aannemer alleszins aangenaam, dat aanvaarding resp. goedkeuring plaatsvindt, maar kan hij er zich rechtens over beklagen, dat zij achterwege blijft? Ik laat daarbij daar, dat zijn debiteurspositie door een ongerechtvaardigde weigering tot

¹ T.a.p. blz. 400.

² Het arrest van de H. R. van Nov. '18, N. J. '18, blz. 1242, beslissende, dat zelfs een opzegging van de overeenkomst door de aanbesteder het contract niet doet tenietgaan, maar slechts is een toepassing van de regel, dat een crediteur een praestatie niet behoeft te aanvaarden, gaat geheel in deze richting.

aanvaarding niet mag worden verzwaard, bijv. met het doorlopen van het risico, maar dat volgt al uit het ingetreden crediteursverzuim.

Veelal wordt aan wat men dan noemt de formele oplevering van het werk een veel te grote betekenis toegekend¹. Eerst dan zou de betalingsplicht van de aanbesteder intreden, eerst dan zou de termijn van art. 1645 beginnen te lopen en tenslotte zou de datum van deze oplevering beslissend zijn voor het bedrag aan boete, waarop de aanbesteder, resp. het bedrag aan premie, waarop de aannemer recht heeft². Cremers, die hierop gegronde critiek oefent, gaat nochtans van een m.i. onjuist begrip van oplevering uit. Hij noemt het een formeel aantonen door de aannemer en een constateren door de bouwheer, c.q. diens architect, dat het werk volgens het bestek is voltooid³. Daargelaten nu, dat niet duidelijk is wat hier het woord „formeel” betekent, moet opgemerkt, dat de schrijver bij zijn formulering te veel het oog gericht heeft op bouwcontracten, beheerst door de A.V., waarin uitdrukkelijk over de opnemings- en goedkeuring wordt gesproken. Het is duidelijk, dat de hier behandelde vraag niet speelt waar partijen tot een plicht hebben gemaakt, wat volgens het regeland recht geen plicht is. Afgezien echter van bijzondere stipulaties is er geen sprake van, dat de aannemer eerst opgeleverd zou hebben — en mitsdien de bovengenoemde gevolgen eerst zouden intreden —, nadat aangetoond is en het voltooid zijn van het werk volgens bestek en het constateren van dat feit door de bouwheer. Opleveren heeft plaats door een eenzijdige aanbieding van het resultaat van het werk als overeengekomen. Is deze „oplevering” terecht geschied, d.w.z. is de daarin gelegen stelling: mijn werk is klaar, gij moet het zo aanvaarden, bewezen, dan moet de betalingseis worden toegewezen, begint de termijn van art. 1645 op het ogenblik van die „oplevering” te lopen, gaat de premie voor vervroegde aanbieding in of eindigt de

¹ Vgl. Cremers, *Bouwrecht*, in noot 4, aangehaalde rechtspraak. Cremers zelf bestrijdt deze opvatting op grond van zijn van de rechtspraak afwijkende interpretatie van art. 1645 B. W., vgl. blz. 124/125.

² Cremers, a.w. blz. 119.

³ Cremers, blz. 120.

loop van de boete voor te late oplevering.

De aanvaarding van de oplevering, d.w.z. de aanneming zonder voorbehoud van het bewerkte voorwerp, de verklaring, expliciet of impliciet, dat men het gepresteerde accoord gaat, doet dan bovendien de hierboven genoemde materieelrechtelijke en processuele gevolgen intreden.

Ik heb bij dit punt wat langer stilgestaan, omdat vrij veelvuldig wordt betoogd, dat een weigering om het werk zoals het wordt aangeboden te aanvaarden dezelfde gevolgen dient te hebben als de opneming en goedkeuring daarvan. Met name zou die weigering dan moeten meebrengen het vervallen van een beroep op waarneembare tekortkomingen en gebreken, en verandering in stel- en bewijsplicht t.a.v. „verborgen” gebreken ten nadele van de aanbesteder.

Uit wat ik hiervóór aanvoerde, is wel duidelijk dat ik iure constituto geen enkele grond zie, waarop deze conclusie zou steunen. Een andere vraag is, of niet de iure constituendo een voorschrift van die strekking zou moeten worden opgenomen.

Beantwoordt men die vraag bevestigend, dan is de tweede vraag, langs welke constructieve weg men dat weigeren van opnemen en goedkeuren wil wraken; als een mora creditoris, waaraan de bovengenoemde gevolgen door het bijzondere voorschrift worden vastgeknoopt, of als een verzaking van een opgelegde plicht tot goedkeuring, welke mora debitoris doet intreden.

Men kan in het algemeen opmerken dat het voor elke partij bij een overeenkomst, die zijn prestatie aanbiedt, een processueel voordeel betekent als haar wederpartij zonder enig voorbehoud die prestatie aanvaardt, maar dat op zichzelf is geen grond voor den wetgever, om nu elke partij bij elke overeenkomst een aanspraak op aanvaarding, resp. contrôle toe te kennen met dat gevolg, dat weigering van de wederpartij haar ontheft van haar normale stel- en bewijsplicht.

Iets anders is het, te overwegen of voor wat speciaal de aannemingsovereenkomst betreft een ander standpunt gerechtvaardigd is, zoals de Italiaanse wetgever heeft geoordeeld. Het Italiaanse wetboek geeft nl. den aanbesteder een recht op opneming, c.q. goedkeuring van het werk, en bepaalt, dat indien de aanbesteder niet voldoet aan het

verzoek van den aannemer — en dat zonder redelijke grond — ofwel nalatig blijft, om binnen bekwame tijd van de resultaten van zijn onderzoek mededeling te doen aan den aannemer, alsdan het werk als aanvaard zal worden aangemerkt¹.

Daarnaast is een uitdrukkelijke bepaling opgenomen, inhoudende dat aanvaarding van het werk zonder enig voorbehoud als acceptatie geldt, en hetzelfde effect heeft als een uitdrukkelijke goedkeuring². Men kan zich afvragen, of die laatste bepaling niet overbodig is te achten, omdat de algemene regel in het verbintenissen-recht in dien zin luidt, en dan ook talloze malen, o.a. bij koop en verkoop wordt toegepast, zonder dat ooit van enige aarzeling is gebleken³. Bovendien, de (overbodige) opneming zou kunnen schaden, als op grond daarvan beweerd zou worden dat zij, anders dan in het algemeen, bij aan-neming van werk geen uitzondering zou lijden in zeer bijzondere gevallen.

Natuurlijk bestaat steeds de mogelijkheid om bij de individuele overeenkomst, of door de toepasselijk-verklaring van algemene voorwaarden voor het aannemen van werken, afwijkende regelen te stellen en dus de opneming en de keuring van het werk den aanbesteder tot plicht te maken, maar dit doet aan de vraag of de wetgever dat als regel van regelend recht moet opnemen, niet af of toe. Over die vraag nader in § 9.

Zoals hiervoor werd gesteld, zal naar algemene regelen van verbintenissenrecht de schuldeiser — en dus ook de aanbesteder — die de hem aangeboden praestatie goed-

¹ Art. 1665: Il committente, prima di ricevere la consegna, ha diritto de verificar l'opera completa. La verifica debe esser fatta dal committente appena l'appaltatore lo mette in condizioni di poterla eseguire. Se non ostante l'invito fattogli dal appaltatore il committente tralascia di procedere alla verifica senza giusti motivi, ovvero non ne comunica il risultato entro un breve termine, l'opera si considera come accettata.

² Art. 1665, 4de lid: se il committente ricve senza riserve la consegna dell' opera, questa si considera acceptata ancorchè non sia proceduto alla verifica.

³ Vgl. A. J. Verstegen, R. M. 1923, blz. 124 e.v.: Ondeugdelijke levering bij soortkoop, en Prof. Mr P. A. J. Losecaat-Vermeer, Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838—1938, blz. 512 e.v.: Het bijzondere deel van het verbintenissenrecht van 1838 tot heden.

keurt of zonder reserve aanvaardt, daarmee zijn recht verwerken om te reclameren over andere gebreken dan die, welke redelijkerwijze niet door hem ontdekt konden worden bij die goedkeuring, c.q. aanvaarding. Intussen is de vraag gerezen, zulks naar aanleiding van het in artikel 1645 B.W. bepaalde, of niet bij aanneming van een bouwwerk het reclamerecht van de aanbesteder na oplevering van het werk nog meer beperkt is dan naar de algemene regel het geval zou zijn. Cremers immers verdedigt in zijn boek, dat de wetgever „ten aanzien van geleverde koopmansgoederen de regeling van het recht, wegens verkeerde levering te klagen, aan de rechter (heeft) overgelaten”, maar „voor bouwwerken naar klassiek voorbeeld de knoop (heeft) doorgehakt, door de aansprakelijkheid van de aannemer, nadat het werk eenmaal is opgeleverd, binnen enge grenzen te beperken”¹. Art. 1645 B. W. zou dan de strekking en betekenis hebben van een beperking van de schade-actie „welke de schuldeiser in het algemeen heeft bij wederkerige overeenkomsten”². Volgens de H.R. daarentegen houdt art. 1645 B.W. geenszins in een regel van materieel recht ter beperking van de verantwoordelijkheid van de aannemer ex contractu na oplevering van het werk, doch geeft het slechts een bewijsrechtelijk vermoeden van schuld van den aannemer ten gunste van de aanbesteder, ingeval binnen 10 jaar na de oplevering van het bouwwerk dit door een gebrek in de samenstelling of ongeschiktheid van de grond geheel of gedeeltelijk tot een bouwval is geworden of dreigt te worden³. In het arrest van 13 November 1930 N.J. 1931 blz. 247, tussen dezelfde partijen gewezen in dezelfde zaak als het in noot 3 geciteerde arrest, besliste vervolgens ons hoogste rechtscollege, „dat het art. 1645 onverlet laat de gewone aansprakelijkheid, met toepassing van de normale regelen van stel- en bewijsplicht, die de aannemer heeft

¹ A.w. blz. 111.

² Blz. 112; bedoeld zal zijn: welke de schuldeiser in het algemeen heeft bij tegenover hem gepleegde wanpractatie in de nakoming van de verbintenis. Vgl. ook voor de nadere verdediging van zijn opvatting zijn artikel in R. M. 1934 blz. 1 c.v. naar aanleiding van de in de tekst genoemde arresten van den H. R. inzake Sap-Mook.

³ Aldus de H. R. in het eerste Sap-Mook-arrest, 14 Nov. 1929, N. J. 1929, blz. 1776, W. 12059.

terzake van door hem gepleegde wanpraestatie, doch slechts beoogt, de aanbesteder zijn aanspraak op vergoeding terzake van het vergaan van het hem opgeleverde gebouw, zulks in de zin als in het arrest van '29 omschreven, door een der oorzaken in het artikel genoemd, te vergemakkelijken door hem te ontheffen van het bewijs dat de aannemer zijn contractuele verplichtingen niet behoorlijk is nagekomen." In zijn annotatie op het arrest van 1929 schaaft Meijers zich op historische gronden achter het standpunt, dat de H.R. in 1930 aanvaardde, daarbij opmerkende, dat de oude opvatting van Diephuis, welke behalve in de gevallen van 1645 elke aansprakelijkheid van de aannemer door de goedkeuring vervallen acht, in strijd is met de moderne opvatting van een goedkeuring, uitgelegd volgens de beginselen van de goede trouw.

Sindsdien wordt op dit punt van de drie leren, t.w. die van Diephuis, die door Cremers verdedigd, en die van de H.R., de laatste vrij algemeen toegepast¹. Consequentie van die leer is, dat voor de aansprakelijkheid voor gebreken van minder ernstige aard als die in 1645 B.W. omschreven, van welke bewezen wordt, dat de fout daarvan ligt bij den aannemer, een 30-jarige verjaringstermijn geldt² en dat, naar het schijnt, de aannemer na verloop van de in art. 1645 genoemde termijn van tien jaar ook nog aansprakelijk blijft voor de daar genoemde, mits de aanbesteder het bewijs levert, dat het vergaan van het gebouw aan schuld van de aannemer is te wijten³.

Van gezaghebbende zijde is betoogd⁴, dat het stelsel van de H.R. grote moeilijkheden veroorzaakt, allereerst deze, om uit te maken, wanneer nu een deterioratie zo

¹ Zo ook Kamphuisen, in Asser-Kamphuisen blz. 417.

² Van Brakel, Ned. Verbintenissenrecht II, blz. 191.

³ Star Busman, in zijn annotatie van het arrest van 1929, oordeelt evenwel, dat de aansprakelijkheid voor het tenietgaan door een oorzaak in 1645 B. W. omschreven, ook dan wanneer schuld van de aannemer bewezen wordt, beperkt is tot de daar genoemde periode van 10 jaar. Zo ook, zij het aarzelend, van Brakel, t.a.p. noot 331.

⁴ Mr H. J. Hülsmann, De aansprakelijkheid van de aannemer en architect ingevolge art. 1645 B. W., in Rechtsgeleerde Opstellen aangeboden aan Prof. P. Scholten.

ernstig is, dat van een bouwval of dreigende bouwvalligheid kan worden gesproken. Onzeker is voorts, hoe het staat met die aannemingen, welke niet, zoals art. 1645 het uitdrukt „voor een bepaalde prijs aangenomen en afgemaakt” worden. En is er enige redelijke zin in een beperking van de aansprakelijkheidstermijn voor de ene groep aannemingen en het handhaven van de algemene verjaringstermijnen voor de andere groepen? Het is op grond van deze overwegingen, dat Hülsmann de voorkeur geeft aan een consequente doorvoering van de interpretatie van het Haagse Hof in de Sap-Mook-arresten, het „vergaan” van de zaak ruim uitleggend. Na een uitvoerig historisch onderzoek komt hij tenslotte tot de conclusie, dat de rechtszekerheid en rechtvaardigheid het beste zou zijn gediend met een eenvormige regeling van de aansprakelijkheid des aannemers voor gebreken van het aangenomen werk na oplevering en dan in die zin, dat de aannemer aansprakelijk wordt gesteld voor alle gebreken van opgeleverd werk, met dien verstande, dat het bewijs rust op de aanbesteder. Dan blijft, aldus de auteur¹, het beginsel: aansprakelijkheid alleen als er sprake is van schuld, onaangetast en wordt voor de aannemer een prikkel geschapen tot deugdelijke arbeid, zonder dat een te zware verantwoordelijkheid op zijn schouders wordt gelegd. De verjaringstermijn zou dan op tien jaar gesteld kunnen blijven.

Regelingen als door Hülsmann bepleit, vindt men ook in het buitenland. Het Duits burgerlijk wetboek differentieert niet naar de aard van de aanneming voor wat betreft de aansprakelijkheid voor gebreken van het werk. Slechts de verjaringstermijn varieert naarmate het betreft werkzaamheden aan een onroerend goed (termijn één jaar), het opleveren van een bouwwerk (vijf jaar), of een ander werk (zes maanden). Het Zwitserse wetboek stelt de verjaringstermijn voor aanspraken van de aanbesteder terzake van gebreken op dezelfde termijn als die, welke gelden voor de koper die de gekochte zaak accepteerde, maar noemt voor bouwwerken op onroerend goed een termijn van vijf jaar na de aanvaarding. De *Codice italiano* stelt een verjaringstermijn van twee jaren, lopen-

¹ T.a.p. blz. 206.

de vanaf de dag der oplevering, en bepaalt dat binnen die tijd het beroep op het gebrek ook bij wijze van exceptie kan geschieden. Ik citeer hier de resp. wetsregelen:

§ 638 B. G. B.: Der Anspruch des Bestellers auf Beseitigung eines Mangels des Werkes sowie die wegen des Mangels dem Besteller zustehenden Ansprüche auf Wandelung, Minderung oder Schadenersatz verjähren, sofern nicht der Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen hat, in sechs Monaten, bei Arbeiten an einem Grundstück in einem Jahre, bei Bauwerken in fünf Jahren. Die Verjährung beginnt mit der Abnahme des Werkes. Die Verjährung kann durch Vertrag verlängert werden.

Art. 371 Schw. Obl. Recht: Die Ansprüche des Bestellers wegen Mängel des Werkes verjähren gleich den entsprechenden Ansprüchen des Kaufers. Der Anspruch des Bestellers eines unbeweglichen Bauwerkes wegen allfälliger Mängel des Werkes verjährt jedoch gegen den Unternehmer, sowie gegen den Architekten oder Ingenieur, die zum Zwecke der Herstellung Dienste geleistet haben, mit Ablauf von fünf Jahren seit der Abnahme.

Art. 1667 Codice civile: L'appaltatore è tenuto alla garanzia per le difformità e i vizi dell'opera. La garanzia non è dovuta se il committente ha acceptato l'opera e la difformità o i vizi erano da lui conosciuti o erano riconoscibili purchè, in questo caso, non siano stati in mala fede taciuti dall'appaltatore. Il committente deve, a pena di decadenza, denunziare all'appaltatore le difformità o i vizi entro sessanta giorni dalla scoperta. La denunzia non è necessaria se l'appaltatore ha riconosciuto le difformità o i vizi o se li ha occultati.

L'azione contro l'appaltatore si prescrive in due anni dal giorno della consegna dell'opera.....

Uit deze moderne regelingen van de materie van de aansprakelijkheid voor gebreken en tekortkomingen na de oplevering blijkt in het algemeen een voorkeur voor een korte termijn gedurende welke de aanbesteder regres terzake kan oefenen op zijn wederpartij. Het stelsel van de Code, zoals dat uit de geschiedenis en de ontwikkeling van het coutumiere recht zich heeft geconsolideerd in art. 1645 B.W. als een bijzondere regel voor bouwwerken, is inderdaad slechts historisch te verklaren. Er bestaat geen redelijke grond, om voor bouwwerken een

bijzondere regel te handhaven. In de tweede plaats zal door de nieuwe wetgever gekozen moeten worden tussen de opvatting, zoals die door de H.R. in 1930 is uitgesproken en die andere, welke in het art. 1645 B.W. een regel van materieel recht ziet. Deze keuze wordt bepaald door het standpunt, dat men inneemt t.a.v. twee andere vragen, en wel allereerst deze, of er behoefte bestaat aan een bijzonder vermoeden ingeval van dreigend tenietgaan van een gebouw, krachtens een overeenkomst van aanneming opgeleverd, strekkende om in zo'n geval de aanbesteder het bewijs te vergemakkelijken. Het wil mij voorkomen, dat voor zo'n voorschrift niet veel te zeggen valt. Het is niet juist, te stellen, dat bij een instorting of dreigende instorting een fout van de aannemer waarschijnlijk is als oorzaak van het vergaan dan een onvoorziene omstandigheid. Bovendien is niet in te zien dat bij andere ernstige fouten, welke niet onder de categorie van met ondergang bedreigende kunnen worden gerangschikt, zo'n vermoeden niet of minder op zijn plaats zou zijn. Een tweede vraag is, of niet over de hele lijn een kortere verjaringstermijn voor aanspraken op grond van gebreken, na de oplevering blijkende, gewenst is, een termijn, die dan zou moeten aanvangen op het ogenblik van aanvaarding resp. goedkeuring. Wat de duur betreft van de termijn, een termijn van 10 jaar is dan veel te lang. Wil men differentiatie toepassen, zoals het Duitse en Zwitserse wetboek doen — en daarvoor is veel te zeggen, omdat dan rekening gehouden wordt met het verschil in objecten van de diverse aannemingscontracten — dan zou toch de maximum termijn, die voor bouwwerken, niet langer moeten zijn dan 5 jaar.

Intussen rijst bij mij de vraag, of men niet beter doet met een korte termijn van verjaring, bijv. van een jaar, te aanvaarden over de hele lijn, echter met dien verstande, dat die termijn is ene voor het instellen van de actie, lopende vanaf de dag van ontdekking van het gebrek en voorzover eerdere ontdekking had behoren te geschieden, vanaf de dag waarop dat mogelijk was. Het is immers zeer wel mogelijk, dat een gebrek zich eerst openbaart na lange tijd. Alsdan zou het onredelijk zijn, de aanbesteder die zich in staat acht het bewijs van aansprakelijkheid van de aannemer te leveren, nochtans de schade te doen

lijden. Men kan nu tegenwerpen, dat het gevolg zal zijn de mogelijkheid van vele en ingewikkelde processen over de vraag, allereerst, of de actie tijdig is ingesteld. Ik vrees daarvoor niet; veelal zal het gebrek ontdekt worden binnen de termijn van de verjaring en de aanbesteder kan dan elk debat uitschakelen door binnen die termijn, berekend vanaf de oplevering, te dagvaarden. In de uitzonderingsgevallen, waarin, berekend vanaf de oplevering, de verjaringstermijn bereids verstreken is, zal de aanbesteder hebben aan te tonen dat hij het gebrek niet eerder heeft kunnen ontdekken en daarnaast moeten bewijzen, dat de aannemer schuldig staat aan wanpraestatie. Deze beide omstandigheden zullen zeer bepaald de lust tot procederen beperken tot die gevallen, waarin redelijkerwijze mag worden aangenomen, dat de actie nog kan slagen. En dan is het toch redelijk, de aanbesteder niet naar huis te sturen met de opmerking: ja, U hebt het gebrek wel niet eerder kunnen ontdekken, maar uw tijd is voorbij. Men kan dat ook niet aanvoeren tegen een koper die zich op een verborgen gebrek beroept. En in beginsel is er op dit punt tussen hem aan wie een zaak is verkocht en geleverd en een aanbesteder, voor wie een zaak is bewerkt en daarna opgeleverd, geen verschil.

§ 5. Meerwerk

Art. 1646 B.W., dat een trouwe vertaling is van art. 1793 C.v., houdt twee verschillende regelen in: ten eerste dat bij aanneming van een bouwwerk volgens bestek tegen een vaste prijs geen vermeerdering van de prijs gevraagd kan worden wegens vermeerdering der arbeidslonen of bouwstoffen. Het brengt tot uitdrukking, dat bij het bouwcontract de risico van het werk geheel rust bij den aannemer, dat m.a.w. dat contract is wat de Fransen noemen een *contrat forfaitaire*¹. Het is *communis opinio*, dat deze bepaling, alleen t.a.v. deze bijzondere overeenkomst van aanneming opgenomen, hier in elk geval over-

¹ Planiol Ripert, T. XI, nr 940, en de daar geciteerde rechtspraak en doctrine. Bekend is, dat de Conseil d'Etat sinds 1916, 20 Maart, S. 1916, 3, 17, met noot Hauriou: D. 1916.3.25, t.a.v. de aan zijn jurisdictie onderworpen „administratieve” contracten de leer der *imprévision* toepast.

bodig is¹. Of, en zo ja, in hoeverre terzake van „contrats forfaitaires”, contracten dus waarbij een zekere verplichting wordt aanvaard tegen een vooraf bepaalde vaste vergoeding, het principe der *imprévision* toepassing moet vinden, is een geheel andere vraag, die later ter sprake zal komen.

Belangrijker voor de practijk is de tweede regel die het artikel geeft: voor gemaakte veranderingen of bijvoegselen die niet in het bestek begrepen zijn kan geen vermeerdering van de aannemingsprijs gevorderd worden, indien die veranderingen of vermeerderingen niet schriftelijk zijn ingewilligd, en over de prijs daarvan geen afspraak is gemaakt. Dit voorschrift vindt zijn oorsprong in het verlangen van de wetgever, de volkomen onervarene in het bouwvak, de aanbesteder, te beschermen tegen misbruiken die zich aldus voordeden, dat de aannemer de bouwheer bewoog tot het toestemmen in wijzigingen, welke dan bij het presenteren der rekening veelal bleken zwaar betaald te moeten worden². De wetgever heeft zich hier laten leiden door soortgelijke overwegingen, als hem geleid hebben tot het opnemen van 1934 B.W., dat stamt uit de *Ordonnance des Moulins*, en als de Engelse wetgever van de 17de eeuw hebben gebracht tot het afkondigen van het nog steeds van kracht zijnde *Statute of frauds*. Het artikel geeft tot soortgelijke vragen aanleiding als zich ook t.a.v. die *Statute* hebben voorgedaan: is het een voorschrift van materieel recht, zodat zonder schrift geen geldige nadere overeenkomst bestaat, ofwel is het slechts een bewijsvoorschrift, zodat bijv. door een erkenning van de (mondelinge) opdracht beroep op 1646 wegvalt?³ De algemene opinie is, dat het artikel, in welke betekenis dan ook genomen, uit de tijd is, niet alleen omdat het in strijd is met het beginsel der vormvrijheid voor overeenkomsten, resp.

¹ Kamphuisen zegt van dit deel van 1646 B. W.: „het spreekt vanzelf”, kennelijk bedoelende, dat 1374 1e lid zulks inhoudt in verband met de wettelijke definitie der aannemingsovereenkomst.

² Planiol-Ripert, t.a.p. nr. 941; Kamphuisen, t.a.p. blz. 420.

³ In Engeland is de rechtspraak gevestigd in die zin, dat de eis van schrift een bewijsvoorschrift is, vgl. Leroux-Brown, 1832, 12 K. B. 801. T.a.v. 1646 bestaat ten onzent verschil van mening tussen de schrijvers: terwijl Kamphuisen en van Brakel daarin een bewijsvoorschrift zien, oordeelt Cremers het een constitutief vereiste, dat er schrift zij (a.w. blz. 128). Ook de rechtspraak is verdeeld,

de vrije bewijswaardering door de rechter, los van de soort der bewijsmiddelen, maar ook, omdat in het bouwbedrijf bij de bestekbouw vrijwel steeds de aanbesteder wordt bijgestaan door een deskundige, onder wiens directie het werk wordt uitgevoerd en die ook uiteraard de wenselijkheid en de prijs van de door de aannemer voorgestelde wijzigingen kan beoordelen.¹ Daarbij komt nog dat in vele gevallen de opdracht van de architect uitgaat, de aannemer op de mondelinge opdracht vertrouwt, en vervolgens bedreigd wordt met een beroep op 1646 B.W.

De conclusie kan dan ook slechts luiden, dat art. 1646 in zijn beide geledingen behoort te verdwijnen.²

§ 6. *De bijzondere wijzen van beëindiging van een aanneming*

De artikelen 1647 en 1648 B.W. bepalen dat in afwijking van de algemene regelen van het verbintenissenrecht de overeenkomst van aanneming van werk eenzijdig opgezegd kan worden door de aanbesteder en eindigt door de dood van de aannemer. Dienen deze of soortgelijke bepalingen de iure constituendo gehandhaafd te worden? Het antwoord op deze vraag zal mede afhangen van deze andere, of zij in de praktijk bezwaar ontmoeten. Wat de praktijk in het bouwbedrijf betreft t.a.v. de eenzijdige op-

vgl. enerzijds H. R. 29 Jan. 1915, N. J. 1915, 483 en anderzijds H. R. 8 Mei 1924, N. J. 24, 869, in welk laatste arrest 1646 B. W. een uitzondering op de algemene bewijsregelen genoemd wordt. Ook in Frankrijk bestaat deze controverse. Vgl. enerzijds Planiol-Ripert XI, 942, „mode de preuve”, anderzijds Aubry Rau, 6e Ed., par Esmein, droit civil français dl. V, blz. 416: „condition d'efficacité”.

¹ Zelfs wanneer de architect toestemming geeft, handhaaft, overigens naar positief recht terecht, de H. R. de cis: 29 Jan. '15 N. J. blz. 483.

² Bij bouwwerken waarbij algemene voorwaarden toepasselijk worden verklaard, wordt regelmatig van art. 1646 afgeweken. Zo: A. V. § 32 lid 12: de aannemer mag door andere middelen aantonen, dat aanbesteder of de namens deze optredende directie opdracht heeft gekregen voor meerwerk en dat hij die de opdracht gaf, redelijkerwijze heeft moeten begrijpen, dat dit meerwerk extra kosten meebracht; § 11 lid 8 van de A. V. beperkt zich tot het onnodig maken van de schriftelijke lastgeving van 1646 B. W. Ik laat hier de vraag rusten, of men bepaalde bewijsbeperkingen, door de wetgever gesteld, bij overeenkomst kan opheffen.

zegging, zo kennen de A.A.V. en de A.V.¹ een bepaling, gelijksoortig aan die van 1647 B.W.: De aanbesteder is bevoegd het werk te allen tijde geheel of gedeeltelijk te doen staken, in welk geval de aannemer aanspraak krijgt op volledige schadevergoeding, door hem geleden tengevolge van het door de opzegging vervallen van de overeenkomst. Naar het oordeel van de H.R. brengt een opzegging ingevolge 1647 B.W. de overeenkomst geenszins ten einde,² doch is daarin slechts te zien een toepassing van een beginsel uit de algemene leer van het verbintenissenrecht, inhoudende dat een schuldeiser niet verplicht is de hem verschuldigde prestatie aan te nemen. Ook gedeeltelijke „opzegging” is derhalve geoorloofd. De schrijvers oordelen veelszins anders: de aannemer, wien is opgezegd, kan immers niet de aannemingssom opeisen na opzegging, hij heeft slechts een recht op schadevergoeding als in 1647 omschreven.³ Het valt te betwijfelen of men in die leer een gedeeltelijke opzegging effect kan toekennen, gelijk Kamphuisen doet, zich daarbij ten onrechte beroepend op het arrest van de H.R. van 1918, dat immers van een principieel andere opvatting van de betekenis van de opzegging uitgaat.

Zien wij even af van de constructie van het karakter der opzegging, dan is de bevoegdheid, den aanbesteder toegekend, aanvaardbaar en dan ook niet ernstig betwist. Zij geeft hem immers de mogelijkheid, verdere kosten aan materiaal en arbeidsloon te besparen, als hij om hem moverende redenen geen prijs meer stelt op het afmaken van het werk door dezen aannemer. En de aannemer heeft geen reden tot klagen, nu hem een vergoeding wordt verzekerd gelijk aan de volle aannemingssom, verminderd met wat hij aan kosten bespaart.

Ook de buitenlandse moderne wetboeken kennen eenzelfde bevoegdheid aan de aanbesteder toe. Het Duits B.G.B., welker § 649 mogelijk 's-H.R.'s interpretatie van 1647 heeft beïnvloed, bepaalt dat bij opzegging de aan-

¹ A. A. V. § 35, § 1 en § 2; A. V. § 15 lid 1 en 2. Aldus ook Voorwaarden Genie § 27 lid 2 jcto § 30 lid 4.

² H. R. 8 Nov. 1918 N. J. 1918 blz. 1242.

³ Kamphuisen, a.w. blz. 405; Land Losecaat Vermeer V, blz. 375/376; van Brakel, Leerboek 2e deel blz. 199, noot 367. Anders Pitlo Verb. Recht blz. 515, als de H. R. Wel echte opzegging: Planiol-Ripert, dl. XI nr. 937; Aubry-Rau dl. V blz. 418.

nemer de aannemingssom mag vorderen, doch dat hij in mindering heeft te lijden, wat hij aan uitgaven en vrijgekomen arbeidskracht spaart of wint¹. Het Zwitserse wetboek spreekt nadrukkelijk van het recht van de aanbesteder om het contract te beëindigen tegen vergoeding van het reeds gepresteerde, en volledige schadeloosstelling². Het Italiaanse wetboek bevat een artikel in dezelfde geest³.

Een secundaire vraag is dan, welke van beide constructies t.a.v. het rechtskarakter van de opzegging de voorkeur verdient, die welke de H.R. in art. 1647 leest, of die van de doctrine. Ik ben geneigd de eerste te verkiezen boven de tweede. Want, ervan uitgaande dat de opzegging de overeenkomst intact laat en slechts de aannemingssom verminderd wordt met de waarde van de nog uitstaande praestaties van de aanbesteder, kan er geen twijfel aan bestaan, dat elk der partijen het recht behoudt op ontbinding met schadevergoeding terzake van wanprestatie liggende voor de opzegging. Verder kan in deze constructie de aannemer volstaan met te stellen, dat zijn aannemingssom verschuldigd is, en is het aan de aanbesteder, om zich op in mindering te brengen kosten te beroepen en die te bewijzen. Immers dan moet gelden wat in § 649 B.G.B. is bepaald, dat het de aanbesteder is, die zich heeft te beroepen op kostenbesparingen die het gevolg van de opzegging zijn, opdat zij, voorzover bewezen, in mindering gebracht kunnen worden, op de van hem gevorderde aannemingssom⁴. Hierdoor wordt, het

¹ § 649: Der Besteller kann bis zur Vollendung des Werkes jederzeit den Vertrag beëndigen. Kündigt der Besteller, so ist der Unternehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung zu verlangen; er muss sich jedoch anrechnen lassen, was er in Folge der Aufhebung des Vertrages an Anwendungen erspart oder durch anderweitige Anwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt.

² Art. 377 Schw. Obl. R.: Solange das Werk unvollendet ist, kann der Besteller gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers jederzeit vom Vertrag zurücktreten.

³ Codice civile art. 1671: Il committente può recedere del contratto anche se è stata iniziata l'esecuzione della opera e la prestazione del servizio, purchè tenga indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno.

⁴ Vgl. R. G. in J. W. 1907, blz. 362: op de aanbesteder rust de bewijsplicht van de besparingen.

is waar, den aanbestedder een zware bewijslast opgelegd, maar hij is dan ook degene die door zijn opzegging de normale gang van zaken heeft verbroken. Overigens valt te bedenken, dat uiteraard op de aannemer een mededelingsplicht zal rusten t.a.v. zijn besparingen.

Tenslotte heeft de hier verdedigde constructie nog het voordeel, dat de zo veel voorkomende cessies en verpandingen van de aannemingssom hun waarde blijven behouden: de vordering tot die som blijft immers bestaan met slechts deze beperking, dat zij wordt verminderd met de besparingen; in de tweede constructie wordt zij inhoudsloos.

Zoals uit de in de noten geciteerde teksten blijkt, regelen het Zwitserse¹ zowel als het Italiaanse wetboek de opzegging als een rechtsfeit waardoor de overeenkomst vervalt, evenals dat in de Nederlandse bouwwereld in het speciale bouwrecht geldt.

De dood van de aanbestedder heeft naar geldend recht geen invloed op het voortbestaan van de aannemingsovereenkomst. Het spreekt vanzelf dat de erven evenzeer als hun rechtsvoorganger de bevoegdheid tot opzegging toekomt. Anders ligt de zaak als de aannemer sterft. Zijn dood doet de overeenkomst een einde nemen: art. 1648 B.W. In dat geval, zo vervolgt het tweede lid, moet de aanbestedder de waarde van het gedane werk en de reeds bewerkte goederen betalen naar evenredigheid van de hele aannemingssom, voorzover een en ander voor hem van nut is. Of dat laatste het geval zal zijn, hangt niet af van de omstandigheid, dat de erven persoonlijk geen belangstelling hebben voor, en heil zien in het afmaken van het werk. Slechts als het half-afgemaakte werk naar objectieve maatstaf geen waarde heeft, bijv. omdat er niemand is, die het behoorlijk zou kunnen afmaken, ontbreekt het bedoelde nut².

Terecht merkt Kamphuisen op dat dit automatisch eindigen van de overeenkomst alleen te verdedigen is, als

¹ Vgl. Schweizerisches Obligationenrecht, IIe Abt. erläutert von Dr H. Becker, blz. 429: Es bleibt daher kein Anspruch auf Erfüllung.... sondern bloss ein Schadenersatzanspruch.

² Land-Losecaat Vermeer, V blz. 378 noot 2, Planiol-Ripert XI nr. 936.

den aannemer het werk is gegund met het oog op zijn persoonlijke eigenschappen, *intuitu personae*¹. Bij vele auteurs, zowel ten onzent als in Frankrijk, wordt het bezwaar tegen de algemeenheid van de regel² vergoelikt met de aantekening dat partijen ervan kunnen afwijken. Een dergelijke vergoelijking snijdt geen hout: men stelle geen regel van aanvullend recht met de motivering, dat zij wel niet de juiste is, maar dat partijen ervan kunnen en zullen afwijken. Dat de regel voor de praktijk te ver gaat, blijkt hieruit, dat ten onzent schrijvers en rechtspraak trachten haar zoveel mogelijk buiten toepassing te laten in die gevallen, waarin van een aannemer die *intuitu personae* gekozen zou zijn, geen sprake is geweest. Zo bij de ontbinding door de dood van diegene der firmanten van een aannemersfirma, die de opdracht had verworven; bij liquidatie van een firma of N.V., welke als aanneemsters waren opgetreden, en zo ook in het geval dat van twee hoofdelijk verbonden aannemers één sterft.

In de bouwpraktijk kennen de standaard-voorwaarden een uitvoerige regeling, ervan uitgaande dat in beginsel de overeenkomst eindigt, een regeling die gelijkelijk geldt voor faillissement, surséance van betaling en onder curatelestelling van de aannemer. Zo bepaalt § 45 van de A.A.V., dat wanneer een van deze eventualiteiten intreedt, het werk met goedvinden van de aanbesteder kan worden voortgezet door curator, bewindvoerder of erfgenamen. Doen deze een voorstel daartoe, met aanwijzing van een alleszins bekwame uitvoerder, en een aanbod van voldoende zekerheid voor het afmaken van het werk, dan kan de aanbesteder dat niet afwijzen³.

De bedoeling van deze juridisch niet geheel duidelijke formulering is wel deze, dat in afwijking van de voor-

¹ A.w. blz. 407.

² Een regel die, zoals van Brakel terecht zegt, afwijkt van wat naar algemene regels van verbintenissenrecht geldt (1354 B. W.). Zie Leerboek II, blz. 198.

³ Juister en korter bepalen de A. V. (§ 5), dat eerst na sommatie tot verklaring van bereidheid tot voortzetting, door de directie uit te brengen, eventueel met opgave van verlangde zekerheid, en uitblijven van verklaring en/of zekerheid, de overeenkomst vervalt en de Minister op kosten van de boedel des aannemers het werk doet uitvoeren. De voorwaarden van de Genie zijn uitvoeriger, maar behelzen een analoge regeling, vgl. § 14.

onderstelde hoofdregel van beëindiging de overeenkomst voortduurt, mits vertegenwoordiger of rechtverkrijgenden van den aannemer de nodige waarborgen geven voor de uitvoering.

Wat de nieuwere wetgevingen betreft, zij handhaven de regel van de C.c. en ons wetboek niet meer, maar zijn teruggekeerd naar de toepassing van de algemene regelen van het verbintenissenrecht, gelijk die ook golden in het oud-Franse recht¹. Terwijl het B.G.B. dat doet door geen bijzonder voorschrift voor het geval van overlijden van de aannemer op te nemen in de afdeling „Werkvertrag“, bepalen het Zwitserse en het Italiaanse wetboek uitdrukkelijk, dat de overeenkomst door de dood van de aannemer alleen te niet gaat als deze werd aangegaan met het oog op diens persoon². Men kan tegen deze oplossing als bezwaar aanvoeren, dat juist bij de overeenkomst van aanneming, tot het verrichten van arbeid dus, dikwijls twijfel kan rijzen of het persoonlijk element al dan niet beslissend is geweest voor het geven van de opdracht. En dan is er telkens onzekerheid over het al dan niet blijven voortbestaan van de overeenkomst, een onzekerheid, die allermintst gewenst is en allerlei onaangename consequenties kan hebben. Men kan soortgelijke onzekerheid ook verwachten bij de pachtovereenkomst, waarbij evenals bij de aanneming, de persoon van hem die de zaak moet bewerken steeds van een zeker gewicht is voor de wederpartij. In verband daarmee zou men kunnen overwegen, of niet een soortgelijke regeling als in het P.B. neergelegd ingeval van overlijden van de pachter, in de overeenkomst van aanneming van werk zou passen (art. 33 P.B.). Echter leert nadere beschouwing, dat wat bij in het algemeen zeer langdurige contractuele verhoudingen aanvaardbaar is, geen juiste oplossing is voor in beginsel spoedig aflopende contracten. Het pachtcontract beoogt immers een blijvende pachtverhouding, waarin zelfs tot op zekere hoogte de pachter niet los gedacht wordt van zijn naaste familie, van zijn toekomstige erven. De aannemingsovereenkomst daarentegen is door haar aard en inhoud (boetebedingen bij te late oplevering!) eer dynamisch dan statisch. Het voort-

¹ Vgl. Pothier, *Contrat de Louage*, nr. 453 e.v.

² Schw. Obl. Recht, art. 379; *Codice civile*, art. 1674.

duren van de aannemingsovereenkomst, verbonden met de mogelijkheid, aan beide partijen gegeven, om ontbinding te vragen, zou daarom tot een niet aanvaardbare toestand van onzekerheid aanleiding geven, gedurende welke het werk wel zou moeten stilliggen.

De keuze moet om die redenen gedaan worden tussen onze thans bestaande regeling en die van de bovengenoemde moderne wetboeken, van welke de eerste zekerheid geeft, doch in vele gevallen onbillijk kan zijn voor de boedel van de aannemer, en de tweede het nadeel heeft van onzekerheid bij grensvallen. Voor die keuze gesteld zou ik de tweede regeling kiezen, eventueel aldus aangevuld, dat omtrent de vraag, of de overeenkomst intuitu personae is geëindigd, op zeer korte termijn en in hoogste instantie een beslissing der rechtbank mogelijk gemaakt wordt, na aanbrengen van de zaak bij simpel verzoekschrift.

§ 7. *Bijzondere voorrechten bij aanneming van werk.*

In de artikelen 1650 en 1652 B.W. worden aan de daarin genoemde personen, betrokken bij de uitvoering van een aangenomen werk, een tweetal bijzondere rechten toegekend tot verzekering van door die personen ten laste van een aannemer resp. de aanbesteder verworven geldelijke aanspraken.

Art. 1650 geeft aan ambachtslieden, die, hetzij in dienstverhouding, hetzij krachtens een andere rechtsverhouding voor de aannemer werkzaamheden hebben verricht of enig werk hebben tot stand gebracht ten behoeve van het werk door de aannemer op zich genomen, een rechtsvordering tegen de aanbesteder, indien en voorzover deze op het ogenblik van het instellen dier vordering aan de aannemer gelden schuldig is uit hoofde van de aanneming.

Over de reikwijdte en betekenis van deze bepaling heerst, zoals bekend, groot verschil van mening. Allereerst over de vraag, wie als ambachtsman is aan te merken. De H.R. oordeelt, dat het recht niet toekomt aan de patroon die het werk door zijn ondergeschikten doet uitvoeren en zelf niet of slechts in onbetekenende mate heeft meegewerkt¹. Wel verzekert het hier toegekende recht

¹ H. R. 29 Januari 1915, N. J. 1915, blz. 433.

ook de aanspraak voor bijgeleverd materiaal, zoals bij hetzelfde arrest beslist werd.

Belangrijker nog dan deze is de vraag naar het rechtskarakter van de hier bedoelde vordering. Rechtspraak en literatuur hebben ten onzent tot 1925 de historisch niet verantwoorde leer gehuldigd, dat het artikel de ambachtsman een rechtstreekse vordering op de aanbesteder geeft, met dat gevolg, dat inpandgeving en overdracht van de aanspraak op de aannemingssom dat recht onaangetaast laat¹.

In 1925 kwam de H.R. op zijn vroegere rechtspraak terug en heeft, juist in een geval waar de aannemingssom vóór het instellen van de vordering door de ambachtsman was gecedeerd, beslist dat slechts één vordering ten laste van den aanbesteder bestaat, en wel die van de aannemer, en dat, indien deze uit het vermogen van den aannemer is verdwenen, ook de ambachtsman van art. 1650 B.W. daarop geen aanspraak meer kan geldend maken².

Nog ongunstiger is diens positie geworden, toen de H.R. in 1928 besliste dat de vordering van den ambachtsman eerst geldend gemaakt kan worden en slechts voor toewijzing vatbaar is, als op het ogenblik van dat ahangig maken des aannemers vordering op de aanbesteder opeisbaar is geworden. Daardoor is, naar Meijers³ en anderen⁴ betoogd hebben, het recht den aanbesteder met de ene hand toegekend en met de andere hand ontnomen.

Moet een recht, soortgelijk aan dat hetwelk art. 1650 toekent, de ambachtsman ook de iure constituendo blijven toekomen? En zo ja, moet dan ook niet eenzelfde recht aan de leverancier van materialen toegekend worden? En, tenslotte, in hoeverre dient zo'n bijzondere verhaalsmogelijkheid losgemaakt te worden van de lotgevallen

¹ H. R. 22 Dec. 1871, W. 3416; Land Losecaat Vermeer V blz. 379.

² H. R. 6 Nov. 1925, N. J. 1926, blz. 199, noot E. M. M., waarin de geschiedenis van het voorschrift wordt uiteengezet.

³ Noot bij het arrest, H. R. 18 April 1928, N. J. 1928, blz. 1550.

⁴ O.a. Mr N. A. M. Cremers, N. J. B. 1928: De toepassing van art. 1650 B. W. in de praktijk, blz. 593, waar art. 1650 vergeleken wordt met een politieagent, wien de H. R. in 1925 het linker- en in 1928 het rechterbeen heeft afgeslagen; hij kan nog wel nors kijken, hij heeft ook nog een paar stevige knuisten, hij kan ze echter slechts gebruiken bij boeven die zo dom zijn niet tijdig weg te lopen.

van het voortbestaan van de vorderingen in het vermogen van de aannemer, in het bijzonder van de vervreemding of verpanding door dezen van de aannemings-som?

De eerste vraag dient m.i. stellig bevestigend beant-te worden, ook voor die categorie van ambachtslieden die zelfstandig als ondernemer optreden. Ik zie voorts geen enkele plausibele reden waarom eenzelfde positie niet ook aan de leveranciers van materialen toegekend zoude moeten worden. Het argument dat de ambachtsman, hetzij als werknemer, hetzij als ondernemer, door zijn prestatie meegewerkt heeft aan het schuldig worden van de aannemingssom, en hem dus een bevoorrechte positie toekomt, moet leiden tot een gelijksoortig voordeel voor de leverancier wiens materialen tot het voltooiën van het werk hebben gediend¹.

Zoals men voor het toekennen van zulk een recht aan de ambachtsman die aan het object van de aanneming heeft gewerkt kan aanvoeren, dat het aangenomen werk wordt gewaardeerd in een aannemingssom waarin de hem te betalen vergoeding een zeer belangrijke factor vormt, zo kan men t.a.v. de geleverde en verwerkte materialen zeggen, dat de aannemer-koper deze doorlevert aan de aanbesteder, die daarvoor met de door hem te betalen aannemingssom betaalt. Kent men op grond van deze overwegingen den ambachtsman en den leverancier een recht toe op geprivilegieerd verhaal naar de trant van 1650 B.W., dan zal men dat recht, anders dan thans volgens de rechtspraak het geval is, niet moeten uithollen resp. grotelijks illusoir maken door enerzijds aan voorafgaande cessie of verpanding het gevolg te verbinden dat de vordering van den ambachtsman grondslag gaat ontberen, en anderzijds het recht eerst te doen ontstaan bij het opeisbaar worden van de aannemingssom. Immers, cessie of verpanding hebben meestal al plaatsgevonden voordat de vordering van de arbeider op de patroon ontstaat, terwijl de opeisbaarheid van de aannemingsvordering als regel haar onmiddellijk tenietgaan door betaling betekent.

Bepaald zal derhalve moeten worden, dat verpanding,

¹ In het Ontwerp Meijers wordt den ambachtsman en den leverancier een voorrecht gegeven, dat stand houdt ondanks vervreemding of bezwaring van de vordering: 3. 10. 3. 14. 2de lid.

cessie of beslag den bevoorrechten schuldeiser niet zullen kunnen tegengeworpen worden, en de formulering van het voorschrift zal geen twijfel mogen laten dat de aanspraak niet eerst ontstaat met het opeisbaar worden.

Uiteraard zal echter den aanbesteder het verweer open blijven, dat het recht op de aannemingssom, voordat het voorrecht geldend werd gemaakt, is tenietgegaan op een der wijzen waarop dat naar regelen van recht mogelijk is. Voorts spreekt vanzelf, dat de aanbesteder ook tegen deze bevoorrechte crediteuren alle weren kan geldend maken, welke hij terzake van de aannemingsovereenkomst tegen de aannemer kan aanvoeren. Het rechtskarakter immers van het vorderingsrecht van ambachtsman en leverancier tegen de aanbesteder kan slechts zijn een vereenvoudigd en geprivilegieerd verhaalsrecht op een vordering van zijn schuldenaar, de aannemer.

Tenslotte nog een enkel woord over het den aannemer in art. 1652 toegekende recht van retentie. Het is aan te nemen, dat in een nieuw wetboek ten aanzien van het ontstaan en de omvang van het recht van retentie een algemene bepaling zal worden opgenomen, krachtens welke aan hem, die een zaak onder zich heeft krachtens een rechtsverhouding, waaruit voor hem een vordering is geboren, daarop een recht van terughouding zal toekomen. En bepaaldelijk zal dat recht dan gelden voor een vordering, welke haar oorsprong vindt in werkzaamheden, aan die zaak verricht. Indien zo een regel wordt opgenomen, zal het geen enkele zin hebben art. 1652 te handhaven, ja zelfs zal het daar, in elk geval zoals het nu luidt, moeten vervallen, omdat het vergeleken met de algemene regel te beperkt zou zijn. Immers, thans is dat retentierecht alleen gegeven aan arbeidslieden, d.w.z. aan hen, die als aannemers of zelf het aangenomen werk verrichten, of als baas met hun knechts samen dat werk doen. In het laatste geval geldt het recht ook voor het arbeidsloon van die knechts. Voor die beperking zie ik overigens geen enkele grond; ook de ondernemer die niet zelf is ambachtsman, en die een voorwerp door zijn arbeiders doet bewerken behoort het retentierecht toe te komen.

§ 8. *Recapitulatie.*

Wanneer ik thans resumeer, welke nu bestaande wetsbepalingen t.a.v. de aanneming van werk door een wetgever die tot herziening overgaat ongewijzigd zouden kunnen worden overgenomen, dan blijkt vrijwel geen enkele bepaling voor handhaving of ongewijzigde handhaving in aanmerking te komen.

In de eerste plaats zal de inhoudsbepaling van de aanneming van werk anders dan thans tot uiting moeten brengen, dat de aannemer tegen een bepaalde of bepaalde tegenprestatie een voorwerp moet tot stand brengen of daarin wijzigingen moet aanbrengen.

Gehandhaafd kan blijven de bepaling van art. 1640 B.W., doch de daarop aansluitende artt. 1641—1643, handelende over het risico van het teniet gaan van de te vervaardigen of te bewerken zaak, zullen in dier voege moeten worden gewijzigd, dat rekening wordt gehouden met de regel: *res perit domino*.

Tot uitdrukking zal voorts moeten worden gebracht, dat van een verbintenis van de aanbesteder tot opneming en goedkeuring van het werk in eigenlijke zin geen sprake is. Zodanig opnemen en goedkeuren blijve een recht van de aanbesteder, t.o.v. hetwelk deze uiteraard in crediteursverzuim kan komen.

De regel van art. 1644 kan gehandhaafd blijven. Daarentegen is er m.i. geen enkele reden, om de beide daarop volgende artikelen, in het bijzonder handelende over de aanneming van gebouwen, over te nemen. Ziet men in art. 1645 niet anders dan een vermoeden, waardoor de aanbesteder ingeval van de in het artikel bedoelde calamiteit ontslagen is van het bewijs van schuld van de aannemer, dan kan opgemerkt worden, dat voor zo'n vermoeden niet veel grond is en meestal feitelijke vermoedens de aanbesteder zullen helpen bij het aantonen van des aannemer's aansprakelijkheid, waarbij nog komt, dat de meeste bouwerijen uitgevoerd worden onder directie van een door de aanbesteder aangewezen architect. En dan is zeker het vermoeden van 1645 niet op zijn plaats. Huldigt men daarentegen de vóór 1929 in de rechtspraak heersende mening, dat oplevering en goedkeuring van een bouwwerk elk verhaalsrecht op de aannemer doet ver-

vallen behoudens het verhaal terzake van een geheel of gedeeltelijk vergaan door fouten in de samenstelling of door ongeschiktheid van de bodem, dan des te eerder moet naar mijn oordeel de bepaling verdwijnen. Er is toch geen enkele reden om de aannemer vrij te stellen van aansprakelijkheid voor gebreken, welke bij de opneming en goedkeuring niet konden of behoorden te worden geconstateerd, ook al leiden deze gebreken niet tot de gevolgen bedoeld in 1645.

Art. 1646 van het B.W. is een bewijsvoorschrift, dat niet meer past in een modern wetboek. Wat art. 1647 betreft, duidelijk worde tot uitdrukking gebracht, dat de „opzegging” de vordering tot de aannemingsom intact laat, behoudens de verplichting van de aannemer om de door de stopzetting bespaarde kosten daarop in mindering te lijden.

Voor wat de invloed van de dood van de aannemer op het voortbestaan der overeenkomst betreft gaat mijn voorkeur uit naar een regeling als ik in het slot van § 6 summierlijk aanduidde.

Het bijzondere recht van art. 1650 dient niet beperkt te worden tot arbeiders in dienstbetrekking en anderzijds moet het beschermd worden tegen cessies, verpandingen en beslagen. En tenslotte moet, indien niet een algemene bepaling in het nieuwe wetboek wordt opgenomen omtrent het recht van retentie, het in art. 1652 toegekende recht worden toegekend aan elke aannemer van werk.

§ 9. *Nieuw op te nemen regelen.*

In § 2 werd het terrein van de aanneming van werk afgepaald. Daarbij werd gesteld, dat van aanneming in de zin van de wet alleen sprake behoorde te zijn, waar een vergoeding voor het werk wordt bedongen. Veelal is de bedongen vergoeding in een bepaald of althans bepaalbaar bedrag gefixeerd. De Fransen spreken dan van een *entreprise forfaitaire*. Intussen is er geen enkele reden om ook niet de zgn. *regie-overeenkomst* onder het wettelijk begrip te doen vallen, het contract, waarbij de aannemer zich verbindt tot het werk tegen vergoeding van zijn kosten aan materiaal en arbeidsloon, vermeerderd met een zeker percentage. De omstandigheid dat in een

periode van grote schommelingen in de prijzen van materialen het risico van een aanneming aanbesteding à prix fixe ondoenlijk maakt, ofwel de aard van het werk de risico's onoverzienbaar doet zijn, zodat een enigszins betrouwbare begroting niet valt te maken, leidt tot het aangaan van het regie- of premie-contract¹. Naar geldend recht is twijfel gerechtvaardigd, of deze overeenkomst, waarbij het risico vrijwel geheel is verlegd van de aannemer naar de principaal, nog wel onder aanneming van werk kan worden gerubriceerd, en of hier niet eerder van een contractus sui generis, dan wel van een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten moet worden gesproken². De lege ferenda zal men naar mijn mening de regie-overeenkomst onder de aanneming van werk moeten brengen, waarbij de omstandigheid, dat het risico zozeer verplaatst is, slechts deze betekenis heeft, dat partijen door de overeengekomen wijze van vaststelling van de vergoeding in zoverre zijn afgeweken van de normale gevolgen van de aannemingsovereenkomst op dit punt. Deze oplossing heeft het voordeel, dat al de overige voorschriften der wet betreffende de aanneming zonder meer ook op de regie-overeenkomst toepasselijk zijn. Men zou dan, om twijfel uit te sluiten, na de wettelijke definitie een daarop volgende alinea kunnen invoegen, waarin gezegd wordt dat onder een aanneming in de zin van de wet mede begrepen wordt de zgn. regie-overeenkomst.

De tegenwoordige wet bevat geen enkel nader voorschrift omtrent de wijze waarop de aannemer van het werk gehouden is, dat tot stand te brengen. Een bepaling als in art. 364 van het Zwitserse verbintenissenrecht opgenomen, inhoudende, dat de aannemer het werk zelf of onder zijn persoonlijke leiding zal moeten uitvoeren, lijkt mij ook voor ons recht op haar plaats, met dien verstande, dat evenals daar een uitzondering worde gemaakt voor die onderdelen van een werk t.a.v. welke het gebruik bestaat, dat deze bij of door derden worden gemaakt. Men denke aan deuren en trappen enerzijds en

¹ Cremers, *Bouwrecht* blz. 144 e.v.

² Cremers, a.w. blz. 145, die zelf geen partij kiest. Anders Kamp-huisen, die aan de regie-overeenkomst het karakter van aanneming ontzegt, omdat geen bepaalde prijs aanwezig is, a.w. blz. 396.

speciale betonwerken en heiw werken anderzijds. Uiteraard zal dit alles anders zijn waar de aard van het opgedragen werk slechts een strict persoonlijke uitvoering verdraagt, zoals bijv. bij de opdracht tot het vervaardigen van een schilderij of beeldhouwwerk.

De aannemer moet c.q. niet alleen zorgen voor de vervulling van de nodige werkzaamheden, maar zal krachtens wetsbepaling verplicht moeten zijn te zorgen voor de voor het werk benodigde gereedschappen en machines¹. Daarnaast bepale de wet dat, indien in afwijking daarvan de besteder voor een en ander zorgt, deze heeft op te komen voor de schade welke het gevolg is van de aan het ter beschikking gestelde materiaal klevende gebreken, voorzover deze de aannemer niet bekend waren of bekend konden zijn. Hetzelfde geldt voor de stof die bewerkt moet worden, indien deze door de aanbesteder wordt verschaft².

Wanneer er sprake is van een entreprise forfaitaire draagt in beginsel de aannemer het volle risico van het tot stand brengen van het door hem toegezegde resultaat. Hij verbond zich, en is dus verplicht, om op de overeengekomen tijd zijn werk op te leveren, terwijl het intreden van omstandigheden, welke invloed hebben op het kwantum te verrichten arbeid of op de kostprijs van het te gebruiken materiaal voor zijn risico blijven. Of mogelijk bij overschrijding van de opleveringstermijn hem een beroep op overmacht toekomt en of onvoorziene omstandigheden, welke de praestatieplicht van de aannemer verzwaren, zodanig zijn, dat zij invloed dienen te hebben op de normale afwikkeling van de overeenkomst, het zijn algemene vragen van verbintenissenrecht, welke hun oplossing in beginsel behoren te vinden in de algemene leer der verbintenissen uit overeenkomst. Tenzij mogelijk de aard van de aannemingsovereenkomst het wenselijk maakt, een speciale voorziening te treffen in de bijzondere regelen, voor de aanneming van werk op te stellen. Voor wat nu een bijzonder voorschrift voor de overmacht betreft lijkt dat overbodig t.a.v. de oplevering, waartoe de

¹ Aldus Schw. O. R. art. 364 2e lid.

² Vgl. art. 365 Schw. O. R. en § 645 B. G. B. Het Zwitserse voorschrift eist een onmiddellijke kennisgeving aan de aanbesteder van daaraan klevende gebreken.

aannemer is gehouden. Verhindert een hem vreemde oorzaak welke hem niet kan worden toegerekend de oplevering, dan wordt naar algemene beginselen de verplichting daartoe geschorst, als van tijdelijke overmacht sprake is. Is er een zodanige oorzaak, dat uitvoering voor goed onmogelijk wordt, dan kan slechts de vraag rijzen, wie het risico heeft te dragen van de bereids verrichte werkzaamheden en het reeds geleverde materiaal.

Anders ligt de zaak, waar zich omstandigheden voordoen, die de aannemer niet kon of behoorde te voorzien en die ook niet naar overeenkomst of gebruik voor zijn risico komen en tengevolge hebben dat de uitvoering of de verdere uitvoering van het werk onevenredig bezwaarlijk wordt voor den aannemer. Kan dan de aannemer eisen, dat de daardoor veroorzaakte meer-kosten door de aanbesteder worden gedragen? Het is de vraag naar de wenselijkheid van de toepassing in dergelijke gevallen van de leer der „*imprévision*”, die hier aan de orde komt. Die leer heeft speciaal bij aannemingsovereenkomsten veelvuldig erkenning en toepassing gevonden in Frankrijk, en wel waar de Conseil d'Etat daarover had te oordelen t.a.v. de zgn. *contrats administratifs*. Daarentegen heeft de civiele rechtspraak van de Cour de Cassation zich tegen toepassing van die leer steeds verzet. Ook in ons land bleek de jurisprudentie afkerig: de goede trouw vermag niet op te heffen wat partijen zijn overeengekomen.

Intussen is er, naar het mij wil voorkomen, aanleiding t.a.v. het contract van aanneming een bijzondere voorziening te treffen¹. De overeenkomst van aanneming, speciaal waar die betreft de aanneming van belangrijke grond-, water- en bouwwerken, bevat een belangrijk aleatoir element. Hoe precies ook alle factoren berekend zijn, nochtans blijft de als aannemingsprijs opgegeven som tot op zekere hoogte een schatting, is de aanneming voor een deel een sprong in het duister. Dat neemt niet weg, dat de overeenkomst door partijen bedoeld is en blijft als ene,

¹ Onder voorbehoud dat niet ter zake van dit leerstuk in het algemene deel van het overeenkomstenrecht een regeling plaats vindt, die dat overbodig zou maken. Dat er enige regeling zal komen, leid ik af uit de toelichting van Meyers op art. 328 van het ontwerp.

op het resultaat van het tot stand komen van het aangenomen werk gericht. En dat in beginsel ongeacht de kosten die zulks zal blijken mee te brengen voor de aannemer. Deze kan mogelijk meevallers hebben, waardoor van zijn inschrijvingsom een groter bedrag overblijft dan hij calculeerde: het is zijn voordeel, waarmee de aanbesteder niet van doen heeft. Daartegenover staat, dat ernstige tegenvallers, voorzienbaar of niet, voor zijn rekening en risico zijn. Hij kan daarvan de rekening niet presenteren aan de aanbesteder, voorzover niet bijzondere stipulaties hem daarop aanspraak geven. Daarom is een redenering, welke men wel eens in aannemerskringen hoort verkondigen, als zoude in wezen krachtens de aannemingsovereenkomst de aannemer slechts verplicht zijn tot de levering van een kwantum arbeid en goederen, principieel onjuist.

Maar daarmee is niet gezegd dat nu ook elke onvoorzienbare omstandigheid, van hoe uitzonderlijke aard ook, buiten elke schuld van de aannemer intredende, steeds en zonder een enkele uitzondering voor risico van de aannemer zou moeten zijn. Geen rechtssysteem, geen wetgeving heeft ooit een dergelijk rigoureuus schuldrecht t.a.v. de debiteur van een verbintenis op de duur zonder enige uitzondering kunnen handhaven. Ook in ons land zijn er aanduidingen in de rechtspraak van de H.R., dat het pacta servanda toch niet in alle denkbare gevallen als postulaat gesteld zal kunnen blijven, met uitsluiting van elk beroep op de goede trouw. Wat in het bijzonder de aanneming van een werk betreft, uiteraard heeft zich de principiële vraag, hier aan de orde, vrijwel uitsluitend afgespeeld in het zgn. bouwrecht, en is dientengevolge de rechtspraak daarover afkomstig van de arbiters of bindende adviseurs, die ingevolge de standaard-regelingen, die op vrijwel alle bouw-contracten toepasselijk worden verklaard, met de beslechting van geschillen daarover belast zijn. Bij de kennisneming van deze rechtspraak moet men zich er voortdurend van bewust blijven, dat de standaard-condities zelf bepalingen inhouden omtrent bepaalde feiten en omstandigheden, die kunnen leiden tot een extra-vergoeding voor de aannemer, indien deze hem tot grotere uitgaven aan loon of materiaal hebben genoopt, en anderszids, dat de overheid in de na-oorlogse jaren incidenteel

t.a.v. het bouwbedrijf heeft ingegrepen met bepaalde risico-regelingen, die hier verder onbesproken blijven.

Dat er bijzondere regelen in de standaard-condities zijn opgenomen, neemt niet weg dat de principiële regel van de aanneming van werk: de aannemer garandeert de totstandbrenging van het werk, ongeacht de offers die hij daarvoor brengen moet, nadrukkelijk ook in deze condities wordt vooropgesteld. Zo luidt § 3 lid 1 der A.V.: „De aannemer is verplicht het werk uit te voeren naar de bepalingen van de A.V., het bestek en het proces-verbaal van aanwijzing of de nota van inlichtingen, zonder aanspraak op verrekening, bijbetaling of schadevergoeding te kunnen doen gelden dan in de gevallen, waarin dat bepaaldelijk voorgescreven of bedoeld is”¹. Moet men hierin lezen een contractuele uitsluiting van elk beroep op welke bijzondere en abnormale omstandigheid dan ook, welke niet is te brengen onder de in die A.V. genoemde gevallen waarin wel door de aannemer een extra-vergoeding c.q. schadevergoeding kan worden gevorderd? De op dit punt gepubliceerde arbitrale beslissingen lezen dat er niet in. Zo werd in een vonnis van 26 April 1946 overwogen, dat § 3 A.V. doelt op normale en voorzienbare risico's, zodat het ontbreken van een bijzondere regeling omtrent schade, den aannemer in de uitvoering van het werk opgekomen door mobilisatie, oorlogsgevaar, of oorlog, geenszins uitsluit een onderzoek naar de vraag, of in zo'n geval door de aannemer op grond van een onvoorziene, zeer bijzondere omstandigheid een vergoeding kan worden toegekend. En die vraag beantwoordde de Commissie bevestigend, overwegend dat het gebruik in de bouwwereld in een reeks van jaren met zich heeft gebracht, dat abnormale risico's, d.w.z. zodanige als niet te berekenen zijn en waartegen met zich niet kan verzekeren, ten laste van de aanbesteder moeten worden gebracht². En bij vonnis van 2 Februari 1951³ werd beslist, dat het oorlogsrisico van het ingrijpen van de bezetter naar billijkheid en goede trouw ten laste van de aanbesteder moet komen. In 1949 wordt bij een geschil over een aanneming in 1939 gesloten de over-

¹ Gelijkluidend: Genie.

² A. R. October 1951, blz. 583.

³ A. R. April 1951.

weging van 1946 herhaald, dat het algemeen gebruik heeft meegebracht dat abnormale risico's, die niet te berekenen zijn en waartegen men zich niet kan verzekeren, voor rekening zijn van de aanbesteder. Daarom werd geoordeeld dat de stijging van de kosten van de aanvoer van zand als gevolg van defensie-maatregelen door de aanbesteder moest worden geleden¹. Uit de Jaarverslagen van de Raad van Arbitrage moge ik enige beslissingen op dit stuk vermelden.

De aanwezigheid van allerlei obstakels, als houten palen, funderingen en beschoeiingen in de funderingsput, die een verrassing was voor de directie, en voor de aannemer volkomen onvoorzienbaar, moet naar gebruik en billijkheid voor rekening van de aanbesteder worden gebracht².

Prijsverhogingen en prijsstijgingen die het gevolg waren van de oorlog, werden enige malen als onvoorzienbare omstandigheden en zeer bijzondere risico's voor rekening van de aanbesteder gebracht op grond van de billijkheid en de aard van de betrokken aannemingsovereenkomst³. In één geval werd daarbij overwogen, dat de aannemer dit risico niet had kunnen incalculeren.

Naar het schijnt, werd in een beslissing van 1952⁴ van een principieel tegengesteld standpunt uitgegaan, toen een vordering tot vergoeding van mobilisatie- en oorlogsschade terzake van een in 1939 gesloten overeenkomst, steunende op een beroep op 1374, 1378 en 1375 B.W., werd afgewezen met de overweging, dat een dergelijke vordering, niet voortvloeiende uit enige uitdrukkelijke stipulatie in voorwaarden of bestek, nu § 3 A.V., dat *ipsis verbis* bepaalt, niet voor toewijzing vatbaar is⁵.

Zoals uit deze rechtspraak blijkt, is van een geheel vaste lijn geen sprake. Wanneer een beroep op buitengewone omstandigheden die de uitvoering van de overeenkomst verzwaard hebben wordt aanvaard, geschiedt dat her-

¹ Het enkele feit dat de aannemer van een achteraf onjuist gebleken praemissie is uitgegaan, blijft voor zijn rekening: A. R. 16 April 42, A. R. 289.

² Jaarversl. 1940 nr. 1200, aldus ook impliciet: Jaarverslag 1946—1947 no. 1239.

³ Jaarversl. 1946—1947, nrs. 1342 en 1407 en 1404.

⁴ 4 Nov. A. R. 53, blz. 1.

⁵ Vgl. Jaarversl. 51, 52, blz. 29.

haaldelijk met de motivering dat zulks gebruik is geworden en dat het billijk is, die omstandigheden, wat hun financiële nadelen voor de uitvoering van het werk betreft, ten laste van de aanbesteder te brengen.

In tegenstelling tot onze wet bevatten enkele buitenlandse wetboeken een uitdrukkelijke bepaling omtrent de invloed van onvoorziene, de uitvoering van de aanneming verzwarende omstandigheden, op de aanneming van werk. Het Zwitserse wetboek bepaalt, dat, indien buitengewone omstandigheden, welke niet te voorzien waren, of die naar de voorstelling van beide partijen uitgesloten waren te achten, de voltooiing van het werk verhinderen of buitenmatig verzwaren, de rechter alsdan de bevoegdheid heeft om, zoals hij juist en redelijk zal oordelen, de aannemingssom te verhogen dan wel de overeenkomst te ontbinden¹. Het Italiaanse wetboek spreekt kortweg van onvoorziene omstandigheden, welker intreden de kosten van materialen of lonen met meer dan 10 % van de aannemingssom hebben doen stijgen of dalen en opent in dat geval voor aannemer c.q. aanbesteder de mogelijkheid om voor de stijging resp. daling boven resp. beneden die 10 % een vermeerdering of vermindering van de aannemingssom te vorderen. Ontstaan moeilijkheden in de uitvoering door geologische of andere bodemgesteldheden, niet voorzienbaar voor partijen, welke het werk van de aannemer aanzienlijk zwaarder maken, dan heeft deze aanspraak op een billijke vergoeding. Daarnaast regelt art. 1672 de gevolgen van het onmogelijk worden van het werk door een vreemde, aan geen der partijen toe te rekenen oorzaak. De overeenkomst vervalt dan en de aan-

¹ Art. 373. Wurde die Vergütung zum Voraus genau bestimmt, so ist der Unternehmer verpflichtet das Werk um diese Summe fertig zu stellen und darf keine Erhöhung fordern, selbst wenn er mehr Arbeit oder grössere Auslagen gehabt hat als vorgesehen war. Falls jedoch ausserordentliche Umstände, die nicht voraus gesehen werden konnten oder die nach den von beiden Beteiligten angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren, die Fertigstellung hindern oder übermässig erschweren, so kann der Richter nach seinem Ermessen eine Erhöhung des Preises oder die Auflösung des Vertrages bewilligen.

Der Besteller hat auch dann den vollen Preis zu bezahlen, wenn die Fertigstellung des Werkes weniger Arbeit verursacht als vorgesehen war.

besteder moet het reeds gemaakte werk betalen, voorzover hij daardoor gebaat is, in evenredigheid van de prijs voor het gehele werk ¹.

Men ziet, dat het eerste van de genoemde Italiaanse wetsvoorschriften niet kan worden aangemerkt als een regel omtrent de *imprévision*, zoals deze in de rechtsdogmatiek bekend is. Het is veeleer een bepaling die beoogt een rechtvaardige verhouding tussen de praestaties, welke is verstoord door niet in de overeenkomst verdisconteerde, immers niet voorziene omstandigheden, te herstellen. Daarbij wordt een bepaalde marge naar boven en beneden aangenomen, met toepassing van de gedachte, dat terwille van de stabiliteit van eenmaal gesloten overeenkomsten een verhoging resp. verlaging van het prijsniveau tot 10 % van geen invloed moet zijn, doch voor het daarboven uitgaande de rechter kan worden geadieerd. Als deze verklaring juist is, volgt daaruit aanstonds, dat een regeling naar dit Italiaanse voorbeeld van onze overeenkomst van de aanneming volkomen in strijd is met het uitgangspunt van ons Nederlandse contractenrecht en met de definitie van de aannemingsovereenkomst zoals deze nu luidt en met die, zoals die naar mijn oordeel in de toekomst zal moeten luiden. De leer van het *justum pretium* is in ons recht niet herleefd en ik ben van oordeel, dat de wetgever haar niet moet doen herleven, ook niet bij de overeenkomst van aanneming. Daartegen pleiten bij de aanneming van werk, behalve argumenten ontleend aan de algemene rechtspolitiek op het gebied van het burgerlijk recht, ook grote praktische bezwaren. In het belang immers zowel van aannemer als aanbesteder is het gewenst, dat aan hun overeenkomst niet dan in uiterste noodgevallen worde getornd. Ook als men niet toegeeft, dat een contract *for better and worse* wordt gesloten en elke uitzondering daarop eigenlijk is een wijken van het recht voor te grote hardheid, zal men toch niet licht er toe komen, de uitzonderingen op de regel, die naar het Italiaanse voorschrift mogelijk zijn, te aanvaarden. Een aannemer zou bepaaldelijk risico gaan lopen door bij de aanneming het nodige materiaal als aanstonds vast te leggen: de prijzen zouden immers wel eens kunnen

¹ Codice civile 1664.

dalen en wel zodanig, dat zijn aannemingssom in gevaar zou komen door een prijsherziening. Omgekeerd, en dat zou waarschijnlijk nog veel meer voorkomen, zou de aanbesteder, die voor een bepaalde prijs een aanneming van werk contracteert, een bepaald aanmerkelijke kans kunnen lopen, belangrijk meer te moeten betalen dan hij had afgesproken, in het bijzonder, wanneer de aannemer, gelijk hij bij het bestaan van een bepaling als besproken geneigd zal zijn te doen, heeft nagelaten, zich door vóórkoop van de nodige materialen te voorzien. Nu zou men kunnen aanvoeren, dat in normale tijden dergelijke prijschommelingen zo groot niet zullen zijn. Maar dan is het voorschrift ook van weinig belang! Het voorziet juist de mogelijkheid van vrij grote prijsmutaties.

Lijkt mij op al deze gronden een mogelijkheid van herziening, naar beide kanten, van de aannemingssom op grond van prijschommelingen, veroorzaakt door onvoorziene omstandigheden, verwerpelijk, dan blijft te bezien of niet navolging van het Zwitserse voorbeeld aanbeveling verdient. Daartoe is het gewenst, in het kort na te gaan hoe in de practijk de grenzen van een beroep op art. 373 O.R. getrokken worden.

Allereerst dient opgemerkt dat het voorschrift regelend recht inhoudt, zodat de aannemer afstand kan doen, van tevoren, van een beroep daarop. Zodanige afstand is gelegen in een beding, krachtens hetwelk de aannemer het risico van overmacht (*höhere Gewalt*) op zich neemt¹. Het begrip van de niet voorzienbare buitengewone omstandigheden omvat echter niet slechts gevallen van overmacht, d.w.z. onvoorziene, onafwendbare gebeurtenissen² als overstromingen, brand door blikseminslag e.d., of niet te voorziene stakingen van grote omvang, maar daarnaast bijv. ook het aantreffen van een volkomen ongekende en onkenbare bodemgesteldheid³, en in het algemeen zodanige verzwarende omstandigheden, als waarmee de aannemer normaliter niet behoefde rekening te houden.

De toevoeging van „omstandigheden die in de vóóronderstelling van de partijen uitgesloten waren,” als grond voor rechterlijk ingrijpen in de overeenkomst geschiedde

¹ Vgl. B. G. E. 15, blz. 448 e.v.

² Vgl. B. G. E. 16, blz. 337.

³ Vgl. B. G. E. 262, blz. 660.

bij de herziening van het O.R., waarbij speciaal gedacht werd aan een aannemingsovereenkomst, op basis van een bodem-expertise gesloten ¹.

Als de aldus aangewezen omstandigheden prijsverhogingen tengevolge hebben, kan het artikel toepassing vinden. Een voorbeeld levert de overeenkomst omtrent de verwarming van localiteiten tegen een bepaalde prijs, gedurende welke uitvoering in de oorlog de kolenprijzen enorm opliepen ².

Van belang is, dat de genoemde omstandigheden een bovenmatige belemmering of verzwaring van het werk tengevolge moeten hebben, wil van een beroep op het artikel sprake zijn. Onvoorziene hogere uitgaven als zodanig zijn steeds voorzienbaar in die zin, dat een verstandig aannemer daarmee rekent, althans daarmee behoort te rekenen en terzake een bedrag in zijn prijsberekening opneemt. Slechts wanneer de uitgaven zo omvangrijk worden in verhouding tot de aannemingssom, dat zij niet meer als een normale overschrijding van de geraamde kosten kunnen worden beschouwd, rechtvaardigen zij, mits de veroorzakende omstandigheden voldoen aan de bovenvermelde criteria, een beroep op de rechter. Bij een aanneming waarbij het aangenomen werk in een korte periode moet opgeleverd worden is in de regel de ontwikkeling van de situatie en de verhoudingen wel voorzienbaar te achten, zodat dan niet licht een beroep op art. 373 2e lid zal slagen ³.

Het is de rechter en niet de requestrerende aannemer, die, zo hij het beroep op zichzelf gerechtvaardigd acht, vrijelijk beslist, welke van beide rechtsgevolgen zal intreden, prijsverhoging of ontbinding. Zijn beslissing is nochtans evenals die van de Nederlandse rechter bij de toepassing van 1302 B.W. zuiver declaratoir ⁴. Het beroep kan ook gedaan worden na de oplevering van het werk en alsdan heeft alleen een prijsverhoging zin ⁵.

Uit deze opsomming van de beperkingen welke de rechtspractijk in Zwitserland uit art. 373 interpreteert,

¹ Oser, *Kommentar ad art. 373 Anm. 4 lit. b.*

² B. G. E. 472 316 e.v.

³ *Kommentar dr. Becker*, VI, O. R. 2e Abt, blz. 491.

⁴ B. G. E. 482. 1242 v.

⁵ *Kommentar dr. Becker*, t.a.p.

blijkt wel dat de grondslag van de bepaling is te vinden in de doctrine van de *imprévision*. Het is het bijzondere, min of meer aleatoire karakter van de aannemingsovereenkomst, die toepassing van die doctrine t.a.v. speciaal de aanneming van werk motiveert. Het Zwitserse voorschrift maakt daarbij geen beperking tot de typische bouwtechnische belemmeringen en andere verzwaringen van de door de aannemer op zich genomen taak, maar formuleert zijn regel algemeen en bestrijkt dus ook niet voor de aanneming typische gevallen van overmacht en onvoorzienbaarheid. Waar nu naar algemene regelen van overmacht van de schuldenaar niet onder alle omstandigheden gevergd kan worden, dat hij voluit het risico van prijsverhogingen draagt, komt het mij praktisch de juiste oplossing voor, in dit opzicht het Zwitserse voorbeeld te volgen. Den aannemer waren dienovereenkomstig een aanspraak op prijsverhoging toe te kennen als er onvoorziene, buitengewone omstandigheden intreden, welke de uitvoering of de verdere uitvoering van het werk buiten verhouding bezwaarlijk maken. In overeenstemming evenwel met hetgeen meer dan eens in de arbitrage Bouwbedrijven werd betoogd, zou ik drie nadere beperkingen willen stellen:

- 1e. dat de rechter, een redelijke verhoging van de prijs toekennende, steeds slechts een gedeelte van de totale ten laste van de aannemer komende prijsverhogingen daarin mag begrijpen;
- 2e. dat die prijsverhogingen slechts zullen kunnen worden toegekend vanaf het ogenblik waarop het verzoek daartoe door de aannemer aan de rechter wordt gedaan, m.a.w. niet zullen kunnen lopen over reeds op dat ogenblik gedane werkzaamheden.
- 3e. dat de ingeroepen omstandigheden zodanig moeten zijn, dat de aannemer zich daartegen redelijkerwijze niet heeft kunnen wapenen of verzekeren.

Ter adstructie hiervan diene, wat het onder 1e bepaalde betreft, dat in elk geval tot een bepaald bedrag en wel een zodanig, als hetwelk een verstandig aannemer voor onvoorziene tegenvallers reserveert, vergoeding niet dient plaats te vinden.

Wat betreft punt 2, ik oordeel het onaanvaardbaar voor de aanbesteder, dat hem na afloop van het werk een

rekening voor prijsverhogingen ter honorering wordt voorgelegd, terwijl hij mogelijk, was hem hiervan tevoren mededeling gedaan, de voorkeur zou hebben gegeven aan een tussentijdse ontbinding van de overeenkomst of een vereenvoudiging van het werk.

De derde beperking ontleende ik aan de rechtspraak van de Raad van Arbitrage, hiervóór besproken.

Moet evenals in de Zwitserse bepaling bij een verzoek om prijsverhoging de rechter de bevoegdheid hebben, deze op te leggen of, ter zijner discretie, de overeenkomst te ontbinden? Of moet mogelijk de aanbesteder, indien de prijsverhoging wordt toegestaan, het recht toegekend worden, eenzijdig de overeenkomst te ontbinden? Bij deze vraag zij opgemerkt, dat uiteraard de aanbesteder ook na toegestane prijsverhoging het recht heeft, de aanneming door opzegging te beëindigen, waarna hij den aanbesteder slechts zal hebben te voldoen de herziene aannemingssom, verminderd met het saldo der nog reëel te maken kosten. Het is dan ook niet aan een zodanige liquidatie, waaraan ik denk, in dit verband sprekende van een ontbinding door de rechter ofwel door de aanbesteder. De hier bedoelde ontbinding is een waarachtige ontbinding: de overeenkomst is als gevolg van de ingetreden omstandigheden niet meer uit te voeren zoals zij is gesloten, althans, de rechter heeft daartoe de aannemer niet verplicht gemaakt, en daarom bepaald, dat nakoming slechts verlangd zal kunnen worden tegen een bepaalde prijsverhoging. Dat nu de rechter op deze wijze tevens de aanbesteder desgewenst zou kunnen binden aan die hogere prijs en deze dus tegen zijn wil een grotere verplichting zou kunnen opleggen dan hij blijkens zijn contract heeft willen aanvaarden, lijkt mij onaanvaardbaar. Het zijn de partijen die de overeenkomst moeten maken, niet de rechter. En als de rechter wordt gemachtigd, de te zeer benarde schuldenaar-aannemer van een al te zware druk der verbintenis te bevrijden, dan moet dat geschieden door hem het recht te geven, zijn verplichting slechts na te komen, indien de wederpartij bereid is, dat meerdere te geven¹. Daaruit

¹ Vgl. de bezwaren, bij de behandeling van de Pachtwet ingebracht tegen het verandering brengen in een overeenkomst van partijen door de rechter.

volgt, dat naar mijn oordeel de aanbesteder, ingeval de prijsverhoging wordt toegestaan, de keus heeft, óf om daarmee accoord te gaan, ófwel te opteren voor ontbinding. Uiteraard zal hij verplicht moeten worden, binnen redelijke termijn voor de ontbinding te opteren, bij gebreke waarvan de aanneming tegen de verhoogde prijs hem zal binden. In de wetsformulering dient de termijn met aanwijzing van de gevolgen bepaald te worden.

Intussen rijst de vraag, hoe, voor het geval de aanbesteder de overeenkomst op deze grond ontbindt, de afrekening van het reeds tot stand gebrachte gedeelte van het werk moet geschieden. Diezelfde vraag komt aan de orde als door overmacht de voltooiing van het werk uitblijft. Men kan dan deze oplossing overwegen, dat ieder der partijen haar eigen verlies en schade draagt, met dien verstande dat de aannemer in elk geval aanspraak zal kunnen maken op de waarde waarmee de aanbesteder is verrijkt. Bij nadere beschouwing valt evenwel te bedenken, dat er zich gevallen kunnen voordoen, waarin het redelijk is de aanbesteder het reeds verrichte werk geheel of gedeeltelijk te doen betalen naar verhouding van de gehele aannemingssom, bijv. wanneer de oorzaak van de verhindering van de opbouw geheel valt in de risicosfeer van die aanbesteder. Dat is o.a. het geval wanneer het erf van de aanbesteder, waarop het werk in uitvoering is, door een ramp wordt getroffen waardoor verdere voortgang onmogelijk wordt. In dergelijke gevallen is er m.i. aanleiding tot een oplossing, welke ik reeds hiervoor bepleitte voor de eventualiteit dat het gebouwde door een oorzaak, gelegen buiten de schuld van één der partijen, vóór de oplevering en aanvaarding is teniet gegaan. Als men met mij als juist aanvaardt, dat dan de eigenaar het risico draagt, is het gelijkelijk aanvaardbaar, met het risico van de niet-voortzetting van het werk door overmacht hem te belasten, tot wiens risicosfeer de oorzaak van de verhindering is te rekenen. Een scherpe formulering is hier niet wel mogelijk. Men zoude kunnen overwegen een bepaling, krachtens welke den aannemer slechts wordt vergoed de waarde waarmee de aanbesteder is verrijkt, tenzij de rechter op grond van gebruik, overeenkomst of billijkheid mocht oordelen, dat het risico van

de ontbinding van de overeenkomst of de onmogelijkheid van derzelver verdere uitvoering geheel of ten dele op de aanbesteder behoort te rusten, in welk geval hij deze laatste zal veroordelen tot de betaling van de aannemingsom of een evenredig deel daarvan ¹.

Het Duitse en het Zwitserse wetboek ² wijden nog enige bijzonder voorschriften aan de gevallen, waarin de aannemer het werk niet op tijd of niet behoorlijk oplevert, bepalingen, waarin de aanbesteder behoudens een enkele uitzondering de keuze wordt gegeven om alsdan de overeenkomst te ontbinden (*Wandelung*), ofwel om een vermindering van de aannemingsom te verkrijgen. Aangezien naar ons recht degene tegen wie wanprestatie wordt gepleegd naar de algemene regelen de keus heeft tussen ontbinding en schadevergoeding *tout-court*, en eenzelfde regeling, naar aangenomen mag worden, ook in het nieuwe wetboek zal worden opgenomen, lijken dergelijke bijzondere regelen voor de toekomstige normering van de aannemingsovereenkomst overbodig. Dat geldt m.i. ook voor een voorschrift als art. 366 O.R. inhoudt, bepalende dat ingeval met zekerheid is te voorzien dat een slechte of vertraagde uitvoering en/of oplevering van het werk te wachten staat, de aanbesteder het recht heeft, de aannemer met inachtneming van een redelijke termijn te sommeren tot herstel van diens verzuim, onder aanzegging, dat bij niet voldoening daaraan het afmaken van het werk aan derden zal worden opgedragen. Immers reeds thans kan ook ten onzent eenzelfde procédé worden toegepast krachtens de regelen van het verzuim en het daaraan ontleende recht op ontbinding met schadevergoeding ³.

De aannemer die met zijn bouwstoffen en zijn arbeid op de grond van de aanbesteder een werk tot stand brengt levert aan die aanbesteder evenals een verkoper van roerende goederen vermogenswaarden tegen belofte van tegenwaarde in geld. Maar, wat bij de verkoper soms kan gebeuren, overkomt den aannemer regelmatig: zijn mate-

¹ Die regel zou soortgelijk zijn aan die van 1638d B. W., zoals deze toepassing vindt en zoals het daarin gelegen rechtsbeginsel elders wordt gehanteerd.

² B. G. B. §§ 633—637; Schw. O. R. art. 368.

³ Aldus dan ook de rechtspraak ten onzent bij aanneming.

riaal wordt bestanddeel van een onroerende zaak en voor zijn tegenvordering, de aannemingsom, heeft hij geen enkel hem werkelijke zekerheid gevend voorrecht¹.

Het B.G.B. had in zijn eerste ontwerp ten opzichte van deze positie-als-crediteur van de aannemer geen enkele bijzondere voorziening getroffen: de aannemer had slechts een niet op het door hem gestichte bouwwerk boven andere crediteuren bevoorrecht verhaalsrecht. Daartegen rezen van ondernemerskant protesten. Men oordeelde, dat in de regeling van het „Werkvertrag” op de een of andere wijze een voorziening moest worden getroffen, waardoor de aannemer zich een bevoorrechte positie kon verschaffen. Gevolg van deze actie is geweest, dat in het wetboek § 648 is opgenomen, de aannemer van een bouwwerk het recht toekennende, voor de vorderingen, hem komende uit hoofde van de overeenkomst van aanneming een „Sicherungshypothek” te eisen op het bouwperceel. Ook wanneer het werk nog in uitvoering is, heeft hij dat recht, en dan tot een bedrag, evenredig aan de reeds verwerkte materialen en de verrichte arbeid².

Zoals uit de tekst duidelijk blijkt, is hier geen sprake van een wettelijke hypotheek, welke overigens in het Duitse Grundbuchsystem al evenmin zou passen als in ons hypotheekrecht. Weigert de aanbesteder zijn medewerking aan het tot stand brengen van het zekerheidsrecht door het meewerken aan een acte van hypotheekverlening, gevolgd door inschrijving, dan zal de aannemer hem daartoe door een vordering in rechte kunnen dwingen, waarbij hij zorgen kan, dat de hem bij vonnis toe te kennen hypotheek al rang neemt bij het begin van zijn actie, door zich door middel van een „einstweilige Verfügung” het recht van „Vormerkung” in het Grundbuch te verzekeren³.

Aangezien evenwel volgens de genoemde wetsbepaling des aannemers aanspraak eerst ontstaan kan nadat het gebouw of althans een deel daarvan is gesticht, is de praktische betekenis van dit recht op hypotheek zeer gering. Het zijn immers juist de niet-kapitaalkrachtige aanbe-

¹ Het aan een beperkte kring van „bazen” toegekkende voorrecht is van geen praktische betekenis (art. 1185⁸ B. W.).

² Vgl. Palandt, Bürg. Gesetzbuch, 12e ed., ad § 648.

³ Palandt, t.a.p.

steders, tegen wie het hier bedoelde hypotheekrecht de aannemer bescherming moet geven, en deze zullen veelal het bouwperceel al bezwaard hebben met andere hypothecaire inschrijvingen, die dan gaan boven die, welke den aannemer toevalt ¹.

Evenmin als het recht bedoeld in § 648 B.G.B. heeft in ons wetboek het bijzondere voorrecht van art. 1185⁸ enige praktische betekenis, ja het geeft nog minder waarborg dan het Duitse hypotheekrecht, nu het als wettelijk voorrecht bij alle bedongen voorrechten op het pand achterstaat.

Toch is er, wel gezien, alles te zeggen voor de redering, dat het billijk is, den aannemer tot het bedrag waarmee hij de waarde van het bouwperceel met zijn arbeid en materiaal heeft doen stijgen een bevoorrechte positie als crediteur toe te kennen vóór alle, en dus ook vóór de reeds vóór de aanneming op het bouwterrein bevoorrechte crediteuren. Hoe echter hem deze positie te verschaffen? Zou hij een recht van opstal op het bouwperceel bedingen om de eventuele koper bij executoriale verkoop van het perceel met het inmiddels daarop door de aannemer gebouwde te nopen hem de waarde van de opstal te vergoeden, dan zou dat geen effect hebben tegen hypotheekhouders, ouder in recht dan die aannemer-opstaller. Die hypotheekhouders zouden immers gaan veilen een perceel vrij van opstal, nu zij een zakelijk recht verwerven op een eigendomsrecht, niet bezwaard met dat opstalrecht.

Een andere mogelijkheid ware een beding van de aannemer, dat het door hem te stichten gebouw zijn eigendom zal blijven en dus niet de regel van natrekking zal volgen, indien men tenminste niet, zoals de H.R. schijnt te oordelen, een gebouw aanmerkt als een bestanddeel van de grond ². Intussen zal, aangezien de nieuwe regelen van aanneming tezamen met het nieuwe B.W. van kracht

¹ Vgl. Staudiger, Kommentar zum B. G. B. ad § 648, I. 1. in fine. Een verdergaande bescherming geeft het Reichsgesetz van 1 Juni 1909, welke wet evenwel slechts voor die gemeenten geldt, waar zij door landsheerlijke verordening van kracht wordt verklaard. De aannemer kan volgens die wet uiterlijk een maand na de afbouw een Bauvermerk doen inschrijven, preferentie gevende vanaf de datum van het begin van de bouw, vgl. Staudiger ad § 648, I. 2 en 3.

² H. R. 11 Dec. 1953, N. j. 54, nr. 115 met noot Drion.

moeten worden als onderdeel daarvan, de vraag naar de geldigheid met zakelijk effect van zo een beding niet getoetst moeten worden aan het tegenwoordige recht, maar aan de desbetreffende regelen van dat nieuwe wetboek, en wel met name aan de artikelen 2 en 3 van de eerste titel van Boek 3 van het ontwerp-Meijers.

Daaruit blijkt, dat een gebouw dat met de grond zodanig is verbonden dat het daarvan niet kan worden afgescheiden zonder beschadiging of verbreking van de hoofdzak, als bijzaak een bestanddeel van de grond zal zijn, waarop derhalve geen afzonderlijke rechten zullen kunnen worden gevestigd¹. Intussen heeft Meijers in art. 3 lid 3 het voor de verkoper van een roerende zaak mogelijk gemaakt, zich t.a.v. een door hem verkochte en geleverde zaak aan deze consequentie te onttrekken, door zich bij de akte van verkoop de eigendom voor te behouden totdat zijn koopprijs volledig is betaald. Wordt zodanige akte ingeschreven in de openbare registers voordat de verkochte zaak door een nagelvaste verbinding tot een bijzaak en dus tot een bestanddeel is geworden van de onroerende zaak, waaraan ze dienstbaar moest worden gemaakt, dan blijft de eigendom bij de verkoper ondanks de daaropvolgende „inlijving”. Blijkbaar heeft de ontwerper, behalve aan de verkoper, alleen gedacht aan de bruikleengever of bewaargever en voor deze laatste twee, geenszins om principiële, slechts om praktische redenen eenzelfde procédé niet voorzien². Ten gunste van een aannemer die zijn materialen zelf tot bijzaak vormt van eens anders zaak en daarmee eventueel t.a.v. zijn verhaalsrecht zijn eigen graf graaft ware echter naar mijn mening alle aanleiding tot het scheppen van een gelijksoortige mogelijkheid als den verkoper van roerende zaken is gegeven. Immers ook hij levert roerende zaken op crediet, zozeer dat het R.R. de figuur van aanneming van werk met bijlevering van de materialen als een koop, zij het van het eindproduct, beschouwde. Voelt men met mij voor het openen van deze mogelijkheid, dan zou be-

¹ Vgl. de toelichting, blz. 161: „Beplantingen en opstallen zijn meestal wegens hun organische of mechanische verbinding met de grond als een bestanddeel van de grond aan te merken”, en voorts de noot Drion bij het in de vorige noot geciteerde arrest.

² Toelichting §. 1. 1. 3, blz. 163.

paald kunnen worden, dat de aannemer die bij de aannemingsovereenkomst bedingt dat de eigendom van het door hem te leveren gebouw bij hem zal verblijven totdat zijn aannemingssom betaald is, de daarvan opgemaakte acte zal kunnen doen inschrijven vóór het begin van de bouw, zodat alsdan de gevolgen van de natrekking niet zullen intreden. Het practische gevolg daarvan zal dan zijn, dat ingeval van déconfiture van de aanbesteder diens crediteuren tot overeenstemming zullen moeten komen met de aannemer, alvorens het bouwperceel met het daarop gestichte gebouw te kunnen gaan verkopen.

In § 4 kwam de vraag ter sprake of, indien inderdaad in de artt. 1641 en 1643 B.W. geen verplichting tot opneming c.q. goedkeuring van het werk is neergelegd op het ogenblik waarop de aannemer „oplevert”, zulk een plicht in een nieuwe wettelijke regeling op haar plaats zou zijn, en daarnaast, of het verzuim t.a.v. zo'n verplichting dezelfde gevolgen omtrent stel- en bewijsplicht zou moeten hebben als een aanvaarding. Onze wet bevat daaromtrent niets¹. Het B.G.B. evenmin. Ik ben van oordeel, dat van een debiteursverplichting in eigenlijke zin hier geen sprake kan zijn. De crediteur die de hem verschuldigde praestatie niet in ontvangst neemt schendt geen verplichting, heeft slechts de gevolgen van zijn crediteursverzuim te ondergaan. Het aanvaarden van de verplichting tot opneming van het werk als een echte debiteursplicht zou meebrengen, dat alle gevolgen van het niet-nakomen daarvan zouden intreden. Met name het recht op ontbinding, de exceptio non-adimpleti contractus, eventuele onrechtmatigheid van de niet-nakoming t.o. derden. Ook de standaard-condities voor bouwwerken spreken niet met zoveel woorden van een verplichting des aanbesteders tot opneming, beschouwen dat veeleer als een recht². Het komt mij bepaald ongewenst voor om

¹ Anders Kamphuisen, a.w. blz. 399, die de plicht in 1643 leest, door het „nalatig” in de technisch juridische zin van de artt. 1279 e.v. B. W. te duiden.

² A. A. V. § 39, A. V. § 9; Genie § 37. Uit § 39 lid 2 A. A. V. leest men veeleer een verplichting van de aannemer om bij de opneming tegenwoordig te zijn, bij gebreke waarvan de directie het recht heeft, het werk buiten tegenwoordigheid van de aannemer op te nemen.

in een nieuwe wettelijke regeling de aanbesteder tot debiteur van de verplichting tot opneming te stempelen. Hij heeft veeleer een recht daartoe, een recht van contrôle, dat hem ook al moet worden toegekend gedurende het werk, opdat hij kan controleren, of de aannemer behoorlijk voortgang maakt met het werk en de uitvoering correct geschiedt¹. Terecht m.i. stelt dan ook art. 1665 Codice Mussolini voorop, dat de aanbesteder *het recht* heeft van opneming² en kent het daarnaast hem de bevoegdheid van contrôle ook gedurende het werk toe³, een recht dat ook het Schw. O.R. in art. 366 veronderstelt, als het overeenkomstig het Italiaanse voorschrift aan verzuim en vertraging in de uitvoering een recht op ontbinding aan de aanbesteder geeft. Wel spreekt daarop het art. 367 van een verplichting van de aanbesteder, om bij de oplevering, d.i. de aanbidding van het werk, de kwaliteit daarvan te onderzoeken „sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist”, en om dan de aannemer van eventuele gebreken en tekortkomingen in kennis te stellen, maar dat onderzoek is slechts middel voor de aanbesteder om hem de gelegenheid te geven tijdig te reclameren. Van een verplichting in eigenlijke zin is dus geen sprake: wil de aanbesteder zijn recht behouden om bezwaren te maken tegen de wijze waarop de aannemer blijkens zijn oplevering aan zijn verbintenis meent te kunnen voldoen, dan zal hij verplicht zijn het werk te bekwamer tijd op te nemen⁴. Hieruit volgt, dat in essentie de regelingen van Italië en Zwitserland op het besproken punt overeenstemmen: het opnemen van het werk is geen verplichting van de aanbesteder als debi-

¹ Vgl. § 44. A. A. V.; § 4 A. V. lid 6, welke van de praemisse van zodanig contrôlerecht uitgaan.

² Vgl. voor de tekst blz. 181, noot 1.

³ Art. 1662: Il committente ha diritto di controllare lo svolgimento dei lavori e di verificarne a proprie spese lo stato. Quando nel corso dell'opera si accerta che la sua esecuzione non procede secondo le condizioni stabiliti dal contratto e a regola d'arte, il committente può fissare un congruo termine entro il quale l'appaltatore si deve confermare a tali condizioni; trascorso inutilmente il termine stabilito, il contratto è risoluto, salvo il diritto del committente, al risarcimento del danno.

⁴ O. R. II erläutert van dr. H. Becker, blz. 473: „Das Gesetz spricht von einer Prüfungspflicht; wie beim Kauf, ist die Prüfung aber nur Mittel zur Erfüllung der Rückpflicht...”.

teur, maar een hem toegekend recht, dat hij echter moet uitoefenen, wil hij zijn verweren tegen het aangebodene op grond van daaraan klevende onvolkomenheden handhaven.

Het wil mij nu voorkomen, dat een regeling als hier bedoeld speciaal bij de aanneming van werk aanbeveling verdient. Het aannemingscontract heeft betrekking op het creëren van een specifiek object, het opleveren van een speciaal door partijen ad hoc omschreven werk. Het is daarom redelijk, dat, als de aannemer oordeelt het hem opgedragene behoorlijk te hebben verricht, en het resultaat van zijn werk daarop aan zijn wederpartij aanbiedt, deze zich over de vraag of inderdaad ook naar zijn mening het aangebodene aan de overeenkomst voldoet, uitlaat en eventueel zijn bezwaren tegen aanvaarding van de praestatie kenbaar maakt. De aannemer kan dan beoordelen, in hoeverre het voor hem geraden is, die bezwaren te ondervangen, ofwel of hij zijn wederpartij zal trachten te overtuigen, dat diens tegenwerpingen goede grond missen. Een eventueel debat wordt aldus beperkt tot die concrete punten, die door de aanbesteder naar voren worden gebracht. Maakt de aanbesteder van dit contrôlerecht geen gebruik, dan is het geen hardheid, om hem vanaf dat ogenblik de gelegenheid te ontnemen, alsnog later met aanmerkingen aan te komen betreffende onvolmaakt-heden, welke hij bij contrôle aanstonds had kunnen en moeten aanwijzen. Uiteraard zal hem moeten open blijven een beroep op fouten welke hij bij de verzuimde contrôle redelijkerwijze niet had kunnen ontdekken.

Op grond van een en ander lijkt mij, dat een tweetal bepalingen als het Italiaanse wetboek op dit stuk inhoudt ook in onze toekomstige regeling van het aannemingscontract behoren te worden geïncorporeerd. En wel met dezelfde constructie van de door de aanbesteder te verrichten opneming: deze blijve een recht aan de aanbesteder toegekend, geen hem opgelegde contractuele plicht. Het niet nakomen daarvan zal dus geen wanpraestatie opleveren, welke de aannemer recht zou geven op ontbinding der overeenkomst, of op enig ander verweer tegen de aanbesteder, gegrond op diens wanpraestatie. Natuurlijk zal het de partijen bij de aannemingsovereenkomst blijven vrijstaan, het opnemen van het werk bepaaldelijk als een

positieve contractsverplichting aan de aanbesteder op te leggen, waardoor naast de bovenomschreven gevolgen van het nalaten van contrôle ook die van wanpraestatie zullen kunnen worden ingeroepen.

Bij geen enkele andere wederkerige overeenkomst is de cessie of verpanding van de aanspraak van een contractspartij bij een wederkerige overeenkomst op de bedongen geldsom zozeer aan de orde van de dag als bij het aannemingscontract t.a.v. de aannemingssom het geval is. Veelal wordt reeds aanstonds bij of kort na het tot stand komen van de overeenkomst door de aannemer gecedeerd. Als dan gedurende de uitvoering van het contract, krachtens de bepalingen daarvan, den aanbesteder in verband met een onjuiste of vertraagde uitvoering der aanneming aanspraken opkomen op schadevergoedingen of bedongen boeten, rijst de vraag, of de aanbesteder deze bij het opeisbaar worden van de door hem verschuldigde aannemingssom mag verrekenen, een veelbesproken en voor de aanbesteder hoogst belangrijke kwestie, indien de aannemer in déconfiture geraakt. Aannemende dat betekening van de cessie heeft plaatsgevonden vóórdat allebei te compenseren aanspraken opeisbaar zijn geworden, is het t.a.v. vorderingen welke de aanbesteder ten laste van de aannemer mocht hebben verworven uit andere oorzaak dan de overeenkomst van aanneming onbetwistbaar, dat de regelen van schuldvergelijking van onze wet en in het bijzonder art. 1470 B.W. verrekening uitsluiten. Hoe staat het echter met de bovenbedoelde, voor de aanbesteder uit dezelfde aannemingsovereenkomst opgekomen aanspraken? Zal ook daar de cessionaris vóór de pandhouder of de beslaglegger gaan en profiteren van de vordering van de aannemer op de solvabele aanbesteder, die van zijn kant zijn aanspraken uit precies datzelfde negotium als waaruit zijn schuld ontstond zal moeten zien illusoir worden door de insolventie van zijn contractspartner? Op de algemene vraag, of men de iure constituto ingeval van tegenover elkaar staande aanspraken en verplichtingen uit eenzelfde overeenkomst verrekening mag toestaan ook ten nadele van derden, die als cessionarissen, pandhouders of beslagleggers op een dier verplichtingen aanspraken doen gelden, is het haast zonder uitzondering ge-

geven antwoord ontkennend. Men oordeelt, dat tussen de verrekening ingevolge de wet krachtens de artikelen 1461 e.v. en de zgn. verrekening *ex eadem causa* verschil niet kan worden gemaakt, zodat art. 1470 B.W. ook toegepast moet worden t.a.v. een voorgenomen verrekening van de laatste soort. Ook de rechtspraak van de H.R. schijnt dat standpunt in te nemen, getuige het arrest van 1919¹. In Frankrijk oordeelt echter de doctrine, gevolgd door een unanieme rechtspraak, daarover anders en komt men langs de weg van de „indivisibilité du contrat” tot een m.i. veel bevredigender oplossing².

Een afwijkende oplossing scheen ook Meijers als billiker voor ogen te staan, toen hij in zijn annotatie op het arrest van 1919 als volgt schreef:

„Twee personen, die over en weer als schuldeiser en schuldenaar met elkaar in een rechtsbetrekking staan, moest „door de wet voor hun vorderingen een zekerheidsrecht „gegeven zijn op datgene, wat zij van hun schuldenaar „onder zich hadden of zouden krijgen. Dit zekerheidsrecht zou zich ook dienen uit te strekken over al hetgeen „men uit de gegeven rechtsbetrekking aan de wederpartij „schuldig zou worden; alsdan zouden overdrachten, inpandgevingen en beslagen van jongere datum afstuiten „op dit oudere waarborgrecht. Men zou dan niet tot gewrongen interpretaties behoeven over te gaan om aan de „regelen van de schuldvergelijking te ontsnappen”.

Het is speciaal op het gebied van de aanneming, dat deze gewrongen interpretaties beproefd zijn om aan de klaarblijkelijke onbillijkheid van de toepassing van art. 1470 B.W. te ontkomen. Zo wordt betoogd dat de aannemingssom slechts ogenschijnlijk een *fixum* is, maar dat, juist gezien, het bedrag daarvan onbepaald is, immers bestaat uit het saldo van de genoemde bouwsom, verminderd met de aan de aanbesteder terzake van het aannemingscontract verschuldigde boeten en schadevergoedin-

¹ 30 Oct. 1919, N. J. 19, blz. 1156, W. P. N. R. nr. 2619 met noot Meijers. Positief ook in die zin Cremers, *Bouwrecht*, blz. 265 e.v. t.a.v. de verrekening van boeten met de aannemingssom. Ikzelf kwam tot een tegenovergestelde conclusie in „*Rekening-courant en Compensatie*” 1948 blz. 406 e.v., alwaar een betoog, dat de H. R. in 1919 mogelijk tot een ander resultaat zou zijn gekomen bij een andere formulering van het tweede cassatie-middel.

² Vgl. *Rechtsleer Rekening-courant*, in noot 1 bedoeld.

gen. Ofwel, dat het beding, dat boeten en schadevergoedingen gekort zullen mogen worden op de aannemingsom is te interpreteren als een afspraak tot verrekening, waarop de bepalingen van de wettelijke compensatie niet van toepassing zijn¹. Of, tenslotte, wordt het stilzwijgend beding als „*deus ex machina*” te hulp geroepen om langs dezelfde weg de verrekening mogelijk te maken: er is een stilzwijgende afspraak van verrekening². Al deze constructies hebben weinig succes bij de rechter³. Ook t.a.v. de standaard-voorwaarden van Genie en Waterstaat, die inhouding van de boeten voorschrijven in mindering op de aannemingsom⁴ en hetzelfde bepalen t.a.v. schadevergoedingen, de aanbesteder verschuldigd⁵, wordt betoogd, dat zij geenszins toepassing kunnen vinden bij cessie, verpanding van en beslag op de aannemingsom⁶.

Nu, zoals boven bleek, ook Meijers een voorstander bleek te zijn van een afwijkende regel voor verrekening van vorderingen en schulden uit éénzelfde overeenkomst, is het geenszins onwaarschijnlijk, dat in het ontwerp Meijers een erkenning van het beginsel van de *compensatio ex eadem causa* zal worden opgenomen. In dat geval ware daarmee ook de oplossing gebracht voor de onbevredigende toestand op dit punt bij de overeenkomst van aanneming. Zou zulks niet het geval zijn, dan ware er alles voor te zeggen, om althans bij de aanneming van werk zo een recht van verrekening uitdrukkelijk in de wettelijke regeling vast te leggen. Hier toch is haast altijd op het ogenblik van de betekening van de cessie, van de kennisgeving van een verpanding of van het leggen van derden-arrest van opeisbaarheid van beide wederkerige aanspraken nog geen sprake en wordt daarmee compensatie verijdeld.

Het wordt tijd, te resumeren, met welke nieuwe regelen naar mijn mening in de wettelijke voorschriften betref-

¹ Vgl. H. R. 18.12.1930, N. J. 1931, blz. 575.

² Vgl. hierover en hiertegen Cremers, a.w. blz. 265, waar ook de vraag wordt besproken, of partijen met werking tegen derden de grenzen van de wettelijke compensatie kunnen uitzetten.

³ Vgl. Hof A'dam 17 Oct. 40, N. J. 41, nr. 717.

⁴ A. V. § 4; Genie § 15.

⁵ A. V. § 18; Genie § 34.

⁶ Vgl. Cremers, t.a.p.

fende aanneming van werk behoren te worden aangevuld. Ik noem dan de volgende desiderata in de volgorde, waarin ik ze in deze § besprak.

- a. Bij de omschrijving van de overeenkomst van aanneming van werk ware een bepaling op te nemen waardoor voor de regie-overeenkomst in beginsel de regelen van de aanneming zouden gelden.
- b. De wet bepale, in de geest van art. 364 O.R., dat de aannemer gehouden is het werk te doen uitvoeren onder zijn persoonlijke leiding, voorzover niet het gebruik t.a.v. bepaalde onderdelen daarop uitzonderingen duldt en daarnaast, dat hij heeft te zorgen voor de nodige gereedschappen en machines.
- c. Onder vooropstelling van het beginsel dat de aannemer het volle risico van de vervulling van zijn verplichtingen heeft te dragen, is een bepaling aan te bevelen, krachtens welke bij het intreden van buitengewone en onvoorziene omstandigheden, waardoor de uitvoering van het werk onevenredig kostbaar zou worden, de aannemer zich tot de rechter kan wenden met verzoek tot een redelijke prijsverhoging. Wordt deze toegestaan, dan moet de aanbesteder het recht gegeven worden op ontbinding van de overeenkomst.
- d. Daarnaast bepale de wetgever dat, ingeval door overmacht voltooiing van het werk onmogelijk wordt ofwel ontbinding ingevolge de sub c. voorgestelde regel intreedt, de rechter de vergoeding vast zal stellen, welke de aanbesteder voor het reeds verrichte werk zal hebben te betalen, rekening houdende met de risico-sfeer van elk der partijen en voorts met gebruik, overeenkomst en billijkheid.
- e. Den aannemer worde de mogelijkheid geopend, zich de eigendom van het door hem gestichte gebouw voor te behouden door inschrijving van de desbetreffende acte in de openbare registers voor onroerende zaken en wel tot op het ogenblik van de volledige betaling van wat de aanbesteder hem uit hoofde van de bouw schuldig is.
- f. Een uitdrukkelijk wetsvoorschrift bepale, dat het weigeren of nalaten van opneming van het werk door

de aanbesteder voor deze het beroep op gebreken die bij opneming kenbaar zouden zijn geweest doet vervallen.

- g. Noodzakelijk is de opneming van een regel, welke de aanbesteder verrekening waarborgt met de aannemingssom door hem verschuldigd van al hetgeen hijzelf uit hoofde van de aannemingsovereenkomst heeft te vorderen en zulks ondanks cessie of verpanding van of beslag op de aannemingssom.

§ 10. *Bijzondere wettelijke regels voor het zogenaamde bouwrecht gewenst?*

Kamphuisen behandelt de aanneming van bouwwerken (waaronder te verstaan gebouwen, bruggen, dijken, havens etc.) na eerst van aanneming van werk in het algemeen gesproken te hebben¹ en voert als argument daarvoor aan, dat zich in de praktijk een afzonderlijk bouwrecht heeft ontwikkeld. Volgens de directeur van het Nederlands Instituut van het Aannemers-Grootbedrijf (N.I.V.A.G.), Mr F. E. Vlieland Hein², zou de gebrekkige wettelijke regeling die wij thans kennen oorzaak ervan zijn, dat in de praktijk bouwheer en aannemer een geheel van de wet afwijkende overeenkomst sluiten. Daarin kan men lezen een verwijt aan de tegenwoordige en een vermaan aan de toekomstige wetgever. Voor hem, die zich een oordeel heeft te vormen omtrent de inhoud van de toekomstige wettelijke regeling van de aanneming van werk is er dus reden zich af te vragen, of het inderdaad op de weg ligt van de wetgever, een bijzondere, uitvoerige regeling voor het bouwrecht op te stellen naast de algemene regelen voor de aanneming van werk.

Als men ziet hoe talrijk de standaardvoorschriften zijn³, zou men al dadelijk geneigd zijn te oordelen, dat in plaats

¹ Asser-Kamphuisen, blz. 414.

² In zijn Ten geleide tot het Overzicht van de voornaamste administratieve voorschriften voor de Bouwnijverheid, verschenen Maart 1950.

³ Die van de Waterstaat (A. V.); van de directie Wederopbouw en Bouwnijverheid, vastgelegd in Algemene Besteksbepalingen (A. B.); van de dienst der Genie (A. V. Genie); van de Nederlandse Spoorwegen (A. B. W.); van de Rijksgebouwendienst (A. B. R.); de A. A. V. (algemene administratieve voorwaarden, vastgesteld door Vereniging Delftse Ingenieurs).

van deze veelheid vèr uit te prefereren zou zijn één eenvormige wettelijke regeling. Evenwel zal men aanstands bij kennisneming van de standaardregelingen ervaren, dat daarin talrijke, ja de meeste bepalingen van technische aard zijn en de eigenlijke rechtsregelen niet veel meer regelen dan datgene, hetwelk, naar ik verdedigde, in de toekomstige wet geregeld moet worden, als men tenminste de verhouding bouwheer-architect terzijde laat, welke met de eigenlijke aanneming niets te maken heeft. Waar is dat die rechtsregelen dikwijls een oplossing geven, afwijkend van wat ik meen, dat in het algemeen bepaald moet worden, afwijkingen, die waarschijnlijk door de bijzondere aard van enige aanneming gewenst kunnen zijn, maar daarom zeker niet verdienen in de plaats gesteld te worden van de algemene regel. Het is immers een notoir feit, dat op allerlei gebied van handel en verkeer en van industrie en nijverheid aan bijzondere regelen behoefte bestaat voor slechts in het algemeen door de wetgever genormeerde overeenkomsten. Het zijn dan de belanghebbenden zelf, veelal gegroepeerd in hun vakorganisaties, welke er toe overgaan, van de voorschriften van het algemeen geldende recht van de codificatie af te wijken voorzover dat nodig schijnt voor bijzonderlijk in enige branche voorkomende overeenkomsten. Ik denk aan de internationale graancontracten, de koopcontracten afgesloten op de condities van de Vereniging voor grossiers in zuidvruchten, aan de filmhuurcontracten van de Nederlandse Bioscoopbond, de huurcelen van de Nederlandse Bond van Huiseigenaren, aan de York and Antwerp-rules in de scheepvaart, de beurspolissen voor brand- en transportverzekering.

Het betreft hier steeds een bijzondere groep van een in de wet in het algemeen geregelde bijzondere overeenkomst, waarvoor men afwijkende of aanvullende regelen nodig acht. En dan veelal mede regelen van niet-blijvende aard. Herhaaldelijk ziet men dan ook dat bepalingen uit de aldus gemaakte regelingen worden gewijzigd, opgeheven of nader aangevuld. Het zijn mitsdien nadere regelen, die op gemakkelijke en soepele wijze aldus moeten kunnen gevarieerd worden.

Hun vèrgaande concretisering nu enerzijds en de eis, dat zij, mede daarom, op een eenvoudige wijze kunnen

worden geamendeerd, maken het onwenselijk om hun inhoud door opneming in de rijkswetgeving te canoniseren. De standaardregelen, en niet alleen die, welke in het bouwbedrijf gebruikelijk zijn, maar alle, hebben veelmeer het karakter van een „restatement” in de Amerikaanse zin, dan van een codificatie, zoals wij die in Europa kennen. Een codificatie kan niet en behoort niet zozeer in concrete oplossingen af te dalen. Zij behoort zich te houden aan de algemene beginselen en enkele hoofdlijnen, ook daar waar zij de bijzondere overeenkomsten regelt. Zij normere in grote lijnen bepaalde contractstypen, maar onthoude zich van de verschillende variaties waaraan telkens binnen het gebied van enig type behoefte kan ontstaan.

Zou men nu willen tegenwerpen, dat de wetgever dan toch zou kunnen overwegen, het bouwcontract wegens zijn grote economische betekenis apart te regelen, door uit de in de praktijk gegroeide regelen van de standaardcondities alleen de grote rechtsregels te extraheren en deze te codificeren, dan kan daarop het antwoord worden gegeven, dat een dergelijke extractie aan het licht zou brengen een aantal normen die, bij een wettelijke regeling als hiervóór verdedigd, reeds in het algemene contract van aanneming van werk zijn neergelegd. Mijzelf leek bij het begin van mijn onderzoekstocht de gedachte van het scheppen van nieuwe wetsregels voor de aanneming van bouwwerken uit de levende bron van de bouwpraktijk buitengewoon aantrekkelijk. Een onderzoek en analyse van de standaard-condities bracht mij echter de overtuiging, dat daaruit geen of heel gering resultaat te verkrijgen is, dat nauwelijks de moeite waard zou zijn voor een aparte afdeling in de toekomstige regeling van de aanneming van werk. Iets geheel anders is, en dat lijkt mij ten zeerste gewenst, de grote veelheid der standaard-condities te vervangen door een algemeen geldend reglement, iets waarnaar thans de gedachten van de Overheid zowel als die van het aannemersbedrijf uitgaan en waartoe de reeds gedane stappen, naar ik hoop, mogen leiden.

De wetgever van het nieuwe wetboek kan dan volstaan met voor de aanneming van bouwwerken te verwijzen naar de mogelijkheid van de standaardregeling.

INHOUD

	blz.
Inleiding	155
§ 1. Omvang en taak van de ontwerper ener wet- telijke regeling	157
§ 2. De inhoudsbepaling	160
§ 3. Risico van het teniet gaan vóór de levering	167
§ 4. Oplevering en aanvaarding	176
§ 5. Meerwerk	187
§ 6. De bijzondere wijzen van beëindiging . . .	189
§ 7. Bijzondere voorrechten bij aanneming van werk	195
§ 8. Recapitulatie	199
§ 9. Nieuw op te nemen regelen	200
§ 10. Bijzondere regels voor het zgn. bouwrecht?	225

Welke beginselen behoren ten grondslag te liggen aan een wettelijke regeling van de overeenkomst van aanneming van werk?

Praeadvies van Mr A. C. van Zeggelen

1. Inleiding.

De bovenstaande vraag houdt ten nauwste verband met het in bewerking zijnde nieuwe Burgerlijk Wetboek, ter vervanging van het bestaande B.W. Deze vervanging is voor ons, Nederlandse juristen, een van de belangrijkste onderwerpen van deze tijd. Het denkbeeld van de vervanging, waaraan wij langzamerhand gewend raken, is op zichzelf een bijzonder verschijnsel.

In de vergadering van de Nederlandse Juristen Vereniging in 1912¹, wees Prof. Mr P. Scholten er op, dat herziening van een eenmaal bestaande codificatie in haar geheel, nog nooit was gebeurd en zijns inziens nimmer zou gebeuren.

Als de dag van gisteren herinneren wij ons de woorden, waarmede Prof. Mr P. Scholten het Gedenkboek B.W. 1838—1938 opende: „Ons Burgerlijk Wetboek is een rustig bezit”. Daarmede vertolkte hij de mening van de meesten onzer. Het maakt op mij grote indruk, dat wij thans, nog geen 20 jaar later, reeds vertrouwd zijn geraakt met de gedachte van de tot standkoming van een nieuw Burgerlijk Wetboek, nadat onze Regering enige jaren geleden, de opdracht tot het opstellen daarvan had gegeven aan Prof. Mr E. M. Meijers, die helaas, evenals Prof. Mr P. Scholten, niet meer tot de onzen behoort.

Het valt uiteraard buiten het kader van dit praeadvies, dat slechts een klein onderdeel van het burgerlijk recht tot onderwerp heeft, in te gaan op de beweegredenen voor de vervanging van ons Burgerlijk Wetboek,

¹ Handelingen N.J.V. 1912, blz. 103 v.

evenmin op het belang van een nieuwe codificatie¹.

Ook op het terrein van de aannemingsovereenkomst hebben zich sedert de invoering van ons huidig Burgerlijk Wetboek ingrijpende wijzigingen voorgedaan, die een nieuwe wetgeving over deze overeenkomst, zoal niet noodzakelijk, dan toch uiterst gewenst maken. Ik noem in deze inleiding alleen het opkomen van min of meer sterk gecommmercialiseerde grote aannemersbedrijven, het opkomen van een zelfstandige architectenstand en in de laatste tijd, in en na de oorlog, de vele oorlogs- en andere risicoregelingen, die in aannemingsovereenkomsten plachten te worden opgenomen, mede in verband met dwingende prijs- en loonvoorschriften. Tempora mutantur et nos mutamur in illis: wanneer wij ons dus afvragen, welke beginselen ten grondslag dienen te liggen aan een wettelijke regeling van de aannemingsovereenkomst, dan doen wij dit, uitgaande van de nieuwe codificatiegedachte, echter niet zonder eerbied tegenover ons bestaand Burgerlijk Wetboek en hen, die dit samenstelden.

2. Niemand onzer zal er voor gevoelen om de artikelen 1640—1653 van het huidige Burgerlijk Wetboek ongewijzigd over te nemen in de nieuwe codificatie.

Deze artikelen toch dragen een sterk verouderd karakter²; zij geven enige onderscheidingen, die men thans niet zonder meer zal willen overnemen en missen daarentegen enige andere onderscheidingen, waaraan in onze huidige, meer gespecialiseerde maatschappij blijkens de jurisprudentie behoefte bestaat.

De genoemde artikelen over „aanneming van werk”, bevatten niet de definitie van deze overeenkomst. Deze definitie is te vinden in artikel 1637 b van het Burgerlijk Wetboek onder „De overeenkomst tot het verrichten van arbeid”.

Wanneer men uitgaat van de aloude rechtsregel, dat de eigenaar het risico van zijn zaak draagt (*Res perit domino*), dan zijn de onderscheidingen in de artikelen 1641, 1642 en 1643, moeilijk te aanvaarden. Volgens art.

¹ Hiervoor zij verwezen naar de Handelingen van de Tweede Kamer 1952—1953 en de toelichting op het eerste gedeelte van het nieuwe Burgerlijk Wetboek van Prof. Mr E. M. Meijers.

² Mr W. A. M. Cremers. *Bouwrecht*, pag. 5 e.v.; pag. 92 e.v.

1641 B.W. draagt de aannemer, die het werk moet tot stand brengen en daartoe ook de stoffen moet leveren — behoudens nalatigheid van de aanbesteder in de aanvaarding van het werk — het risico van vergaan van het werk. Zulks ofschoon — gelijk wij zullen zien — bij de aannemingsovereenkomsten betreffende onroerende goederen, de aanbesteder niet alleen door natrekking eigenaar is van het in uitvoering zijnde werk, maar volgens de meeste aannemingsovereenkomsten, ook van de op het werk aangevoerde en goedgekeurde materialen.

Wanneer men een ogenblik uit art. 1641 B.W. zou willen afleiden, dat het risico voor het vergaan van het onderhanden zijnde werk, op de schouders van de aannemer wordt gelegd, niet op grond van voormelde oude rechtsregel, doch uit hoofde van het wezen van de aannemingsovereenkomst, dan zegt art. 1642 B.W. onmiddellijk het omgekeerde door te bepalen, dat de aannemer, die alleen de arbeid moet verrichten, uitsluitend voor zijn schuld aansprakelijk is en dus niet het risico draagt van het vergaan van het werk ¹.

Op dit beginsel van art. 1642 B.W., wordt in art. 1643 B.W. een zeer belangrijke uitzondering gemaakt door de bepaling, dat de aannemer, die alleen zijn arbeid moet verrichten, bij vergaan van het werk vóór de levering — buiten enige tekortkoming van de aannemer of aanbesteder — geen aanspraak heeft op de overeengekomen aanneemsom, tenzij de zaak door een gebrek in de stof zelf verloren was gegaan.

Op deze onderwerpen van risicoverdeling komen wij nog nader terug.

Hier zij er slechts op gewezen, dat de drie genoemde artikelen en hun onderscheiding van de risicoverdeling tussen de aannemer en de aanbesteder, althans bij aangenomen werk ten aanzien van onroerende goederen, niet meer kan bevredigen.

De artikelen 1645 en 1646 B.W. noemen in één adem „bouwmeesters” en „aannemers”.

Ten tijde van de invoering van ons Burgerlijk Wetboek en ook daarvóór, was het veelal gebruikelijk, dat

¹ In zake de bewijslast in dezen zie Mr F. Tabing Suermondt „Bewijslast en de artikelen 1203 en 1642 B.W.” N.J.B. 1946, pag. 17 e.v.

bouwmeesters of architecten, tevens als aannemers optraden. Thans is dit in het merendeel der gevallen niet meer zo.

Bij het merendeel der aannemingsovereenkomsten ten aanzien van onroerende goederen, treden de architecten of ingenieurs, als ontwerpers en constructeurs op, onder wier toezicht en volgens wier aanwijzingen de aannemers de werken moeten uitvoeren.

Wanneer men er van uitgaat, dat ieder als regel voor zijn eigen werk aansprakelijk is, dan ligt een onderscheiding van hun aansprakelijkheid bij het geheel of gedeeltelijk vergaan van een opgeleverd werk voor de hand. Zulk een onderscheiding wordt in art. 1645 B.W. echter niet gemaakt. Bovendien zijn het in het geval van meerwerk (art. 1646 B.W.) de architecten, die meerwerk-opdrachten doorgaans plegen te verlenen, die daarbij optreden als gemachtigden van de aanbesteders en dus bij de verrekening van meer- en minderwerk niet in één adem met de aannemers genoemd kunnen worden.

Ook het principe van art. 1646 B.W., — alleen aanspraak op bijbetaling bij schriftelijke meerwerk-opdrachten — wordt in aannemerskringen veelal als verouderd gevoeld. In verreweg de meeste aannemingsovereenkomsten betreffende onroerende goederen, wordt van art. 1646 B.W. afgeweken. Zelfs de woorden van art. 1646 B.W. maken op mij een verouderde indruk.

De terminologie van de aannemer, die aanspraak maakt op bijbetaling „onder voorwendsel” van vermeerdering der arbeidslonen of bouwstoffen, veranderingen of bijvoegselen, die niet in het bestek begrepen zijn¹, doen mij altijd denken aan art. 13 van de Wet houdende Algemene Bepalingen over rechtsweigering „onder voorwendsel” van het stilzwijgen, de duisterheid of de onvolledigheid der Wet.

3. Wanneer wij ons dus hebben te bezinnen over een nieuwe codificatie van ons Burgerlijk Recht, dan spreekt

¹ Een algemeen geacht advocaat, wiens cliënt — een aannemer — zich beledigd gevoelde door de veronderstelling in de wet van dit „voorwendsel”, heb ik eens gekscherend horen zeggen, dat Napoleon wel zeer het land aan aannemers moet hebben gehad, om deze term in de Code Civil te doen opnemen, waaraan ons art. 1646 B.W. is ontleend.

het vanzelf, dat wij ons daarbij bewust zijn, te staan op een bijzonder moment in onze rechts-vorming, waardoor misschien ons Burgerlijk Recht weder voor de loop van een eeuw wordt bepaald. Een moment, dat enige ons voorafgaande generaties niet hebben beleefd.

Enige generaties lang toch, hebben rechtspraak en rechtswetenschap de verschillende onderwerpen van Burgerlijk Recht — ook de aannemingsovereenkomst — beoordeeld, met het bestaande Burgerlijk Wetboek als uitgangspunt. Ook wij zullen dit in zekere zin moeten doen, gezien nu eenmaal de aan alle rechtsvorming min of meer eigene continuïteit, doch wij staan bij een nieuwe codificatie in zoverre los van het bestaande Burgerlijk Wetboek, dat dit Burgerlijk Wetboek ons niet bindt en wij ons hebben af te vragen, in hoeverre de bestaande rechtsregelen verouderd zijn, dan wel naar welke grondslagen het jus constituendum moet worden vastgesteld.

Om een voorbeeld te noemen, het bestaande Burgerlijk Wetboek geeft in art. 1540 een regeling bij koop en verkoop, volgens welke de verkoper gehouden is tot vrijwaring wegens verborgen gebreken. Het tegenwoordige Burgerlijk Wetboek bevat geen zodanige bepaling voor aanneming van werk. Rechtspraak en -wetenschap zien hierin een der verschilpunten tussen koop en aanneming van werk en betogen, dat volgens ons bestaande recht, de aannemer niet voor verborgen gebreken aansprakelijk is, behoudens dan zijn aansprakelijkheid volgens art. 1645 B.W., bij geheel of gedeeltelijk vergaan van het gebouw. Dit standpunt is voor ons bestaande recht juist, doch wij hebben ons af te vragen, of dit verschil ook moet worden bestendigd in ons nieuwe Burgerlijk Wetboek.

Bij onze beraadslagingen hierover zullen wij ons dunkt mij moeten stellen op een analoog standpunt als Prof. Mr E. M. Meijers deed, toen hij de inleidende titel ontwierp van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, waarvan art. 7 o.m. voorschrijft, dat men bij de vaststelling van hetgeen de billijkheid vordert, rekening moet houden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in het Nederlandse Volk levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke belangen van de contract-partijen.

Bij het zoeken naar de beginselen van ons nieuwe Burgerlijk Wetboek over de aannemingsovereenkomst,

zullen wij ons in de positie van wetgever moeten indenken. Het wil mij voorkomen, dat de wetgever zich heeft te beperken tot het geven van algemene rechtsbeginselen en zich er voor moet hoeden, af te dalen in een casuïstiek. Dit geldt meen ik in het algemeen, voor sommige onderwerpen van strafrecht en belastingrecht minder, doch zeker voor de wetgever, die een aannemingsovereenkomst heeft te regelen.

Dit praeadvies en onze beraadslagingen zullen mijns inziens dan ook bij voorkeur aandacht moeten schenken aan de algemene beginselen, die bij een wettelijke regeling van de aannemingsovereenkomst gevolgd zullen moeten worden.

4. Definitie.

Na de vorenstaande slechts schetsmatige inleidende opmerkingen, dienen wij het onderwerp van ons onderzoek te bepalen: de aannemingsovereenkomst.

Deze overeenkomst wordt in het huidige Burgerlijk Wetboek omschreven onder de titel „Van de overeenkomst tot het verrichten van arbeid” in art. 1637 b als „de overeenkomst waarbij de ene partij, de aannemer, zich verbindt voor de andere partij, de aanbesteder, tegen een bepaalde prijs een bepaald werk tot stand te brengen”.

Aan een beoordeling van de vraag, of wij deze begripsomschrijving geheel of ten dele in ons nieuwe Burgerlijk Wetboek menen te moeten overnemen, moge voorafgaan de vermoedelijk niet tot verschil van mening aanleiding gevende opmerking, dat het aanbeveling zal verdienen om in ons nieuwe Burgerlijk Wetboek de begripbepaling van de aannemingsovereenkomst niet te rangschikken onder de overeenkomsten tot het verrichten van arbeid, maar onder de afzonderlijke titel „over aanneming van werk”. Ook wil het mij voorkomen, dat de afzonderlijke competentie-regeling voor geschillen betrekkelijk tot aannemingen van werk in art. 125 a Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zou kunnen vervallen, ofschoon het belang hiervan betrekkelijk gering is, gezien de in aannemingsovereenkomsten tot het bebouwen of bewerken van onroerend goed gebruikelijke arbitrageclausules.

Bij het lezen van de definitie in onze bestaande Wet trekt het direct de aandacht, dat deze definitie niet bevat een element, hetwelk naar men algemeen aanneemt, behoort tot het wezen van de aannemingsovereenkomst, n.l. dat de aannemer niet in dienst staat van de aanbesteder. Men zou kunnen opmerken, dat dit element van de overeenkomst moet worden afgeleid uit de beperking in de definitie van „een bepaalde prijs”, doch in de eerste plaats houdt het beding van een bepaalde prijs niet onvermijdelijk in, dat men deze niet ook met een arbeider in zijn dienst zou kunnen overeenkomen, maar bovendien zullen wij ons hieronder nader hebben af te vragen, of het begrip van een „bepaalde prijs” wel tot het essentiële wezen van de aannemingsovereenkomst behoort. Ook al zou misschien weinig nadeel ontstaan door een onvolledige definitie — omdat de rechtswetenschap zich toch wel bewust zal zijn van het wezen van de aannemingsovereenkomst — dan doet dit mijns inziens niet af aan de eis van een juiste en volledige begripsomschrijving.

Het zal dus mijns inziens nodig zijn, om in een nieuwe definitie de woorden „buiten dienstbetrekking” op te nemen.

Een tweede, eveneens schier van zelf sprekende opmerking over de definitie is deze, dat het tot stand te brengen werk — wil men van een aannemingsovereenkomst kunnen spreken — van stoffelijke aard moet zijn.

Een moeilijker vraag is die, of een bepaalde prijs tot het wezen van de aannemingsovereenkomst behoort. Laten wij ons eens afvragen, wat wij bedoelen met een bepaalde prijs. Valt daaronder ook een bepaalbare prijs? Men zal direct geneigd zijn deze vraag bevestigend te beantwoorden. Daartoe zal geen moeite bestaan, wanneer men denkt aan aannemingsovereenkomsten tegen een naar hoeveelheden bepaalde prijs, waarbij men nog een onderscheid kan maken tussen aangevoerde en in het werk gemeten hoeveelheden ¹.

¹ b.v. hoeveelheden aangevoerde grond bij een grondwerk, dan wel in het werk gemeten hoeveelheden, dus na inklinking, of b.v. hoeveelheden aangevoerd staal bij een betonwerk, dan wel de hoeveelheden in het werk gemeten na aftrek van knipverlies. Uit deze voorbeelden ziet men, dat ook in bepaalbare prijzen een zeker risico begrepen kan zijn.

Ik kan mij echter ook een aannemingsovereenkomst voorstellen, welke achteraf zal worden verrekend naar de hoeveelheden en de geldende of gebruikelijke tarieven. Wij zullen hieronder zien, dat volgens veel voorkomende clausules, bij de aanneming van bouwwerken, aanneemsommen min of meer variabel worden gesteld, door verrekening van na de besteding en tijdens de uitvoering van het werk intredende loon- en prijsstijgingen, verrekeningen, welke zowel tot vermeerdering als tot vermindering van de oorspronkelijke prijs aanleiding geven.

Voorts is het mogelijk om b.v. bedongen kortingen voor het geval van te late oplevering e.d. te beschouwen als verminderingen van de overeengekomen aanneemsom, die ook aan cessionarissen van de aannemer kunnen worden tegengeworpen¹. En tenslotte, wanneer ik aan een kleermaker opdracht om mij een pak aan te meten met bijlevering van de stof, dan is het denkbaar, dat ik alleen interesse heb voor de stof en het snit, doch geheel vergeet te vragen naar de prijs. De overeenkomst zal daardoor niet minder een aannemingsovereenkomst zijn.

Op deze gronden meen ik, dat de begripsomschrijving, waartoe Prof. Mr Meijers is gekomen, ongewijzigd kan worden aanvaard als een mantel, waarin de huidige opvattingen omtrent de aannemingsovereenkomst precies passen. Deze definitie van Prof. Mr Meijers luidt als volgt:

„Aanneming van werk is de overeenkomst, waarbij de ene partij, de aannemer, zich verbindt om buiten dienstbetrekking een werk van stoffelijke aard tot stand te brengen ten behoeve van de andere partij, de aanbesteder, die zich daartegenover verbindt aan de aannemer een prijs te betalen”².

¹ zie Prof. Mr J. Wiarda, *Cessie of Overdracht van Schuldverdringen op naam* (diss.) pag. 280; Prof. Mr J. E. Scholtens *W.P.N.R.* 3147.

² Voorbeelden van aannemingsovereenkomsten, waarbij slechts een globale aanneemsom, een richtprijs is overeengekomen, zie arr. H.R. 4 December 1925 N.J. 1926, blz. 97; arr. H.R. 17 December 1931 N.J. 1932, blz. 351, Rb. Haarlem 1 Februari 1944 N.J. 1944/5 No. 710; Verslagen Raad van Arbitrage 1948/9 par. 18; Jaarverslag idem 1950, pag. 3. Art. 1657 van het nieuwe Italiaanse *Codice Civile* bepaalt, dat indien partijen geen aanneemsom hebben overeenge-

Evenals in ons huidige recht, valt onder deze definitie van aannemingsovereenkomsten zowel het bewerken van roerende goederen als van onroerende goederen.

Wel bestaan tussen deze beide soorten van aannemingsovereenkomsten enige belangrijke verschillen (bijv. t.a.v. de eigendom; optreden van een architect of ingenieur). Wij zullen ons dan ook hieronder hebben af te vragen, of deze verschillen tot een verschil in wettelijke uitwerking moeten leiden. Men zal het er echter vermoedelijk over eens zijn, dat de beide soorten overeenkomsten tot de aannemingsovereenkomsten gerekend moeten worden.

Wanneer men eenmaal tot bovenstaande omschrijving is gekomen, dan zal men zich bewust moeten zijn, dat daardoor ook de z.g. regieovereenkomsten onder aannemingsovereenkomsten gerekend moeten worden. Persoonlijk meen ik, dat dit ook juist is en in overeenstemming met de maatschappelijke opvattingen. Vlak na de oorlog, toen prijzen en lonen zo vele onzekerheden in zich hielden, dat practisch geen vaste, ja zelfs in het geheel geen aanneemsommen konden worden bepaald, nam men zijn toevlucht tot regie-overeenkomsten. Weliswaar eisen deze overeenkomsten een nadere gedetailleerde regeling, zowel in het belang van de aannemer als in dat van de aanbesteder, die zich immers niet in het onbepaalde en zonder het recht van contrôle kan verbinden, doch de aannemers van regiewerken bleven aannemers, traden niet in dienst van de aanbesteders en stelden hun hulpmateriaal ter beschikking, waarvoor b.v. dezelfde risicoregelingen golden als bij gewone aannemingen van werk¹.

komen en evenmin de wijze van berekening daarvan in de aannemingsovereenkomst hebben vastgesteld, de rechter alsdan over het bedrag zal beslissen.

¹ In de in 1954 uitgebrachte praeadviezen van Notaris Mr A. G. Lubbers en Notaris H. J. Zweers aan de Broederschap van Notarissen over „Verkoop en Overdracht van Huizen in Aanbouw” (pag. 13 c.v. en 16 e.v.) wordt er o.m. op gewezen, dat het soms moeilijk uit te maken is, of wij met aanneming van werk dan wel met verkoop van een toekomstige zaak te maken hebben. Deze moeilijkheid zal zich ook kunnen voordoen bij de door Prof. Meijers nog aanbevolen definitie van de aannemingsovereenkomst, hetgeen m.i. echter geen bezwaar tegen de definitie oplevert. Van vrijwel alle overeenkomsten zullen zich overgangsvormen kunnen voordoen. In de meeste gevallen van een gecombineerde koop en verkoop van onroerend goed en aanbesteding en aanneming van bouwwerken

5. Bouwrecht.

Na het vinden van een definitie, zal de wetgever uiteraard zich bewust voor ogen moeten stellen de omvang van het door hem te regelen onderwerp; voor ons is dit dus de aannemingsovereenkomst, zowel ten aanzien van roerende als ten aanzien van onroerende goederen. Aangezien het Bestuur van de N.J.V. mij uitnodigde tot indiening van een praeadvies kennelijk in verband met mijn werkkring, die mij dagelijks in aanraking brengt met geschillen naar aanleiding van aannemingsovereenkomsten met betrekking tot onroerende goederen, meen ik te mogen afleiden, dat van mij verwacht wordt, mij althans wordt toegestaan, om in het bijzonder aan deze laatste aannemingsovereenkomsten aandacht te wijden. In aansluiting trouwens aan het spraakgebruik, dat onder aannemers niet verstaat de kleermaker, enz., doch in het bijzonder de aannemers van bouw- en andere werken met betrekking tot onroerende goederen. Het trekt direct de aandacht, dat het bestaande Burgerlijk Wetboek slechts zeer weinig bepalingen bevat ter regeling van deze aannemingsovereenkomst en dat — voor zover het Burgerlijk Wetboek zodanige regelen bevat — deze grotendeels verouderd zijn. Het doet dan ook vreemd aan, dat men het eigenlijke bouwrecht slechts zeer onvolledig kan putten uit ons Burgerlijk Wetboek en daarop gebaseerde juris-prudentie, doch veeleer uit de daarvoor bestaande contractuele standaardregelingen ¹.

zal de oplossing gevonden kunnen worden door op de voet van art. 72 a der Registratiewet een splitsing te maken tussen de beide elementen der overeenkomst.

Beide genoemde schrijvers wijzen op het belang hiervan voor het bestaande recht: art. 1496 B.W. legt het risico van de zaak op de koper, art. 1641 B.W. op de aannemer; de koopovereenkomst eindigt niet door overlijden van een der partijen; de aanneming van werk houdt volgens art. 1648 B.W. op door het overlijden van de aannemer. Deze wonderlijke verschillen in de wettelijke regeling zullen tot juistere proporties worden teruggebracht, wanneer men de in dit praeadvies nader aan te geven suggesties volgt omtrent splitsing van de aansprakelijkheden bij uitvoering van werken al of niet onder directie en omtrent de regeling van de eigendomsovergang van materialen.

¹ Asser-Kamphuisen 3e deel pag. 422 e.v.

De voornaamste hiervan zijn:

de Algemene Voorschriften voor de Uitvoering en het Onderhoud van Werken, onder beheer van het Departement van Waterstaat (A.V.) ¹;

de Algemene Administratieve Voorschriften voor het uitvoeren en onderhouden van werken ten behoeve van besturen en particulieren (A.A.V.) ²;

de Algemene Bepalingen van de bestekken voor werken, welke onder directie van de Rijksgebouwendienst worden uitgevoerd (A.B. Rijksgebouwendienst) ³;

de Algemene Voorwaarden voor de uitvoering van werken voor de Dienst der Genie (A.V. Genie) ⁴;

de Algemene Bepalingen, toepasselijk op de werken voor de Dienst van Weg en Werken der N.V. Nederlandse Spoorwegen (A.B.W. 1945), terwijl na de bevrijding door het Ministerie voor Wederopbouw en Volkshuisvesting in het leven werden geroepen:

de Algemene Besteksbepalingen voor de uitvoering van bouwwerken (A.B.) ⁵.

¹ Oorspronkelijk genaamd Algemene Regelen en Bepalingen voor de uitvoering en het onderhoud der Rijkswaterstaatwerken, vastgesteld bij beschikking van de Minister van Binnenlandse Zaken d.d. 24 April 1860. Gewijzigd en sedertdien als in de tekst vermeld bij beschikking van 1 Maart 1866, nader gewijzigd 22 Mei 1876, 12 September 1882, 3 September 1892, 12 December 1895, 1 Februari 1901, 23 Juni 1930, 26 November 1936, 25 Maart 1938 en 26 October 1939. De A.V. bevatten technische en administratieve voorschriften. Deze A. V. van de Waterstaat werden bij beschikking van 14 Februari 1839 voorafgegaan door de Algemene Voorwaarden voor werken, uitgevoerd door het Departement van Binnenlandse Zaken, en wel in het bijzonder voor de werken uitgevoerd door de derde afdeling van dit Departement, de Waterstaat.

² In 1915 samengesteld door een Commissie uit de Vereniging van Delftse Ingenieurs, de Maatschappij tot bevordering der Bouwkunst, Bond der Nederlandse Architecten (B.N.A.) en de Nederlandse Aannemers Bond, gewijzigd in 1931. De A.A.V. bevatten uitsluitend administratieve voorschriften.

³ Vastgesteld bij beschikking van de Minister van Financiën d.d. 22 November 1933 No. 68 afdeling Rijksgebouwendienst. Sindsdien enige malen gewijzigd.

⁴ Vastgesteld bij beschikking van de Minister van Defensie op 11 October 1930. Afdeling No. 13.

⁵ Vastgesteld door de Directie voor de Wederopbouw en voor de Bouwnijverheid d.d. 18 Mei 1945. Gewijzigd 12 Februari 1948 en 4 April 1955.

Daarnaast bestaan nog meerdere algemene bepalingen, die toepasselijk plegen te worden verklaard in bestekken van diverse grote gemeenten.

De na-oorlogse omstandigheden zijn voor het Ministerie van Wederopbouw en Bouwnijverheid aanleiding geweest tot vaststelling van na te noemen regelingen tot verrekening van wijzigingen van lonen en materiaalprijzen na de besteding, t.w. de Regeling ter beperking van het risico bij in aanneming uit te voeren werken. (vastgesteld 18 Mei 1945), (Risico Regeling W.B.), later de Beschikking Risico-Berekening 1948, de Regeling Risico-Verrekening 1951 en tenslotte de Risicoregeling Woningbouw 1954.

Het is wel zeer merkwaardig, dat over deze standaardregelingen in het geheel niet werd gerept in de praeadviesen voor de N.J.V. van Prof. Mr J. Zeylemaker en Mr K. Jansma uit 1948 over de z.g. standaard-contracten. Merkwaardig omdat de genoemde regelingen standaard-contracten zijn, doch aan de andere kant ook wel weer begrijpelijk, omdat voorzover mij bekend niemand behoefte gevoelt aan een regeling in onze burgerlijke wetgeving ter beteugeling van deze standaardregelingen. Zij zijn immers geen van alle eenzijdig opgesteld door of vanwege de leveranciers, in casu de aannemers, zodat voor een misbruik of te grote eenzijdigheid uit dezen hoofde geen beduchtheid bestaat.

6. Bestaat er behoefte aan een regeling van het bouwrecht in het Burgerlijk Wetboek?

Wanneer men de genoemde standaardregelingen na slaat, dan blijft voor toepassing op aannemingen van bouwwerken zeer weinig over van de titel in het Burgerlijk Wetboek omtrent aanneming van werk.

Van art. 1640 B.W. wordt op zich zelf niet afgeweken, doch de bepaling, dat men kan overeenkomen, dat de aannemer alleen arbeid zal verrichten, dan wel ook de stof zal leveren, is weinig zeggend. Deze bepaling wordt in de standaard-regelingen nader uitgewerkt. Van de archaïsche risicoregeling in de artikelen 1641 t/m 1643 wordt in de standaardregelingen afgeweken. Zo ook van art. 1646 B.W. omtrent uitsluitend schriftelijke meer-

werkopdrachten. Art. 1644 B.W. over aanvaarding van het werk in geheel of bij gedeelten wordt in de regelingen nader uitgewerkt, evenals de opzeggingsmogelijkheid tegen schadeloosstelling (art. 1647 B.W.). Practisch gesproken blijft dus naast de standaard-regelingen alleen van belang art. 1645 B.W. over de 10-jarige aansprakelijkheid na afloop van het werk, waarop ik hieronder nader zal terugkomen.

Toch bestaat er voor aannemingen van bouwwerken allermint een rechtvacuum. Niet alleen zijn er de uitvoerige bestekken en voormelde standaard-regelingen, doch de algemene bepalingen van het verbintenissenrecht blijven uiteraard van kracht op de aannemings-overeenkomsten evenals op alle andere overeenkomsten. Zulks blijkt niet alleen uit de jurisprudentie van de Overheids-Rechter, doch ook uit die van de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven in Nederland en andere arbitrale beslissingen¹. Ik denk hierbij in het bijzonder aan de bepalingen in het B.W. omtrent uitlegging van overeenkomsten, wanprestatie, overmacht, uitvoering te goeder trouw e.d.

De vraag rijst derhalve, of een afzonderlijke afdeling omtrent de aanneming van werk in het nieuwe B.W. noodzakelijk is. Ik zou deze vraag als volgt willen beantwoorden: absoluut noodzakelijk is zij niet, doch wel zeer gewenst. In de eerste plaats bestaan geen algemene standaardregelingen voor aannemingen van werk betreffende roerende goederen en komen ook thans nog veel aannemingen van werk betreffende onroerende goederen tot stand zonder toepasselijkheid van een standaardregeling, wanneer het betreft werken van beperkte betekenis, zoals het herstel van schoorstenen, vloeren e.d. van bestaande huizen, het bouwen van schuren enz.. Bovendien laten de standaardregelingen enkele algemene vragen van aansprakelijkheid en risicoverdeling open. De vrij vele procedures hierover tonen mijns inziens aan, dat er behoefte aan bestaat, dat onze wetgever zich hierover uitsprekt, waardoor meerdere rechtszekerheid op dit punt kan ontstaan.

¹ De genoemde standaardregelingen sluiten beroep op de Overheidsrechter uit en onderwerpen geschillen aan het oordeel van arbiters of bindend adviseurs.

7. Geschiedenis en wezen van de aannemingsovereenkomst.

De wetgever zal zich dus hebben te beraden over het wezen van de aannemingsovereenkomst en de voor haar geldende algemene beginselen.

Mr T. Binnerts geeft in zijn dissertatie¹ een overzicht van de opvattingen hierover in het Romeinse recht. Een ieder zal zich herinneren het verschil tussen de *locatio conductio operarum* — de huur van diensten — en de *locatio conductio operis* — de aannemingsovereenkomst. Bij de eerste overeenkomst stelt de arbeider slechts zijn diensten beschikbaar, volgens de tweede neemt hij aan, om door zijn arbeid al of niet met bijlevering van de stof, een zeker resultaat tot stand te brengen. De schrijver behandelt vervolgens de ontwikkelingsgang van de tweede overeenkomst in het Romeinse recht, te beginnen met Labeo, die op het standpunt staat, dat „elke toevallige gebeurtenis, die het resultaat verhindert tot stand te komen, ten laste komt van de aannemer”, tot Africanus, die het risico van de overeenkomst geheel ten laste van de aanbesteder brengt.

Als voorbeeld voor dit laatste wordt genoemd de „aardstorting”, waardoor de bouw onmogelijk wordt en waar bij Africanus aan een *vitium soli* heeft gedacht.

Wanneer wij vandaar een sprong maken naar de Code Civil, dan lezen wij in art. 1787 (waaruit ons art. 1640 B.W. is voortgekomen) „Lorsqu'on charge quelqu'un de faire un ouvrage on peut convenir, qu'il fournira seulement son travail ou son industrie, ou bien qu'il fournira aussi la matière.” In het ontwerp voor de Code Civil werd hieraan nog toegevoegd: „Dans le premier cas c'est un pur louage, dans le second c'est une vente d'une chose une fois faite”².

In deze gedachtengang is de aannemingsovereenkomst als afzonderlijke overeenkomst komen te vervallen, immers zij is òf huur van diensten òf koop van een toekomstige zaak³. Zo kon de verwarring ontstaan, neergelegd

¹ „De Risico bij aanbesteding en arbeidsovereenkomst”, geschreven in 1899, dus vóór de wet op het arbeidscontract.

² Zie Domat, *Loix Civiles* Lid I Tit IV, Pothier, *Louage* No. 439.

³ Zie Mr W. A. Cremers „*Bouwrecht*” pag. 88 e.v.

in de risicoregelingen van de artikelen 1641—1643 B.W.

Onze geniale Minister van Waterstaat, Dr C. Lely, had zich — evenals de wetgever van thans — te beraden over de algemene beginselen der aannemingsovereenkomst, in verband met de destijds voor handen zijnde algehele herziening van de A.V. van Waterstaat. In zijn desbetreffende nota aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal¹ stippelde hij na overleg met zijn ambtgenoten deze algemene beginselen als volgt uit:

„De aannemer worde niet, in de vorm van inlichtingen enz. meer opgelegd dan waarvoor hij schriftelijk overeenkomt.

De werktermijnen mogen niet willekeurig of onwillekeurig door de directie kunnen worden verkort. Het risico der aanneming vange eerst aan met de dag van aanvang van het werk.

Termijnsverlenging voor de omstandigheden, die, hoewel zij niet als force majeure aangemerkt kunnen worden, doch buiten de schuld van de aannemer zijn, worde zoveel mogelijk toegestaan.

Het tijdstip der opneming van geleverd werk mag niet afhankelijk zijn van het welmenen der directie. De tariefsprijzen moeten, zo zij geen voldoende billijke maatstaf voor de verrekening meer opleveren, kunnen worden herzien. (Hierbij worde in aanmerking genomen, dat de verrekening soms geruime tijd na de vaststelling van het tarief geschiedt).

De geldelijke gevolgen van schorsing en staking der werken behoren niet voor rekening van de aannemer te komen.

Schade ontstaan door buitengewone omstandigheden, buiten de wil van de aannemer, behoort, mits een gepaste werkwijze is gevolgd, hem te worden vergoed.

De aannemer behoort het recht te hebben betaling te vorderen, als hij meent, dat het werk of de levering daartoe, volgens het contract, voldoende gevorderd is.

Schade door vertraging in de betaling, als gevolg van administratieve bezwaren, enz. die niet door de

¹ Gedrukte stukken Zitting 1897—1898 No. 33.

aannemer kon worden voorkomen, behoort niet door hem te worden geleden.

Al deze beginselen hebben ten doel vermindering van het risico van de aannemer of leverancier en derhalve vermindering der oorzaken van geschillen".

Deze beginselen komen mij ook thans voor ons huidige recht nog steeds juist voor. Zij kunnen mijns inziens een leiddraad vormen voor de codificatie van het recht op dit punt.

Uit de genoemde algemene beginselen kan worden geconcludeerd — gelijk ook in de onder no. 4 geciteerde definitie van Prof. Meijers tot uitdrukking komt — dat het wezen van de aannemingsovereenkomst bestaat in een afspraak tussen partijen, waarbij de aannemer zich verbindt om een werk van stoffelijke aard tot stand te brengen. Hieraan zijn zekere risico's verbonden, doch ik ben het niet eens met de opvatting van Mr Cremers, dat de risico-overneming het essentiële kenmerk der aannemingsovereenkomst zou zijn ¹.

8. Uitvoering van werken onder directie.

Uit de standaardregelingen komt een algemene gedachte naar voren, die van essentiële betekenis is voor de vragen van aansprakelijkheid bij de aanneming van bouwwerken. Ik doel hierbij op de bepalingen, volgens welke de aannemer verplicht is het werk uit te voeren overeenkomstig bestek en tekeningen en de toepasselijke voorschriften en daarbij steeds de orders en aanwijzingen van de directie heeft op te volgen ².

Een dergelijke bepaling geldt in het algemeen niet voor de aannemer van werken betreffende roerende goederen, zoals de kleermaker, de meubelmaker etc., doch vrijwel steeds voor de aanneming van bouwwerken van enige omvang.

De aanbesteders van de laatste werken plegen hun aanbestedingen te doen voorafgaan door een zeer grondig onderzoek van hun ingenieur of architect, die een volkomen gedetailleerd plan uitwerkt en vastlegt in een bestek, tekeningen en procesverbaal van aanwijzingen.

¹ Bouwrecht pag. 91.

² Par. 3 lid 3 A.V., par. 9 lid 2 A.A.V., par. 17 lid 7 A.B. en par. 11 lid 3 A.V. Genie.

Vervolgens zal de aannemer — gelijk wij zagen — na de gunning het werk hebben uit te voeren overeenkomstig de aanwijzingen van een ingenieur of architect of zijn plaatsvervanger, die met de directie over het werk, dus met het toezicht op de uitvoering daarvan, is belast. Er bestaat in de standaardregelingen en in de maatschappelijke opvattingen een taakverdeling tussen de directie en de aannemer. De aannemingsovereenkomst wordt door het optreden van de directie niet veranderd in een huur van diensten, immers de aannemer blijft zelfstandig bij de koop van materialen en de organisatie van zijn werk. Hij blijft de deskundige, doch zal zich hebben neer te leggen bij de beslissingen en aanwijzingen van de directie.

Het bestaande Burgerlijk Wetboek houdt hiermede niet of nauwelijks rekening. Het noemt „bouwmeesters” en „aannemers” in één adem en maakt geen onderscheid tussen hun aansprakelijkheden. Dit is ook begrijpelijk, wanneer men denkt aan z.g. burgerbouw, waarbij in vroeger eeuwen doorgaans geen architect naast of boven de aannemer optrad. Er was toen nog nauwelijks een zelfstandige architectenstand¹. Thans is dit wel het geval². Ook in z.g. burgerbouw pleegt een zelfstandige architect het uitgewerkte bouwplan door grondige (bodem-) onderzoekingen te doen voorafgaan. Voor overheidswerken, in het bijzonder Waterstaatwerken, geldt zulks in nog versterkter mate, door de leiding van een keurcorps van ingenieurs. Bij al deze werken treedt de aannemer niet meer — zoals in het bestaande B.W. werd verondersteld — op als constructeur, doch meer als zelfstandige ondernemer, die zijn bedrijf ten dienste stelt om de plannen van de directie voor het werk tot volledige uitvoering te brengen.

¹ De meeste der grote bouwmeesters uit vroeger tijden traden zelf min of meer als aannemer op. Jacob van Campen b.v. had verscheidene timmerlieden in zijn dienst. (Zie voorts Ir J. J. v. d. Wal, „De Economische Ontwikkeling van het Bouwbedrijf in Nederland” pag. 35).

² In onze meer gespecialiseerde maatschappij wordt volgens de bestaande ere-code van de architecten zelfs een binding van het beroep van architect met het beroep van aannemer ongeoorloofd geacht. (Zie „Algemene regelen voor de uitoefening van het architecten-beroep” sub. C. 15).

Het spreekt wel van zelf, dat onder deze omstandigheden aannemer en directie ieder hun eigen aansprakelijkheden dragen, welke bezwaarlijk van de een op de ander kunnen worden overgeheveld. Ik meen dan ook, dat de wetgever in zijn regeling van de aannemingsovereenkomst een duidelijke splitsing der verantwoordelijkheden zal moeten maken tussen de aannemingen van werken, die onder directie worden uitgevoerd en waarbij de aannemer niet als constructeur optreedt, en andere werken ¹.

9. Verschillende aansprakelijkheden van de aannemer al naar gelang het plan al of niet van hem afkomstig is en de uitvoering van het werk al of niet onder directie plaats vindt. Bij werken onder directie draagt de aanbesteder in het algemeen de aansprakelijkheid voor de technische uitvoerbaarheid van het plan en voor de juistheid van namens hem gegeven orders en aanwijzingen.

In rechtspraak en literatuur komt duidelijk tot uitdrukking een verschil in de aansprakelijkheid van de aannemer, al naar gelang hij een werk al of niet onder directie heeft uitgevoerd.

Dit spreekt ook schier van zelf. Een ieder is immers verantwoordelijk voor zijn eigen werk en aansprakelijk voor zijn eigen fouten. Dit geldt zowel voor de aannemer als voor de architect. Deze laatste wordt algemeen beschouwd als de gemachtigde van de aanbesteder. In de verhouding aanbesteder-aannemer — de twee contractpartijen bij een aanneming van werk — valt de verantwoordelijkheid van de architect, aanbesteders gemachtigde, derhalve terug op de aanbesteder. De onderscheiding der aansprakelijkheid komt reeds tot uitdrukking bij de besteding der werken. De aannemer, die op een werk inschrijft op grond van een uitvoerig bestek, behoort op

¹ Mr J. P. Bruynzeel. „De rechtspositie van de architect”. Diss. 1900. Mr I. van Creveld. De overeenkomst tussen bouwheer en architect. Mr Cremers Bouwrecht pag. 8 e.v. en 17 e.v.

Asser-Kamphuisen 3e deel pag. 423 e.v. en de daar genoemde standaardregelingen voor de aansprakelijkheid van architecten, ingenieurs en stedenbouwkundigen, waarvan ik alleen noem de Algemene Regelen 1932 (A.R. 1932, vastgesteld door de B.N.A.) en het Tarief voor Ingenieurswerkzaamheden.

de juistheid van de besteksgegevens te kunnen rekenen. Aldus werd beslist in een particuliere arbitrage¹. Een analoge beslissing werd gegeven in een arbitrale uitspraak volgens par. 495 van de A.V. 1895 dd. 3 December 1923 (A.R. No. 61) waarbij de aanbestedster aansprakelijk werd gesteld voor de kosten van het opruimen van een verborgen fundering, waardoor de grond niet kon worden uitgebaggerd. Arbiters overwogen o.m., dat het redelijker werd geoordeeld, dat de Gemeente de nadelige gevolgen van de in het bestek niet aangeduide oude fundering droeg, dan dat de aannemer deze voor zijn rekening zou moeten nemen, omdat het de aanbestedster was geweest, die destijds had gedoogd, dat de fundering aanwezig bleef. Naar mijn mening is dit laatste argument niet doorslaggevend, doch wel de omstandigheid, dat het opruimen van de fundering niet tot het aangenomen werk kon worden gerekend, omdat hiervan niets in het bestek viel te lezen, hetgeen wel het geval zou zijn geweest, indien de Gemeente een grondiger onderzoek had doen instellen. Analoge beslissingen vinden wij in diverse uitspraken van de Raad van Arbitrage², die er van uit-

¹ Prof. Mr J. Ph. Suyling, Ir A. W. C. Dwars en Ir H. Polano d.d. 8 April 1935 A.R. No. 198.

² Jaarverslag Raad van Arbitrage 1940, No. 1200 pag. 9 e.v.: Bij de aanleg van een havenarm en kademuur, ondervond de aannemer een reeks van tegenslagen, doordat in de funderingsput houten palen, funderingen en beschoeiingen aanwezig waren, waarvan in het bestek niets vermeld stond.

Volgens de aanbesteder waren deze obstakels te verwachten geweest, doch het grote aantal en de aard van de obstakels hadden ook de directie verrast. Volgens de Commissie van Advies brachten gebruik en billijkheid mede, „dat de door de aanwezigheid van onvoorziene hindernissen veroorzaakte kosten, aan de aannemer worden vergoed en deze daarvan niet het risico draagt”.

Verslag 1948—1949. Nos. 1480—1482, pag. 38 e.v.: Bij de ontgraving van een bouwput voor een haven, stuitten aannemers bij de uitvoering op grote moeilijkheden door de aanwezigheid van een houten kolk en de resten van een oude gracht. Het bestek vermeldde hierover niets, doch noemde integendeel de aanwezigheid van resten van funderingen onwaarschijnlijk. Het bestek gaf wel de wijze van ontgraving aan en een plan voor de bronbemaling, doch in afwijking daarvan bleek de grond een zo dikke kleilaag te bevatten, dat de put door een bronbemaling alleen, niet voldoende droog te krijgen was. Na een wanhopig gemodder in de put, hadden de aannemers naast bronbemaling ook openbemaling toegepast. De Directie meende dit alles voor rekening van aanne-

gaan, dat de aanbesteder de aansprakelijkheid draagt voor de juistheid van de besteksgegevens omtrent de bodem.

In dit verband rijst de vraag, of de aanbesteder zijn aansprakelijkheid in het bestek tegenover de aannemer kan uitsluiten.

De beantwoording van deze vraag zal mijns inziens afhangen van de feitelijke omstandigheden. Indien de afwijkingen tussen bestek en werkelijkheid binnen redelijke grenzen blijven, dan zal een uitsluiting van aanbesteders aansprakelijkheid geldig kunnen worden geoordeeld, doch niet wanneer de afwijkingen zodanige proporties aannemen, dat het bestek, al of niet opzettelijk, geheel onjuist en misleidend zou zijn geweest.

De vraag werd bevestigend beantwoord in een beslissing van de Raad van Arbitrage d.d. 22 Januari 1918 A.R. No. 10. Het betrof verzakkingen en verschuivingen, waarop de aannemer volgens het bestek niet had behoeven te rekenen, doch het bestek bevatte een bepaling, waarbij schade, voortspruitende uit verzakkingen en verschuivingen, voor rekening van de aannemer werd gebracht. Op grond van deze clause werd aannemers vordering tot schadevergoeding afgewezen.

Natuurlijk wordt de aannemer vóór zijn inschrijving geacht zich zoveel als in de doorgaans korte tijd van voorbereiding mogelijk is, te hebben vergewist van de feitelijke toestand op het werk-terrein, waaraan hij dus de besteksgegevens oppervlakkig moet toetsen. Voor het overige moet hij op het bestek kunnen afgaan. Deze regel komt in tal van arbitrale uitspraken naar voren. Zo b.v. in een arbitrale uitspraak van 1954¹ naar aanleiding van de verbetering van een als riool dienstdoende, groten-deels overwelfde waterloop in een zeer oud stadje. Het bestek bepaalde o.m., dat de aannemer aansprakelijk was voor de schaden aan particuliere of Gemeente-eigendom-

mers te kunnen brengen en paste een grote korting toe, wegens overschrijding van de bepaalde termijn. De Commissie van Advies oordeelde het standpunt van de directie niet juist; volgens haar hadden de aannemers zich bij hun inschrijving mogen baseren op de besteksomschrijving en veronderstellen, dat deze wel ongeveer strookte met de feitelijke bodemgesteldheid.

¹ Jaarverslag Raad van Arbitrage 1954 No. 2248.

men, die als gevolg van de uitvoering der werken mochten ontstaan. Tijdens de uitvoering van het werk deed zich plotseling een ernstige scheurvorming voor in enige huizen boven het gewelf. Op grond van de besteksclausule stelde de Gemeente hiervoor de aannemer aansprakelijk. De Commissie van Advies constateerde, dat de toestand van het gewelf op vele plaatsen zeer aanmerkelijk afweek van hetgeen de bestektekeningen aangaven, terwijl bovendien op sommige plaatsen zonder behoorlijke voorziening, riolen door het gewelf waren gestoken en verschillende percelen zonder voldoende fundering boven het gewelf waren geplaatst, van al hetwelk niets uit het bestek bleek. De Commissie van Advies overwoog, dat volgens de leer van de adaequate-veroorzaking de rioleringswerkzaamheden niet als oorzaak van de scheurvorming moesten worden aangemerkt, doch veeleer de ernstige mate van bouwvalligheid van muren en overwelvingen. Volgens het bestek was een verbetering van de waterloop aanbesteed, doch niet het restaureren van de oude overwelvingen en onvoldoende gefundeerde percelen. Nu het bestek niet aangaf, welke voorzieningen uit een oogpunt van veiligheid noodzakelijk zouden zijn, achtte de Commissie van Advies ondanks de zoëven genoemde clausule van aansprakelijkheid van de aannemer, deze gerechtigd een vergoeding te verlangen van de kosten der bijzondere voorzieningen voor onvoldoende funderingen en bouwvalligheden.

Uit de hiervoren slechts zeer in het kort behandelde jurisprudentie van de Raad van Arbitrage valt mijns inziens af te leiden een aansprakelijkheid van de aanbesteder voor de juistheid van de besteksgegevens en de uitvoerbaarheid van het plan¹. Men dient bij de toepassing van deze regel de nodige voorzichtigheid in acht te

¹ Zie ook Jaarverslag van de R.v.A. 1940 No. 1254 pag. 39; voorts verslag 1953 No. 1793 pag. 14 e.v.:

Het bestek van een rioleringswerk, wees op aanwezigheid van dienstleidingen en bepaalde, dat het hierdoor ontstane oponthoud voor risico van de aannemer was. Deze bepaling ontnam volgens de Commissie van Advies aan de besteksbepalingen niet iedere bindende betekenis, zodat afwijkingen van de werkelijkheid met de bestektekening niet onbeperkt voor rekening van de aannemer konden worden gebracht.

nemen, zoals dan ook in de uitspraken van de Raad van Arbitrage wordt gedaan.

Jaarverslag 1941-1944 No. 1282 pag. 15 behandelt b.v. het geval van een aannemer, die een werk te licht had opgevat, doch uit dezen hoofde uiteraard geen bijbetaling kon verlangen. Pag. 28 van hetzelfde verslag vermeldt een geval van aantreffen van een harde laag in de bodem, waarop de aannemer volgens de vóór de gunning ter inzage gegeven sonderingen en rapporten had kunnen rekenen.

Verslag 1946-1947 No. 1391 pag. 19 belast de aannemer met het risico van de omvang van de te verwerken hoeveelheden grond voor zover de aannemer daarbij onvoldoende rekening had gehouden met de gevolgen van inklinking van de ophoging en zakking van de ondergrond. In een particuliere arbitrage¹ werd een aannemer aansprakelijk gehouden voor het door hem ingediende werkplan. In verschillende andere arbitrages werd uitgemaakt, dat de aannemer aansprakelijk is voor door hem zelf voorgestelde besteksafwijkingen².

In vele gevallen beperkt de directie aanbesteders aansprakelijkheid voor de juistheid der besteksgegevens door b.v. bij het noemen in het bestek van hoeveelheden, uitdrukkelijk te vermelden, dat zulks slechts ter „inlichting” geschiedt. In de arbitrale uitspraken wordt hierover veelal beslist, dat dergelijke bepalingen wel een zeker risico op de aannemer leggen, in het bijzonder, indien de aannemer zich vóór zijn inschrijving van de toestand op de hoogte heeft kunnen stellen, doch niet iedere betekenis ontnemen aan het vermelden van hoeveelheden, zodat bij abnormale afwijkingen veelal een bijbetaling wordt toegekend³.

Een analoge onderscheiding van de wederzijdse aansprakelijkheden zet zich voort tijdens de uitvoering van het werk. Naar mijn mening valt uit het arrest van de Hoge Raad van 18 Maart 1932 (N.J. 1932, blz. 925), af

¹ Mr H. C. van Blommestein, Ir J. Lely, Prof. Ir Chr. K. Visser d.d. 29 November 1941. A.R. No. 278.

² Verslag R.v.A. 1941-1944 pag. 25, 45.

³ Verslag 1941-1944 pag. 5, 10, 34, 53; verslag 1946-1947 pag. 29; verslag 1948-1949 pag. 21; verslag 1950 pag. 13; verslag 1951-1952 pag. 53.

te leiden, dat ook de Hoge Raad een dergelijke scheidingslijn trekt. Het betrof een schade als gevolg van ongeschiktheid van de bodem. De tegen de aannemer ingestelde vordering, gegrond op beweerde wanprestatie, werd afgewezen, omdat de aannemer het werk had uitgevoerd volgens bestek en tekeningen en hij de aanbesteder vruchteloos had gewezen op wenselijkheid van onderheffing in verband met de gesteldheid van de bodem.

Tegenover het vorenstaande staat uiteraard als complement, dat de aannemer, die — zoals ten tijde van de invoering van het bestaande B.W. meer gebruikelijk was — zelf als constructeur optreedt, ook de aansprakelijkheid dient te dragen voor de juistheid van de constructie en de daaraan verbonden risico's. Hetzelfde geldt voor zover de aannemer zelf wijzigingen in de voorgeschreven constructie heeft voorgesteld en met goedvinden van de directie uitgevoerd¹.

Uit dit alles zou ik de gevolgtrekking willen maken, dat de wetgever bij de regeling van de aannemingsovereenkomst, goed doet uit te gaan van een onderscheiding tussen werken al of niet onder directie uitgevoerd. Men heeft in verband met het nieuwe wetboek wel de vraag gesteld, of een afzonderlijke regeling voor roerend en voor onroerend goed, nodig zou zijn. Naar mijn mening is dit voor de bepaling van aannemers aansprakelijkheid niet het geval, doch dient wel een onderscheid te worden gemaakt tussen werken voor zover het plan van de aanbesteder of zijn vertegenwoordiger afkomstig is, dan wel voor zover de aannemer het plan heeft aangeboden of voorgesteld. Hetzelfde geldt voor het geval de uitvoering al of niet onder directie plaats vindt. Deze onderscheiding behoeft niet precies analoog te liggen aan de onderscheiding tussen onroerend en roerend goed. Ik kan mij immers voorstellen, dat ook de aannemer van een ingewikkelde machine — wanneer deze niet in serie-bouw wordt uitgevoerd — werkt onder de directie van een ingenieur van de aanbesteder. Ook meubelen kunnen onder directie worden uitgevoerd.

Uit het vorenstaande volgt m.i. tevens, dat in het al-

¹ Rb. Rotterdam 25 Juni 1948 N.J. '49 No. 381; Gerechtshof 's-Gravenhage 18 Maart 1918 N.J. '19 blz. 836; verslag R.v.A. 1951-1952 pag. 51.

gemeen de aanbesteder de verantwoordelijkheid draagt voor de uitvoerbaarheid van het plan en voor de juistheid van tijdens de uitvoering van het werk door of namens hem gegeven orders of aanwijzingen.

Alles tenzij de aannemer de onjuistheid van de besteksgegevens of van de hem gegeven orders of aanwijzingen had kunnen, of moeten onderkennen en daartegen had moeten waarschuwen. Er zijn dus gevallen denkbaar, waarin zowel de architect als de aannemer tegenover de aanbesteder hoofdelijk aansprakelijk is ¹.

Duidelijkshalve zij er op gewezen, dat het vorenstaande slechts betreft de verhouding tussen aanbesteder en aannemer, niet de aansprakelijkheid tegenover derden, welk onderwerp buiten het kader van dit praeadvies valt ².

10. Aanbesteder draagt in het algemeen eveneens de aansprakelijkheid voor de juridische uitvoerbaarheid van het plan.

Volgens par. 25 lid 3 A.V., waarop de A.B. aansluiten, heeft de directie namens de aanbesteder zorg te dragen voor de tijdige verkrijging van de voor de opzet van het werk vereiste vergunningen. Hierop sluit aan lid 5, luidende: „Indien bij de uitvoering van het werk moeilijkheden of oponthoud ontstaan, ten gevolge van de na te leven wetten en wettelijke voorschriften, is de aannemer voor de gevolgen daarvan aansprakelijk, tenzij redelijkerwijs moet worden aangenomen, dat hij deze niet had kunnen voorkomen. In dat laatste geval heeft hij aanspraak op een billijke bijbetaling of schadevergoeding” ³.

In aansluiting aan no. 9 van dit praeadvies, meen ik aan de genoemde bepalingen van par. 25 A.V. de betekenis te mogen hechten, dat de aanbesteder ook het risico draagt van de juridische uitvoerbaarheid van het plan. Hierop sluit de jurisprudentie van de Raad van Arbitrage aan.

Verslag 1940, pag. 15, vermeldt een geval, waarin was

¹ Zie Mr Cremers „Bouwrecht” pag. 31.

² Zie o.a. Gerechtshof Amsterdam 6 Mei 1936 N.J. 1937 Nr. 452: De aannemer van de verbreding van Rijksweg No. 1 tegenover derden voor schade aansprakelijk gehouden, ofschoon hij zich beriep, overeenkomstig het bestek te hebben gewerkt.

³ Analoog par. 25 lid 6 A.V. Genie.

gegund vóórdát de bouwvergunning was verleend. Deze werd geweigerd. De aanbesteder, die door de aannemer tot schadevergoeding werd aangesproken wegens het niet doorgaan van de bouw, stelde in de eerste plaats, dat het werk slechts voorwaardelijk was gegund. Een voorbehoud voor het verlenen van de bouwvergunning was echter niet gemaakt. Subsidiair beriep de aanbesteder zich op overmacht, omdat zonder bouwvergunning de uitvoering der bouwplannen niet mogelijk was. De beide verweren werden door de Commissie van Advies verworpen. De Commissie overwoog „dat degene die door een deskundige uitgewerkte plannen laat ontwerpen en op grond daarvan een werk aanbesteedt, als regel tegenover de aannemer de verantwoordelijkheid draagt voor de uitvoerbaarheid en het risico van het verkrijgen der bouwvergunning”¹. Verslag 1948—1949, pag. 3, vermeldt een beslissing, volgens welke de aanbesteder werd belast met het risico van vertraging van het werk door te late verstrekking van distributietoewijzingen².

Eerder had de Raad van Arbitrage (verslag 1941—1944, pag. 48) op grond van par. 25 lid 5 A.V. beslist, dat de schade door een tijdens de uitvoering van een werk (met het oog op een gewijzigd distributie-systeem) afgekonddigd afleveringsverbod van cement voor rekening van de aanbesteder diende te komen³.

¹ Verslag R.v.A. 1946—1947 pag. 25 en 27. Bouwvergunning per 1 Juli vervallen verklaard. In de beide gevallen wilde de aanbesteder de aannemer van het werk ontslaan. In het eerste geval werd het werk later voortgezet na het verlenen van een nieuwe vergunning. In het tweede geval hield de aanbesteder het materieel tot na de bevrijding op het werk. Daarna hield hij voor de voltooiing een hernieuwde inschrijving, waarna de voltooiing aan een andere aannemer werd gegund. Beide gevallen werden beoordeeld uit het gezichtspunt, dat de aanbesteder het risico droeg van aanwezigheid van de nodige vergunning.

² Evenzo verslag 1951—1952 pag. 36.

³ Ik moge nog wijzen op diverse uitspraken van de Raad van Arbitrage, waarbij op grond van par. 25 lid 5 A.V. aan de aannemer bijbetaling werd toegekend ter zake van ná de inschrijving op werken ingevoerde belastingverhogingen (invocering verveenhoefting en verhoging omzetbelasting), natuurlijk alleen voorzover niet in de hierdoor ontstane hogere kosten was vervallen door een aan de aannemer toe te rekenen overschrijding van de opleveringstermijn. Verslag 1946—1947 No. 1394 pag. 20; verslag 1951—1952 No. 1618 pag. 12; verslag 1953 No. 1672 pag. 20 en No. 1821 pag. 27.

Een van voormelde arbitrale beslissingen afwijkend standpunt is te vinden in arrest Gerechtshof Amsterdam d.d. 24 Juni 1936 N.J. 37 No. 1125. In casu was aanbesteed het slopen van een verbrand perceel en vervolgens de herbouw van het perceel. Na uitvoering van het sloopwerk bleek de bouwvergunning voor de nieuw-bouw niet te worden verleend. Het Gerechtshof kende aan de aannemer een vergoeding toe voor het verrichte sloopwerk, doch zag in de weigering van de bouwvergunning het vervuld worden van een stilzwijgende voorwaarde tot ontbinding van de aannemingsovereenkomst.

In een particuliere arbitrage¹ werd de stopzetting van het werk door de Overheid in Juli 1942 gezien als een overmachtige omstandigheid, welke aanleiding gaf tot afrekening van het gemaakte werk, zonder schadevergoeding aan de aannemer.

In de geciteerde jurisprudentie zien wij derhalve drieërlei standpunt naar voren komen — de risico-gedachte, de fictie van een stilzwijgende voorwaarde van juridische uitvoerbaarheid van het plan, en een beroep op overmacht — waarover de wetgever zich zal hebben te beraden. Naar mijn mening is de risico-gedachte de meest zuivere. Het veronderstellen van een stilzwijgend voorbehoud is m.i. niet billijk tegenover de aannemer, wanneer hij niet door een uitdrukkelijk voorbehoud er voor is gewaarschuwd, dat de aanbesteder het werk reeds gunt zonder de voor uitvoering nodige toestemming te hebben verkregen. En het beroep op overmacht is enigermate gewrongen, omdat hier geen eigenlijke overmacht aan de zijde van de aanbesteder (de crediteur) aanwezig is.

Aansluitend aan het sub 9 vermelde, meen ik, dat het veelal op de weg van de directie van een werk ligt, om zorg te dragen voor aanwezigheid van de voor de opzet van het werk nodige vergunningen, aler tot aanbesteding der werken over te gaan. Mocht voordien worden aanbesteed, dan wil het mij voorkomen, dat — behoudens een uitdrukkelijk bedongen opschortende voorwaarde — het risico van verlening der vergunning in billijkheid op de aanbesteder dient te rusten. Derhalve meen ik, dat ook ten aanzien van de juridische uitvoerbaarheid van de

¹ Mr W. Nolen d.d. 8 November 1946 A.R. 314.

plannen door de wetgever een gelijke onderscheiding zou kunnen worden gemaakt tussen werken onder, en werken zonder directie.

11. Eigendom van op het werk aangevoerde en goedgekeurde materialen.

Een tweede algemene gedachte, geldend voor alle werken van de Rijkswaterstaat en de Wederopbouw, waarop de A.V. en A.B. toepasselijk zijn, vloeit voort uit par. 43 A.V.¹, volgens welke de aanbesteder eigenaar wordt van alle op het werk aangevoerde bouwstoffen en daaruit vervaardigde voorwerpen. Dit is op de genoemde werken een wet van Meden en Perzen, zozeer, dat ik meen, dat de Wetgever zou moeten overwegen een nieuwe regeling van het onderwerp hierop te doen aansluiten. Volgens het huidige recht wordt de aanbesteder van het werk — eigenaar van de grond — reeds door natrekking eigenaar van de zaken, die aard- en nagelvast met de grond worden verbonden. Hierop vormt de regeling van de A.V.

¹ Par. 43 A.V. luidt:

1. Alle op of bij het werk op Rijksterrein aangevoerde bouwstoffen en daaruit vervaardigde voorwerpen worden, zodra zij zijn goedgekeurd, eigendom van het Rijk, zonder dat het Rijk uit enigen hoofde voor de betaling dier bouwstoffen aan de leveranciers aansprakelijk is.
2. De aannemer wordt geacht zich te verbinden alle bouwstoffen van de leveranciers te hebben gekocht onder uitdrukkelijke voorwaarde, dat deze afstand hebben gedaan van alle aanspraken, die zij in voorkomende gevallen daarop zouden kunnen doen gelden, en verklaren, dat zij de in het eerste lid bedoelde bouwstoffen, zodra zij zijn goedgekeurd, als eigendom van het Rijk beschouwen.
3. Bouwstoffen aangevoerd in fabrieken, werkplaatsen of op andere niet aan het Rijk behorende terreinen, zomede de daaruit vervaardigde voorwerpen, zullen evenzeer na goedkeuring eigendom van het Rijk zijn, indien de aannemer door overlegging van de nodige gezegelde en geregistreeerde verklaringen tot genoege van de directie heeft aangeloond, dat de leveranciers of andere bij de levering of vervaardiging betrokken personen afstand van die bouwstoffen of voorwerpen hebben gedaan in de zin als in het tweede lid is omschreven.
4. Bouwstoffen of voorwerpen, die ingevolge de in deze paragraaf vervatte voorschriften Rijkseigendom zijn, mogen niet zonder toestemming van de directie worden weggevoerd.
5. Bouwstoffen, die na de voltooiing van het werk zijn overgebleven, worden zonder verrekening aan de aannemer teruggegeven, behoudens het bepaalde in par. 12.

een uitbreiding. In de praktijk brengt zulks met zich mede, dat de waarde van de aangevoerde en door de directie goedgekeurde materialen tevens wordt medege-rekend bij de vaststelling van de vordering van het werk, in verband met de termijnbetalingen op de aanneemsom.

De wetgever zal zich hebben te beraden over al of niet opneming van een bepaling bij aannemingen van werken met betrekking tot onroerende goederen, dat de eigendom van bouwmaterialen op de eigenaar van de grond overgaat door de aanvoer en goedkeuring der materialen op het werk.

Dit is een vraag van afweging van de belangen van de aanbesteder tegenover die van leveranciers der materialen, die zich de eigendom plegen voor te behouden, totdat de betaling zal zijn geschied.

12. Verrekening van meer- en minderwerk; art. 1646 B.W. kan m.i. vervallen.

Behalve over de vorenstaande onderwerpen, zal de wetgever zich ook hebben te beraden over de verrekening van meer- en minderwerk als gevolg van tijdens de uitvoering van het werk door de aanbesteder of zijn architect gelaste besteksafwijkingen. Art. 1646 B.W. bepaalt hierover, dat bijbetaling wegens meerwerk alleen kan worden gevorderd, indien het schriftelijk is opgedragen of ingewilligd¹. Ik meen over dit artikel kort te kunnen zijn, immers ik neem aan, dat men het er tegenwoordig over eens is, dat genoemd artikel zeer verouderd is. Soms is aan dit artikel een te grote zedelijke waarde toegekend. Rb. 's-Hertogenbosch 8 Januari 1935 N.J. 1936 No. 332 noemt het artikel nog van openbare orde, zodat de Rechter het zelfs ambtshalve zou moeten toepassen.

In andere uitspraken werd aan het artikel een meer beperkte betekenis gegeven, zo b.v. in Arrest Gerechtshof Amsterdam, 15 October 1936, (N.J. 1937 No. 1061), waarbij een vordering werd toegewezen op grond van een door de architect goedgekeurde meerwerkrekening, zonder dat de aannemer afzonderlijke schriftelijke meer-

¹ Volgens arrest H.R. d.d. 29 Januari 1915 W. 9854, N.J. 1915 No. 483 kan het schriftelijke bewijs zelfs niet door een ander bewijs-middel worden vervangen.

werkopdrachten behoefde over te leggen. Uit de tekst van het huidige art. 1646 B.W. werd in andere gevallen geconcludeerd, dat het artikel niet geldt voor onder-aannemingen, niet voor verbouwingen, niet bij schepen e.d. Reeds hieruit kan mijns inziens de geringe zedelijke betekenis van het bestaande artikel worden geconcludeerd, immers wanneer men wil vasthouden aan de eis van schriftelijke meerwerkopdrachten, waarom dan niet bij onderaanneming, verbouwing, schepen, e.d.?

In de regelingen van A.V., A.A.V. en A.B. wordt steeds afgeweken van het genoemde artikel en bepaald, dat het gemis van schriftelijke lastgeving of opdracht, de aannemer zijn recht op betaling voor meerwerk niet ontnemt¹. Op vrijwel alle grote werken gelden dus voor het meerwerk de gewone regels omtrent het bewijs van opdracht of goedkeuring. Wanneer een enkele maal in het bestek art. 1646 B.W. weer toepasselijk wordt verklaard, dan pleegt de Raad van Arbitrage te overwegen, dat zulk een bepaling de verplichting aan de aanbesteder oplegt om dan ook alle meerwerkopdrachten schriftelijk vast te leggen. De arbiters, oordelende als goede mannen naar billijkheid, leiden hieruit doorgaans af, dat een aanbesteder, die zich zelf niet aan deze verplichting houdt, zich in billijkheid niet kan beroepen op het gemis van een schriftelijke opdracht, indien de meerwerkopdracht door andere bewijsmiddelen vaststaat. Zonder een zodanige redenering zou de aanvaarding door de aanbesteder van door hem opgedragen meerwerk zonder betaling van de kosten daarvan, een ongerechtvaardigde verrijking voor hem opleveren.

13. Beperkingen van het risico van de aannemer.

Op de moeilijkheden en vragen, die tijdens de uitvoering van werken kunnen rijzen, meen ik in dit praeadvies niet te behoeven ingaan. Onder no. 6 zagen wij immers, dat deze moeilijkheden en vragen kunnen worden opgelost door de algemene regelen van het verbintenissen- en overeenkomstenrecht.

Toch meen ik nog op een algemene gedachtengang te

¹ Par. 11 lid 8 A.V.; par. 32 lid 12 A.A.V.; par. 17 lid 8 A.B.

moeten wijzen, die uit de standaard-regelingen naar voren komt, en die neerkomt op een zekere risicobeperking voor de aannemer, in dier voege, dat telkenmale speciale risico's voor hem worden uitgesloten en voor rekening van de aanbesteder worden gebracht¹.

Behalve de in de noot hieronder genoemde speciale risico's, is er het meer algemene risico voor schade aan het werk en de daarmee verband houdende andere werken van de eigenaar en aan de hulpwerken, en schade en/of verlies van de op het werk aangevoerde bouwstoffen, werktuigen e.d. Par. 16 A.V. lid 2 bepaalt hieromtrent begrijpelijkerwijze, dat de aannemer voor zodanige schade aansprakelijk is, indien zij is ontstaan door nalatigheid, onvoorzichtigheid of verkeerde handelingen van hem of van degenen, die hij op het werk heeft toegelaten. Lid 3 voegt hieraan toe: „Hij is ook aansprakelijk voor alle, uit andere oorzaken ontstane schade, tenzij deze is ontstaan door buitengewone omstandigheden, waartegen hij zich in verband met de aard van het werk niet heeft kunnen of redelijkerwijs niet heeft behoeven te wapenen of verzekeren”². Deze laatste algemene gedachtengang van de A.V. komt mij juist voor dan die van de artikelen 1642—1643 B.W.

Behalve de grondbeginselen over dit onderwerp, behandeld onder de nrs. 6 e.v., wil ik immers naar aanlei-

¹ Par. 51 lid 3; par. 52 lid 4; par. 64 lid 1; par. 72 lid 2; par. 83 lid 2; par. 93 lid 5; par. 109 lid 3 A.V.: Bronbemaling, aanstampen of inwatern van de grond, bewerking van dagvlakken van stenen, leggen, hechten, beter aandrijven en definitief afwerken van vloeren, gladschuren van stampbeton vloeren, plamuren, lakken en afbranden van oude verflagen, vernieuwing van behanglinnen en naald-zink op deuren, dit alles kan — hoezeer ook noodzakelijk blijvende — tijdens de uitvoering van het werk niet zonder bijbetaling van de aannemer worden verlangd, indien het niet uitdrukkelijk in het bestek is voorgeschreven.

Par. 110 lid 2 A.V.: „Nadelige gevolgen, door verzakking of verschuiving van de ondergrond, ontstaan aan aangrenzende percelen, zijn niet voor rekening van de aannemer.” Par. 20 lid 3 A.V.: „Wijzigingen, door de directie in de uitvoering aangebracht — hoe zeer ook noodzakelijk — geven alleen recht op schadevergoeding of bijbetaling, indien daardoor meer van de aannemer wordt verlangd dan redelijkerwijs van hem kan worden gevorderd”.

² Analooq par. 41 lid 3 A.A.V.

ding van de bestaande artikelen van het B.W. de vraag stellen, welke rechts- of billijkheidsgrond er b.v. is, dat de eigenaar — aanbesteder — van een in uitvoering zijnd werk, dat geheel of ten dele werd vernield of verging door de watersnood in Zeeland in 1953, niet — zoals alle andere eigenaren — het risico daarvan zou dragen, maar dit zou kunnen afwentelen op de aannemer. Mij dunkt, dat onze wetgever goed zou doen om ook voor dergelijke schaden een regeling te ontwerpen, aansluitend aan het aloude „res perit domino”, natuurlijk met een verplichting van de aannemer om van schade zo spoedig mogelijk kennis te geven en deze zo veel mogelijk te beperken.

Opgemerkt moge worden, dat de regeling van par. 16 lid 3 A.V. zich beperkt tot schade aan het werk en derhalve veel minder ruim is, dan de algemene beginselen, die Minister Lely in zijn onder No. 6 genoemde nota uitstippelde en aldus formuleerde: „Schade, ontstaan door buitengewone omstandigheden, buiten de wil van de aannemer, behoort, mits een gepaste werkwijze is gevolgd, hem te worden vergoed”.

14. Het risico van schade door buitengewone omstandigheden.

Wanneer wij ons in het voorgaande hebben verdiept in min of meer speciale vragen van risicoverdeling in de aannemingsovereenkomst, dan staan wij thans voor de vraag, welke grondbeginselen onze wetgever juist moet achten voor het algemene risico, dat aangenomen werken door buitengewone algemene omstandigheden zeer aanmerkelijk duurder worden dan bij de tot standkoming van de aannemingsovereenkomst was te voorzien. Deze vraag is niet uitsluitend eigen aan de aannemingsovereenkomst, doch kan voor de overeenkomsten in het algemeen worden gesteld. Zij heeft aanleiding gegeven tot behandeling in twee vergaderingen van de Nederlandse Juristen Vereniging. In de eerste, die van 1918, praeadviseerden Mr Th. A. Fruin en Prof. Mr E. M. Meijers over de vraag: „Behoort verandering in de feitelijke omstandigheden, waaronder een overeenkomst is gesloten, invloed te hebben op haar voortbestaan? Zo ja, welke

wettelijke regeling is te dien aanzien wenselijk?"

Wij zullen uiteraard niet in herhaling treden van de twee genoemde praeadviezen en daarop gevolgde debatten in verband met de buitengewone algemene omstandigheden, waarvoor men zich vóór en na de oorlog 1914–1918 gesteld zag.

De tweede vergadering, die aan een analoog onderwerp was gewijd, was die van 1936, toen Mr A. F. Visser van IJzendoorn en Prof. Mr M. H. Bregstein praeadviseerden over de vraag: „Moet de Rechter de bevoegdheid toekomen verbintenissen uit overeenkomsten op bepaalde gronden, zoals de goede trouw, te wijzigen? Zo ja, in welke gevallen en in hoeverre?" Ook toen stonden de juristen voor buitengewone algemene onzekerheden, die toen werden samengevat in de termen „crisis" en „devaluatie". Thans na de tweede wereldoorlog kennen wij eveneens buitengewone algemene omstandigheden, die vragen doen rijzen over de grenzen van gebondenheid aan overeenkomsten. Deze vragen zijn in onze tijd misschien urgenter dan in de tweede helft van de vorige eeuw, toen men een bepaalde mate van zekerheid in het economisch leven kende. De geschiedenis leert ons echter, dat alle tijden hun onzekerheden hebben gekend. Wij herinneren ons allen de (door Prof. Meijers afgewezen) fictie van de *clausula rebus sic stantibus* en de reeds door de Romeinen gemaakte tegenstelling tussen *impossibilitas* en *difficultas*.

Behalve de genoemde praeadviezen moet in dit verband worden genoemd de studie van Prof. Mr M. G. Levenbach „De spanning van de contractsband", waarin deze behandelt de gevallen, van overspanning van het „economisch synallagma", wanneer door buitengewone prijsdalingen of -stijgingen, de oorspronkelijke waardeverhouding van de wederzijdse contractsprestaties wordt verstoord. Ik doel hier uiteraard niet op het geval, waarbij een schuldenaar zich op overmacht zou kunnen beroepen. Een beroep op overmacht ingeval van niet meer in redelijkheid te vergen prestatie is immers iets geheel anders dan een aanspraak op vergoeding van abnormaal gestegen kosten, waardoor de naleving der overeenkomst weder in redelijkheid kan worden verlangd.

Hierop in te gaan valt buiten het kader van dit prae-

advies. Ik wil er echter op wijzen, dat deze algemene vragen van bijzondere betekenis zijn voor de aannemings-overeenkomst. In dit verband frappeerde mij zeer bijzonder het besluit van de Ministerraad van 21 October 1914 (lees: 1915?) en daarop gevolgde aanschrijvingen van de Minister van Binnenlandse Zaken (Mr Cort v. d. Linden) d.d. 27 April 1916 en 12 October 1917, overgenomen in de Handelingen van de Nederlandse Juristen Vereniging 1918, tweede stuk, pag. 88 e.v., waarbij werd besloten om aan aannemers $\frac{2}{3}$ deel te vergoeden van hun schade door stijging van prijzen van grondstoffen. In de laatste aanschrijving werd o.m. vermeld, dat de Lands-advocaat destijds adviseerde om „abnormale” stijging van prijzen van materialen en lonen, voor $\frac{2}{3}$ gedeelte voor rekening van de Staat te nemen en het risico van (stijging ten gevolge van) overmacht geheel door de Staat te doen dragen.

De ontwikkeling in verband met de tweede wereldoorlog vertoont een daarmee overeenkomend beeld. In de bestekken van de Rijkswaterstaat, besteed na 29 Augustus 1939, placht een „bijzondere bepaling in verband met oorlogsgevaar enz.” te worden opgenomen, waarbij een gedeelte van het loon- en prijsrisico door het Rijk werd overgenomen. Na het intreden van de oorlogstoestand op 10 Mei 1940, werd deze bepaling aangevuld en ook toegepast op bestekken, waarop voordien bestedingen hadden plaats gevonden. De desbetreffende circulaire van de Minister zegt hierover: „Het Rijk zal uit de aard der zaak de verplichtingen nakomen, welke volgens het bestek op het Rijk zijn gelegd en zal zich bovendien op morele gronden gebonden achten aan de navolgende bepaling, alsof zij in het bestek ware opgenomen”¹. Meer nog dan de inhoud van de diverse oorlogsvergoedingsregelen van de Rijkswaterstaat² zijn voor ons onderzoek van belang de gronden, waarop zij door de Minister werden verleend, ook aan aannemers, die vóór de mobilisatie hadden ingeschreven op bestekken, waarin geen oorlogs-

¹ Een overzicht van de nadien gevolgde oorlogsregelingen van het Ministerie van Waterstaat, werd gegeven in een beslissing van de Raad van Arbitrage. Jaarverslag 1946—1947 pag. 12.

² Als regel 85 % van de stijging der standaardprijzen en van de kosten van gewijzigd vervoer; niet van langer gebruik van materieel en hogere administratie- en directiekosten.

clausule was opgenomen. De Minister deed dit „op morele gronden” en onderstreepte, dat hier niet sprake was van een schadevergoeding, doch van een tegemoetkoming. Het laatste is echter mijns inziens niets anders dan een gedeeltelijke schadevergoeding. Men kan zich afvragen, of de woorden „op morele gronden” niet te zwak zijn gekozen. Ik kan mij voorstellen, dat ook een Minister — hoewel aan meer beperkende bepalingen gebonden dan een particulier — in een op zich zelf staand geval op morele gronden een betaling kan doen, ook al gevoelt hij zich daartoe rechtens niet verplicht. Doch kan een Minister zulks „op morele gronden” aan een bepaalde groep van burgers in een reeks van analoge gevallen? Het antwoord zal mijns inziens ontkennend moeten luiden. Ik ben dan ook van mening, dat de „morele gronden” dezelfde zijn als de algemene beginselen, die blijkens de onder No. 7 vermelde nota van Minister Lely voor de aannemingsovereenkomst gelden.

De Raad van Arbitrage heeft zich voor dezelfde vragen gesteld gezien. In jaarverslag 1916 No. IV pag. 10 e.v. wordt de vraag behandeld, of abnormale prijsstijgingen van materialen, de aannemer al of niet recht geven op bijbetaling boven de aanneemsom, hetgeen volgens de Commissie zou neerkomen op verhoging van de aanneemsom. De Commissie achtte zich daartoe niet bevoegd, omdat zij immers ook uit billijkheidsoogpunt geen wijziging kon brengen in de gesloten overeenkomst. Volgens haar bracht het karakter van de aannemingsovereenkomst mede, dat het risico, ook dat van prijsstijging van materialen, op de aannemer rustte. Zij zag in het hiervoren genoemde besluit van de Ministerraad d.d. 21 October 1915, slechts een richtsnoer voor de Ministers en hun ambtenaren, doch niet de bedoeling om enig recht aan de aannemers te verlenen. Ook in verschillende andere uitspraken uit die periode, werd aannemers vordering tot vergoeding wegens prijsstijgingen ontegd, geheel in overeenstemming met het bekende Mark = Mark-arrest van de Hoge Raad van 2 Januari 1931¹.

¹ Zie over dit arrest Mr G. Scholten in *Rechtsgelcerde Opstellen*, aangeboden aan Prof. Mr P. Scholten pag. 364 e.v. en de kritiek van Prof. Mr J. C. van Oven N.J.B. 1931 pag. 581 en van Prof. Mr P. Scholten in zijn dies-rede van 1932 „Recht en Gerechtigheid”

In en na de tweede wereldoorlog werd herhaalde malen in arbitrale uitspraken bijbetaling toegekend ter zake van aanmerkelijk duurdere uitvoeringen door stijging van lonen en prijzen ingevolge mobilisatie en oorlog, ofschoon geen oorlogssclausule in het bestek was opgenomen¹. In één van deze gevallen werd aannemers aanspraak op oorlogsschade-vergoeding afgewezen, niet — gelijk met zoveel woorden werd overwogen — omdat deze in billijkheid niet aan de aannemer zou toekomen, doch omdat de Commissie meende, dat toekenning van zulk een vergoeding, in strijd zou komen met par. 3 lid 1 A.V., volgens welke de aannemer alleen aanspraak op vergoeding zou kunnen doen gelden in de gevallen „waarin dat bepaaldelijk voorgeschreven of kennelijk bedoeld is”, welk geval zich naar het oordeel van de Commissie niet voordeed².

Vele der naoorlogse bestekken van de Rijkswaterstaat bevatten „bepalingen in verband met prijschommelingen en bijzondere omstandigheden en met liquidatie van het werk”. Krachtens het eerste hoofdstuk van deze bepalingen, heeft de aannemer aanspraak op vergoeding van hogere kosten door stijging van lonen en prijzen, uitgezonderd die van hulpmaterieel, grond en zand voor grondwerken, brandstoffen en vrachten. Volgens het tweede hoofdstuk dezer regeling, kan bovendien een tegemoetkoming worden toegekend in hogere kosten, welke niet vallen onder het eerste hoofdstuk en die „een gevolg zijn van na de besteding ingetreden bijzondere omstandigheden”. Dit tweede hoofdstuk is, voor zover mij bekend, in latere bestekken komen te vervallen.

Indien uit het vorenstaande al een conclusie kan worden getrokken, dan is het mijns inziens in de eerste plaats deze, dat het noodzakelijk is, dat de wetgever zich uitspreke over de gevolgen van buitengewone omstandigheden, buiten de wil en zonder toedoen van de aannemer

pag. 16. Zie inzake de arbitrale beslissingen Raad van Arbitrage 31 Juli 1917 en 31 Augustus 1917 A.R. No's 1 en 2, Mei 1923 A.R. No. 58, 2 Januari 1923 A.R. No. 53. Bij de laatste uitspraak waren de meningen blijkbaar verdeeld, immers in de uitspraak werd vermeld, dat een minderheid van de Commissie een afwijkend oordeel had.

¹ Raad van Arbitrage, verslag 1941 pag. 12 e.v. Verslag 1946—1947 pag. 8, 14 en 15; verslag 1948—1949 pag. 5 e.v.

² Verslag R.v.A. 1951—1952 pag. 30.

ingetreden, waartegen hij zich redelijkerwijze niet heeft behoeven te wapenen, terwijl hij bovendien al het redelijke heeft gedaan om de schade door deze buitengewone omstandigheden te beperken. Wij hebben immers gezien, dat ondanks het bestaan van standaardregelingen de vraag naar het risico van de buitengewone omstandigheden bij aannemingsovereenkomsten een open vraag is gebleven, die tot veel geschillen en onzekerheden aanleiding heeft gegeven.

Naar mijn mening is de al of niet voorzienbaarheid der buitengewone omstandigheden niet van beslissende betekenis. Voor zover partijen buitengewone omstandigheden voorzien en daarvoor een regeling treffen, zal deze uiteraard tussen partijen gelden. Voor zover de overeenkomst over bepaalde omstandigheden, die kunnen intreden, zwijgt, zal het er mijns inziens weinig toe doen, of een of beide partijen deze omstandigheden al of niet hebben voorzien of kunnen voorzien. Naar mijn mening gaat het er meer om, of de omstandigheden zo buitengewoon bijzonder zijn, dat de aannemer ze redelijkerwijs niet in zijn calculatie heeft behoeven op te nemen.

Hierbij moge opgemerkt worden, dat een aannemer, die risicoposten in zijn begroting opneemt ook voor de meest buitengewone, maar daarom toch wel mogelijke omstandigheden, zich bij het systeem van gunning aan de laagste inschrijver, de meeste werken wel zal zien ontslaan. En zo dit laatste een enkele maal niet het geval zou zijn, dan is het mijns inziens bezwaarlijk, dat de aanbesteder wordt belast met in de aanneemsommen opgenomen posten voor risico's, die zelden voorkomen en dus in normale gevallen aanleiding zijn tot onnodige verhoging der aanneemsommen en verrijking van de aannemer.

Op deze gronden meen ik, dat de wetgever in overweging zou moeten nemen om te bepalen, dat de aannemer in geval van buitengewone omstandigheden, die de voltooiing van het werk uiterst bezwaarlijk maken en waartegen hij zich redelijkerwijze niet heeft behoeven te wapenen, aanspraak heeft op een redelijke vergoeding boven de overeengekomen prijs¹. Als voorwaarde voor

¹ Par. 8 lid 4 A.B. kent bij langere duur van de uitvoering van het werk aan de aannemer een aanspraak toe op vergoeding van

een aanspraak op vergoeding, zal daarbij gesteld moeten worden, dat de aannemer daarvan zo spoedig mogelijk aan de aanbesteder kennis geeft, waarna de aanbesteder, voor wie de omstandigheden eveneens buitengewoon zullen zijn, zich er over kan beraden, of hij de overeenkomst ondanks de hogere kosten verder wil doen uitvoeren, dan wel doen ontbinden. In het laatste geval tegen vergoeding van de tot dien gemaakte kosten (incl. winst), echter zonder vergoeding van winstderving voor het overige.

15. De Franse jurisprudentie en de „theorie de l'imprévision”

De jurisprudentie van de Franse Conseil d'Etat¹ ver- toont een analoog beeld² als te onzent die van de Raad van Arbitrage voor gevallen van buitengewone en onvoor- ziene omstandigheden. Zij is van oordeel, dat in der- gelijke gevallen toekenning van een schadevergoeding niet strijdt met het beding van een vaste aanneemsom. Zij sluit aan bij de difficultas-leer van het Romeinse recht en kent aan de aannemer een aanspraak toe op schade- vergoeding in geval van „difficultés, qui ont bouleversé l'économie du contrat”. Zij baseert zich daarbij op en be- perkt zich tot de „théorie de l'imprévision”.

De jurisprudentie van de Cour de Cassation in ge- schillen naar aanleiding van bouwwerken in de particu- liere sfeer wijst de théorie de l'imprévision af op grond van het karakter van de aannemingsovereenkomst tegen een vaste aanneemsom volgens art. 1793 Code Civil (ons art. 1646 B.W.)³. Daarmede is echter de zaak niet afge-

schade, „indien deze voorvloeit uit noodzakelijke verlenging van de opleveringstermijn, wegens buitengewone omstandigheden, waarte- gen de aannemer zich in verband met de aard van het werk niet heeft kunnen of redelijkerwijs niet heeft behoeven te wapenen”.

¹ De geschillen naar aanleiding van openbare werken vallen immers in Frankrijk onder de jurisdictie van de Administratieve Rechter. Dissertatie van Prof. Mr G. J. Wiarda „Overeenkomsten met Overheidslichamen” pag. 46 e.v.

² Charles Barry. *Clauses et Conditions Générales, imposées aux Entrepreneurs des Travaux des Ponts et Chaussées*. Pag. 419 e.v.

Prof. M. Waline. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. Pag. 458 e.v. en „l'Evolution des rapports de l'Etat avec ses co-contrac- tants” in *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Etranger*, 1951 pag. 5 e.v.

³ Planiol et Ripert *Traité Pratique de Droit Civil Français* XI. Pag. 180 e.v.

daan en met name niet beslist, dat alle risico's -- hoe buitengewoon en onvoorzien ook -- voor rekening van de aannemer kunnen worden gebracht. In verscheidene arresten werd beslist, dat de aannemingsovereenkomst in geval van „difficultés considérables, impossibles à prévoir” kan worden geannuleerd op grond van dwaling in de zelfstandigheid van het onderwerp der overeenkomst. Mij komt deze laatste oplossing enigermate gekunsteld voor en gezocht pour besoin de la cause, immers partijen hebben in wezen niet gedwaald omtrent de zelfstandigheid van de zaak of het te maken werk, doch alleen geen rekening gehouden met en geen regeling getroffen voor een zeer buitengewoon geval, waardoor de uitvoering van de overeenkomst voor één der partijen onevenredig zou worden verzaamd. Prof. Waline¹ wijst op het verschil tussen een beroep op overmacht enerzijds en toepassing van de *théorie de l'imprévision* anderzijds en tevens op de wisselwerking tussen de beide opvattingen: bij aanvaarding van de *théorie de l'imprévision* zal veel minder snel plaats zijn voor erkenning van een beroep op overmacht dan zonder deze theorie, die de gelegenheid geeft om het economisch synallagma tussen de wederzijdse prestaties van partijen tot redelijke proporties terug te brengen. Daarom -- juist door de hiermede gepaard gaande inperking van het beroep op overmacht -- leidt toepassing van de *théorie de l'imprévision* niet tot vermindering van de rechtszekerheid².

16. De „buitengewone omstandigheden” in enige nieuwere wetgevingen.

De nieuwere buitenlandse wetgevingen regelen de gevolgen van buitengewone omstandigheden als volgt.

Art. 373 van het Zwitserse *Obligationen Recht* luidt:

¹ t.a.p. pag. 584 e.v.

² Hierop wijst voor het Belgische recht Jean Delvaux, *Droits et Obligations des Entrepreneurs de Travaux* pag. 57 e.v. Schrijver behandelt de Belgische jurisprudentie, die verdeeld is t.a.v. de *théorie de l'imprévision*. Schrijver wijst er op, hoe bij afwijzing van deze theorie toepassing van de beginselen van dwaling en overmacht slechts een gebrekkige oplossing geeft van de moeilijkheden. In dezelfde geest Christophle et Auger, *Travaux Publics* I No. 820 en Frémy-Ligneville et Perriquet, *Législation des bâtiments* No. 26.

Wurde die Vergütung zum voraus genau bestimmt, so ist der Unternehmer verpflichtet, das Werk um diese Summe fertig zu stellen und darf keine Erhöhung fordern, selbst wenn er mehr Arbeit oder grössere Auslagen gehabt hat, als vorgesehen war. Falls jedoch ausserordentliche Umstände, die nicht vorausgesehen werden konnten, oder die nach den von beiden Beteiligten angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren, die Fertigstellung hindern oder übermässig erschwären, so kann der Richter nach seinem Ermessen eine Erhöhung des Preises oder die Auflösung des Vertrages bewilligen. Der Besteller hat auch dann den vollen Preis zu bezahlen, wenn die Fertigstellung des Werkes weniger Arbeit verursacht, als vorgesehen war.

Art. 1664 van het nieuwe Italiaanse Codice Civile luidt: (*Onerosità o difficoltà dell' esecuzione*). Qualora per effetto di circostanze imprevedibili si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto, l'appaltatore o il committente possono chiedere una revisione del prezzo medesimo. La revisione può esser accordata solo per quella differenza che eccede il decimo. Se nel corso dell' opera si manifestano difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non previste dalle parti, che rendano notevolmente più onerosa la prestazione dell' appaltatore, questi ha diritto a un equo compenso¹.

Art. 658 van het nieuwe Egyptische Burgerlijk Wetboek luidt (in Franse vertaling):

¹ Vertaling van schrijver van art. 1664: Ital. Codice Civile: Lasten en moeilijkheden bij de uitvoering. Wanneer zich als gevolg van niet te voorzien omstandigheden zodanige verhoging of verlaging van de prijs van de materialen of lonen hebben voorgedaan, dat zij leiden tot een verhoging of een verlaging groter dan 1/10 deel van de overeengekomen totale prijs, dan kan zowel de aannemer als de aanbesteder een herziening van de aanneemsom verzoeken. Deze herziening kan slechts worden toegestaan, wanneer het verschil 1/10 van de aanneemsom overtreft. Indien zich tijdens het werk moeilijkheden bij de uitvoering voordoen, welke voortkomen uit de geaardheid van de bodem, waterbezwaar of dergelijke en welke niet door partijen zijn voorzien, waardoor de prestatie van de aannemer aanmerkelijk wordt verzwaaard, dan heeft deze recht op een redelijke vergoeding.

„Au cas où la balance économique entre les obligations s'effondre par suite de circonstances exceptionnelles générales, imprévues au moment de l'engagement, et bouleversant ainsi les bases sur lesquelles l'évaluation financière avait été établie dans le contrat d'entreprise, le juge peut décider, entre patron et entrepreneur, d'augmenter le prix ou de résilier le contrat”.

17. Aansprakelijkheid na gereedkomen en aanvaarding van het werk.

De in artikel 1645 van het bestaande B.W. geregelde 10-jarige aansprakelijkheid van „bouwmeesters en aannemers” na de aanvaarding van het werk doet enige vragen rijzen. Ik doel nu niet op de hiervoren behandelde, mijns inziens noodzakelijke splitsing tussen de aansprakelijkheid van de aannemer, die het werk uitvoerde, en die van de architect of ingenieur, die het werk ontwierp en leidde. Doch de vraag rijst, of deze aansprakelijkheid van de aannemer al of niet beperkt moet blijven tot de gevolgen van schuld of tekortkomingen van de aannemer¹. Op grond van de jurisprudentie en mijn rechtsgevoel, nijg ik tot een bevestigende beantwoording van deze vraag². Dan rijst echter onmiddellijk een tweede vraag n.l. waarom dan niet de aansprakelijkheid voor fouten of tekortkomingen van de aannemer, indien deze niet leiden tot

¹ Deze vraag wordt bevestigend beantwoord door Rb. Amsterdam 25 Juni 1923 N.J. 1924 blz. 44; Gerechtshof Amsterdam 6 Februari 1925 W 11347, bekachtigd bij arrest H.R. 26 November 1925 N.J. 1926 blz. 104; R.B. 's-Hertogenbosch 5 Juni 1925 N.J. 1927 pag. 381. In dit laatste vonnis wordt art. 1645 B.W. aldus uitgelegd, dat architect en aannemer ieder voor het geheel aansprakelijk zijn voor zijn eigen fouten, doch niet voor elkanders fouten. Mede op grond van het betoog in dit prae-advies, acht ik deze onderscheiding in billijkheid juist, doch de onderscheiding is in art. 1645 B.W. niet uitgedrukt. Anders Rb. Almelo 20 Maart 1929 N.J. 1929 pag. 718 die alleen de aannemer aansprakelijk acht. Bij arrest Hof 's-Gravenhage 8 Maart 1918, N.J. 1919 blz. 836 werd de aannemer aansprakelijk geacht op grond van art. 1645 voor een gebrek als gevolg van een goedgekeurde besteksafwijking.

² Tot dezelfde conclusie komt ook Mr H. J. Hülsmann „De aansprakelijkheid van de aannemer en architect ingevolge art. 1645 B.W.”, in de Rechtsgeleerde Opstellen, aangeboden aan Prof. Mr P. Scholten, pag. 186 e.v.

geheel of gedeeltelijk vergaan van het werk¹. Doch aangezien dit laatste op grond van het huidige art. 1645 twijfelachtig is, meen ik, dat het aanbeveling verdient, in het nieuwe Burgerlijk Wetboek een regeling op te nemen van een aansprakelijkheid van de aannemer na de goedkeuring van het werk voor gebreken, welke bij de goedkeuring niet konden worden geconstateerd. Men kan zich daarbij denken een termijn als bij koop, waarbij de aanbesteder na het constateren der gebreken zijn actie moet instellen, terwijl de actie zelf in ieder geval na 10 jaren zou verjaren.

18. Tussentijdse ontbinding van de aannemings-overeenkomst.

De wetgever zal zich tenslotte hebben te beraden over de mogelijkheid van ontbinding der overeenkomst. Het huidige art. 1647 B.W. kent de mogelijkheid van opzegging der aannemingsovereenkomst door de aanbesteder, tegen vergoeding van kosten, arbeid en winstderving. Volgens de opvatting van de Hoge Raad is in dit artikel niet anders te zien dan toepassing van een algemeen beginsel van het overeenkomstenrecht, dat de crediteur niet verplicht is de bedongen prestatie te aanvaarden, uiteraard tegen vergoeding van eventuele schade hierdoor van zijn wederpartij². Men kan zich derhalve de vraag stellen, of het bestaande artikel strikt genomen noodzakelijk is. Toch wil het mij ter wille van de rechtszekerheid gewenst voorkomen het artikel te handhaven zoals ook art. 1639o B.W., dat aan beide partijen het recht toekent tot

¹ Arrest H.R. 14 November 1929 N.J. 1929 blz. 1776 W. 12050 heeft immers beslist, dat de aannemer ex art. 1645 B.W. niet kan worden aangesproken op grond van tekortkomingen, waardoor de hechtheid van het gebouw niet in gevaar wordt gebracht.

Weliswaar kan men betogen, dat in dit laatste geval de aannemer kan worden aangesproken op grond van de algemene beginselen van het overeenkomstenrecht.

H.R. 18 Maart 1932 N.J. 1932 blz. 925 W. 12426. In dit arrest werd de aannemer niet aansprakelijk gesteld voor een gebrek uit ongeschiktheid van de bodem, aangezien het werk volgens bestek en tekeningen was uitgevoerd en door de aanbesteder vruchteloos was gewezen op de wenselijkheid van onderheijng. (zie hiervoren pag. 250/1).

² H.R. 8 November 1918 N.J. 1918 blz. 1242; H.R. 3 Juni 1927 N.J. 1927 blz. 1247.

onmiddellijke verbreking van de arbeidsovereenkomst, mits tegen schadevergoeding. Daar werd het recht aan beide partijen verleend. Hier kan daarvan alleen sprake zijn ten opzichte van de aanbesteder. Het bestaande artikel laat onverlet aanbesteders recht op ontbinding der overeenkomst wegens wanprestatie van de aannemer.

Het wil mij voorkomen, dat in het nieuwe B.W. een afzonderlijke regeling van dit laatste voor aannemingsovereenkomsten niet nodig is, omdat volstaan kan worden met de algemene regeling van wanprestatie. Het zelfde geldt mijns inziens voor het geval het tijdstip van oplevering een der essentialia van de overeenkomst zou uitmaken.

Bij bouwwerken van meer blijvende aard kan de bedongen termijn van oplevering wel is waar zeer belangrijk zijn, doch zij pleegt geen essentialia van de aannemingsovereenkomst te zijn. Immers ook na het verstrijken van de termijn zal de school, het fabrieksgebouw, het huis, de verkeersweg enz. doorgaans van nut zijn, behoudens de mogelijkheid van schade voor de aanbesteder door termijnoverschrijding, waarvoor veelal een korting per dag wordt bedongen.

Anders ligt de zaak bij het costuum voor een speciale gelegenheid, de tribune voor een enkele voorstelling e.d. Naar mijn mening kan de algemene regeling van wanprestatie echter voor deze laatste gevallen voldoende uitkomst bieden ¹.

19. Invloed van overlijden van de aannemer.

Art. 1648 B.W. bepaalt kort maar krachtig, dat de aanneming van werk ophoudt door het overlijden van

¹ Par. 4 A.V. bevat een regeling, volgens welke de aanbesteder bij ingebreke blijven van de aannemer aan deze kan aanzeggen, dat hij het werk voor zijn rekening zelf of door derden zal doen voltooien.

Tegen deze clause bestaat geen bezwaar, doch het zou naar mijn mening te ver voeren, om zulk een regeling op te nemen in het algemene wettelijke recht omtrent de aannemingsovereenkomst. Een zodanige algemene regeling zou immers vermoedelijk licht aanleiding geven tot onzekerheid en geschillen. Een opzeggingsmogelijkheid der aannemingsovereenkomst, zal aan de aannemer als schuldenaar niet kunnen worden toegekend, te minder, wanneer onze

de aannemer. Mr Cremers¹ wijst er mijns inziens zeer terecht op, dat deze bepaling hoogst onbillijk is. De uitvoering van aangenomen werken met betrekking tot onroerend goed, is immers doorgaans niet bepaald gebonden aan de persoon van de aannemer, doch meer aan de organisatie van zijn bedrijf. Er is mijns inziens geen reden waarom degene, die dit bedrijf voortzet, niet ook de contracten en lopende werken zou kunnen of zou mogen afmaken.

Ook Mr A. G. Lubbers wijst in zijn voormeld praeadvies² op het verouderd karakter van deze bepaling, die nog een uitvloeisel is van de opvatting van de aannemingsovereenkomst als huur van diensten. Wij hebben reeds gezien, hoe moeilijk het is om verkoop van huizen in aanbouw te onderscheiden van aanneming van werk. Ook hoe volgens de Registratiewet een contract eensdeels koop van grond, anderdeels aanneming van werk kan zijn.

Mr Lubbers wijst op de onbillijkheid van art. 1648 B.W. tegenover de erfgenamen van de verkoper — aannemer — van een blok huizen, waarvan de uitvoering als geheel onder de werking van art. 1648 B.W., door één der bouwheren onmogelijk zou kunnen worden gemaakt.

Op deze gronden meen ik, dat het de voorkeur zou verdienen in het nieuwe B.W. te bepalen, dat de aanneming van werk alleen ophoudt door overlijden van de aannemer, indien zulks uitdrukkelijk is bepaald of het werk naar zijn aard aan de persoon van de aannemer was gebonden.

wetgever de aannemer een recht toekent op bijbetaling wegens buitengewone omstandigheden, waardoor de kosten van uitvoering bovenmatig zouden worden verzwaaard, zoals voorgesteld werd onder Nr. 13. Wel rijst in dit verband de vraag, of in geval vast staat, dat de kosten van uitvoering door de bedoelde buitengewone omstandigheden de aanbesteder onevenredig zwaar zouden belasten, hem in dat geval een recht moet worden toegekend om de overeenkomst tussentijds te ontbinden, uitsluitend tegen vergoeding van de door de aannemer tot dusver gemaakte kosten. Deze vraag meen ik bevestigend te moeten beantwoorden. (zie hiervoren pag. 265).

¹ „Bouwrecht”, pag. 150.

² t.a.p. pag. 15.

20. Verantwoordelijkheid van de aannemer voor degenen, door wie hij het werk geheel of ten dele doet uitvoeren.

De bepaling van art. 1649 B.W. betreffende de verantwoordelijkheid van de aannemer voor de daden van hen, die hij in het werk stelt, is mijns inziens zozeer vanzelfsprekend op grond van het algemene contractenrecht, dat men deze bepaling hetzij kan laten vervallen, hetzij kan overnemen in het nieuwe B.W.

21. Hetzelfde geldt ook voor zelfstandige onderaannemers.

Hetzelfde geldt mijns inziens ten aanzien van art. 1651 B.W. inzake de positie van zelfstandige onderaannemers, die op hun beurt weer als zelfstandige aannemers aan de wettelijke bepalingen van aannemers van werk zijn onderworpen.

22. Rechtstreekse vordering van metselaars, timmerlieden enz. op de aanbesteder.

Voor de rechtstreekse vordering, in het huidige art. 1650 B.W. verleend aan metselaars, timmerlieden en andere bij de bouw betrokken ambachtslieden tegen de aanbesteder van werken, voor zover deze een bedrag schuldig is aan de aannemer, bestaat mijns inziens weinig grond.

In de eerste plaats biedt dit artikel aan de werklieden en onderaannemers weinig zekerheid. Immers door cessie van de aanneemsom kan aan deze bepaling iedere kracht worden ontnomen. Maar bovendien zal de vordering van de werklieden voor de aanbesteder vaak moeilijk te beoordelen zijn, zodat hij door betaling aan de werklieden het risico loopt van later verweer hiertegen bij de afrekening met de aannemer.

Daarbij komt, dat de werklieden en onderaannemers toch ook altijd derdenbeslag kunnen leggen onder de aanbesteder, waarmede zij het zelfde resultaat kunnen bereiken als in art. 1650 bedoeld, terwijl alsdan de aanbesteder zich niet behoeft in te laten met beoordeling

van de vorderingen der werklieden en onderaannemers.

Ik meen dan ook, dat art. 1650 B.W. geheel zou kunnen vervallen. Voor zover de werklieden te rangschikken zijn onder arbeiders, zullen zij toch bevoorrecht zijn op de activa van de aannemer¹.

23. Retentierecht.

Op het voetspoor van het huidige art. 1652 B.W. wil het mij voorkomen, dat een retentierecht kan worden verleend aan de aannemer van werken, voor zover het aangenomen werk een roerend goed is.

Voor een retentierecht voor werk, bestaande in het maken van bouwwerken of bewerken van onroerend goed, is geen plaats, omdat het onroerend goed eigendom van de aanbesteder pleegt te zijn.

Moge dit praeadvies aanleiding geven tot een vruchtdragend debat, ter verheldering van ons inzicht en in het belang van onze wetgeving.

¹ Hetzelfde geldt ook voor personeel in dienst van onder-aannemers, tegenover wie de hoofdaannemer als aanbesteder van het uitbestede onderdeel optreedt.

INHOUD

	blz.
1-3. Inleiding	229
4. Definitie	234
5. Bouwrecht	238
6. Behoeftē aan regeling van het bouwrecht in het B.W.?	240
7. Geschiedenis en wezen van de aannemings- overeenkomst	242
8. Uitvoering van werken onder directie	244
9. Aansprakelijkheid van de aannemer	246
10. Aansprakelijkheid van de aanbesteder . . .	252
11. Eigendom van op het werk aangevoerde en goedgekeurde materialen	255
12. Verrekening van meer- en minderwerk . .	256
13. Beperkingen van het risico van de aannemer	257
14. Risico van schade door buitengewone omstan- digheden	259
15. Franse jurisprudentie en de „theorie de l'im- prévision”	265
16. De „buitengewone omstandigheden” in enige nieuwere wetgevingen	266
17. Aansprakelijkheid na gereedkomen en aan- vaarden van het werk	268
18. Tussentijdse ontbinding van de aannemings- overeenkomst	269
19. Invloed van overlijden van de aannemer . .	271
20. Verantwoordelijkheid van de aannemer voor derden	272
21. Verantwoordelijkheid van de zelfstandige onderaannemer voor derden	272
22. Rechtstreekse vordering van metselaar enz. op aanbesteder	272
23. Retentierecht	273