

[“Alleen Samen. Opstellen aangeboden aan Prof.mr. M.A.M.C. van den Berg”,
Red. M.A.B. Chao-Duivis c.s., Den Haag: Instituut voor Bouwrecht, 2010, pp. 123-148]

Een tunnelvisie op de Westerschelde

Het beroep op kostenverhogende omstandigheden van paragraaf 47 UAV in een contract met een risicoregeling en *entire agreement clause*

Jan van Dunné¹

1. Inleiding

Een Feestbundel is vaak een feest van herkenning. Als dat bij de jubilaris zelf het geval is, is het helemaal feest. Hij moet veel herkennen: het onderwerp, de auteur, en liefst ook zichzelf in het onderwerp. Het door mij gekozen onderwerp: de problematiek van de kostenverhogende omstandigheden (wat gewone civilisten ‘onvoorziene omstandigheden’ noemen) lijkt mij aan alle eisen te kunnen voldoen. Degene die de titel van deze bijdrage tot zich heeft laten doordringen begrijpt waarover ik het hier heb. De problematiek van paragraaf 47 UAV is een oude hobby van mij, maar die zal vast ook de geadresseerde van deze bundel interesseren. Matton heeft er in ieder geval over geschreven (maar waarover níet, in het bouwrecht?). De *Westerschelde* interesseert hem zeker: hij heeft toch ooit in de Raad van deskundigen gezeten in het Westerscheldetunnel-project? En laat nu mijn bijdrage precies over die tunnel gaan, waarover een uitspraak van de Raad van Arbitrage voor de Bouw in het *Tijdschrift voor Bouwrecht* van 2008 gestaan heeft?² Ook dat laatste was een hobby van mij, en het is wel zo netjes om dat als auteur direct te vermelden: ik was als adviseur van de aannemer bij die arbitrage betrokken.

Waar het mij om gaat, is de problematiek van paragraaf 47 UAV die de laatste jaren doorgaans in het teken van verhoogde staalprijzen staat (en soms van duurder cement of bitumen) eens wat algemener aan de orde te stellen, in het verlengde van mijn preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht van 1998. De casus van het Westerscheldetunnel-project vormt een prachtige illustratie van deze materie, en vooral van wat er allemaal fout kan gaan indien partijen er niet meer uitkomen en het op arbitrage of rechtspraak neerkomt, en vervolgens de basisbeginselen van het bouwcontractenrecht daarbij uit het oog verloren worden. Ik geef vast een korte beschrijving van de casus, *to whet the appetite*.

Het gaat om de aanleg van de Westerscheldetunnel aan het begin van deze eeuw. Eindelijk een vaste oeververbinding, maar dat had heel wat voeten in aarde. Het werd een geboorde tunnel, Design & Construct uitgevoerd door een aannemerscombinatie. Degene die wel eens door die lange tunnel gereden is zal opgevallen zijn hoe diep het gaat; het diepste punt, onder de Pas van Terneuzen, is 60 meter onder het wateroppervlak. Op dat diepste punt ontstond in 2000 een probleem bij de uitvoering: de boorschilden van de twee boormachines raakten vervormd als gevolg van extreme horizontale druk in de bodemlaag door een afschuifmechanisme in een glauconiethoudende zandlaag van enkele tientallen miljoenen jaren oud. Volgens de aannemer was hier sprake van een verschijnsel dat zich wereldwijd nog

¹ Jan van Dunné is emeritus-hoogleraar Privaatrecht, Erasmus Universiteit Rotterdam, sinds 2006. Hij was van 1966 tot 1972 docent Privaatrecht aan de KUB, toen nog: Katholieke Hogeschool Tilburg.

² RvA 4 juli 2008, nr. 71.164 (Geschil IV), *Kombinatie Middenplaat Westerschelde VOF – NV Westerscheldetunnel*, TBR 2008/11, 199 m.nt. F.G. Horsting, een appelvonnis. Zie over dit geschil (en vier andere over hetzelfde project) ook: *Cobouw* 4 sept. 2009, ‘Tunnelbouwer met lege handen’.

nooit had voorgedaan en dus volstrekt onvoorzienbaar was. De maatregelen die getroffen moesten worden om de boorschilden te herstellen waren zeer kostbaar en vergden een bedrag van bijna 28 miljoen euro. Het geschil in kwestie is toegespitst op het beroep dat de aannemer doet op paragraaf 47 UAV, kostenverhogende omstandigheden. Hij vindt de opdrachtgever niet bereid tot bijbetaling, met een beroep op de overeengekomen risicoregeling waarbij aannemer het boor- en bouwrisico op zich genomen had, met een afkoopsom van 5,45 miljoen euro. Volgens opdrachtgever staat de risicoregeling slechts een beperkt beroep op paragraaf 47 UAV toe, en in elk geval niet terzake van risico's die juist verband houden met de geologische en geotechnische toestand van het bouwterrein. Dat laatste zou uit precontractuele documenten blijken, die ondanks een overeengekomen *entire agreement clause* bij de uitleg van de overeenkomst betrokken behoren te worden. De arbiters namen de visie van de opdrachtgever (Staat) over en de vordering van de aannemer werd afgewezen, in twee instanties.

Tot zo ver de introductie van het verhaal. De *amuse*, zou Matton zeggen (Brabant behoorde ooit tot Bourgondië, zoals bekend). De opzet van dit verhaal vraagt nog om een kleine toelichting. Ik wil eerst enkele beginselen van het bouwrecht schetsen die bij 'onvoorziene' of 'kostenverhogende' omstandigheden de dienst uitmaken, althans naar geldend recht zouden behoren uit te maken. Met respectievelijk artikel 258 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek en paragraaf 47 UAV in het achterhoofd, en artikel 7:553 BW daar tussenin (§ 2). Waar staat de aannemer voor in, tegenover de opdrachtgever? Is de resultaatsverbintenis gelijk te stellen met de verzekeringsverbintenis? Wat is in dit verband de strekking van een risicoregeling, betekent dat de overgang naar een verzekeringsverbintenis? Dat wil zeggen, dat *alle* risico's die onderwerp van de regeling uitmaken geheel gedekt (en daarmee afgekocht) zijn?

Vervolgens komt de figuur van aanpassing van de overeenkomst bij gewijzigde omstandigheden aan de orde, de kostenverhogende omstandigheden van paragraaf 47 UAV in relatie tot de onvoorziene omstandigheden van artikel 258 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek (§ 3). In dit kader vraagt de uitleg van de overeenkomst ook om aandacht (§ 4). Hierbij zal de bij grote bouwprojecten veelal gehanteerde *entire agreement clause* besproken worden. Daarmee wordt door partijen beoogd om alle onzekerheid die jarenlange onderhandelingen op de inhoud van het contract kunnen uitoefenen (voorovereenkomsten, correspondentie, notulen, e.d.) terzijde te stellen en de eindversie van de overeenkomst als enige bron van verbintenissen te erkennen. Gewoontegetrouw zal ik bij dit alles ook een blik over de grenzen werpen, de landsgrenzen bedoel ik dit keer. Bij het gebruik van de *entire agreement clause* spreekt dat redelijk voor zich; ook het systeem van paragraaf 47 UAV, en grote broer artikel 258 van Boek 6 van het BW, leent zich goed voor rechtsvergelijking.

Dan volgt een beschrijving van de overeenkomst in kwestie, inzake het Westerscheldetunnel-project, dat wil zeggen, niet de overeenkomst als het stuk papier, het document, maar ook de overeenkomst als de rechtsverhouding van partijen (§ 5). Op de bijeenkomst van de Vereniging voor Bouwrecht van 26 november 2008 heb ik in het debat nog de aandacht gevraagd voor het algemene misverstand dat het woord 'overeenkomst' (of: 'contract') maar één betekenis zou hebben. De erfzonde van juristen in het algemeen en bouwrechtjuristen in het bijzonder, en daarmee de bron van disputen in de bouw is dat partijen die dubbele betekenis uit het oog verloren hebben, en daardoor volkomen langs elkaar heen praten, denken, en vooral strijden. Dan volgt een beschrijving van het geschil van partijen over de kosten van de vervorming van de boorschilden van de tunnelboormachines die tot arbitrage geleid heeft. Ten slotte zal ik een kritische blik werpen op de uitspraak van de Raad van Arbitrage van 4 juli 2008 (in appel) in de Westerscheldetunnel-zaak, waarbij de vordering van de aannemer afgewezen werd. Daarbij komen alle draden samen, en vindt de ontknoping plaats. Het verhaal wordt dan afgerond (§ 6).

2. Het rechtskarakter van de aannemingsovereenkomst. Het toerekenen van risico's en de betekenis van een risicoregeling daarbij.

Juristen zijn eigenlijk een soort aannemers: zij denken het liefst in schema's. Dat geldt *a fortiori* voor bouwrecht-juristen. Een bekend schema is de onderscheiding in zogenaamde inspannings- en resultaatsverbintenissen, en typen van overeenkomsten die onder die noemers vallen: de medische behandeling als overeenkomst met een typische inspanningsverbintenis enerzijds (zoals ook de overeenkomst van dienstverlening in velerlei vorm), en anderzijds de aannemingsovereenkomst getypeerd door de resultaatsverbintenis die aangegaan is (zo ook de vervoersovereenkomst, e.d.). *So far, so good*, als men maar beseft dat dit schabloon slechts een ruwe vorm is: binnen de inspanning zijn er ook resultaten waarvoor men dient in te staan: de medisch specialist moet op tijd bij het bed staan, goed materiaal en vakbekwaam personeel gebruiken, e.d.; de advocaat mag geen termijnen laten verlopen, de architect of constructeur moet kunnen rekenen. Anderzijds heeft men bij een resultaatsverbintenis ook te maken met het doen van inspanningen: de vervoerder heeft zorgvuldigheidsverplichtingen in de omgang met vervoerde zaken, de aannemer heeft waarschuwingplichten, e.d. In beide typen overeenkomsten kan een beroep op overmacht gedaan worden, het risico is niet onbegrensd. Wat overmacht is wordt bepaald aan de hand van drie criteria: de aard van de overeenkomst, de verkeersopvatting en de redelijkheid. Daarbij is een verkeersopvatting (en bovendien redelijk) dat de partij die zich door verzekering tegen het risico gedekt heeft de aansprakelijkheid daarvoor heeft te dragen. Sinds het arrest *Fokker – Zentveld* van 1968 weten wij dit en de wetgever heeft dat vervolgens overgenomen in het Nieuwe BW.³

Daar wilde ik het niet over hebben, al blijkt mij telkens weer dat het geen luxe is, zeker in bouwland, om dit in herinnering te brengen. Het is een opstapje tot een vervolg op het schema dat minstens zo belangrijk is, en vaak nog minder bekend. Het lijstje met verbintenissen moet nog uitgebreid worden, namelijk met de garantieverbintenis en de verzekeringsverbintenis, in oplopende schaal van omvang van gehoudenheid tot de prestatie. Houwing Jr. heeft ooit dit schema onder de aandacht gebracht, in zijn noot onder het arrest *De Vries – Gielen* van 1951 waarin de Hoge Raad de garantieverbintenis erkend heeft.⁴ Bij een garantieverbintenis wordt gegarandeerd dat een toestand zal ontstaan, de kwaliteit van een prestatie of het intreden van een gebeurtenis of prestatie op een bepaald tijdstip (kwaliteitsgaranties, c.q. zekerheidsgaranties). Het meest verstrekkend is de verzekeringsverbintenis: de debiteur staat in voor het vergoeden van schade die bij niet-intreden van die toestand zal ontstaan of bij een bepaalde gebeurtenis. Bij de garantieverbintenis kan een beroep op overmacht mogelijk zijn, afhankelijk van aard van de overeenkomst en gebruik in de branche; dat is niet het geval bij de verzekeringsverbintenis, afgezien van een beperkte categorie (oorlog, atoomrampen, e.d.). Waar het mij hier om gaat, is dat bij aanneming van werk de aannemer voor een resultaat in staat - anders dan de architect en de technisch-adviseur die verplicht zijn om inspanningen verrichten - maar dat de overeenkomst van aanneming van werk geen verzekeringsverbintenis inhoudt. Populair gezegd: 'Een overeenkomst van aanneming van werk is geen verzekeringsovereenkomst'. Evenmin wordt een algemene garantieverbintenis geboden ten aanzien van de overeengekomen prestatie. Dat laat onverlet dat op bepaalde onderdelen door de aannemer een garantie gegeven kan worden. De aannemer staat, naar de aard van de overeenkomst, dus niet in voor alle risico's, voor het zich niet voordoen van alle

³ In art. 6:75, en vooral 6:77 BW. Zie voor deze materie mijn *Verbintenissenrecht, Deel 1*, 5^e dr., Deventer: Kluwer 2004, p.728 e.v.; 398 e.v. Wat 'inspanning' is dient op objectieve wijze vastgesteld te worden, is een kwestie van toerekening. In de *Fokker vliegtuigvleugel-zaak* ging het om aannemersrisico voor deugdelijk materieel (hijskraan).

⁴ *Idem*, p.465 e.v.; 741 e.v.

gebeurtenissen die realisatie van het bouwwerk in de weg staan. Dat laatste is de prestatie die van een verzekeraar wél verwacht wordt.

Als er een garantie gegeven wordt, de verbintenis om ergens voor in te staan zoals dat in de oude terminologie heette, is de inhoud van de garantie voorwerp van uitleg. In de jurisprudentie van de Hoge Raad betekent dit: normatieve uitleg, of uitleg naar redelijkheid en billijkheid. In het advocaten-jargon: de *Haviltex*-norm. Net als bij alle uitleg is de letterlijke tekst van de garantieverplichting, in zijn grammaticale betekenis ('boor- en bouwrisico') niet het begin en eindpunt van de uitleg, maar een van de factoren die daarbij gewicht in de schaal leggen. Hierbij is *Hoog Catharijne* het wachtwoord (een arrest van 1995).

In dit licht is het onwaarschijnlijk dat een aannemer die een garantie afgeeft, of als variant daarop, een bepaald risico voor zijn rekening neemt ('boor- en bouwrisico') daarmee een verzekeringsverbintenis op zich neemt. Dat valt buiten zijn terrein, daar zijn assuradeuren voor. Indien een dergelijke verplichting uitdrukkelijk door partijen beoogd werd, zou het toch wel een vereiste zijn dat die verzekeringsverbintenis van de aannemer met zoveel woorden in de garantie of risicoregeling opgenomen is. Een verwijzing naar de mogelijkheid om een beroep op paragraaf 47 UAV in te stellen (zoals in de Westerscheldetunnel-casus het geval was), is daarentegen een indicatie dat van een verzekeringsverbintenis geen sprake kan zijn.

2.1 Toerekening van risico's; economische aspecten

Dan is er nog een ander algemeen aspect van aanneming van werk dat ik aan de orde wil stellen. Bij verdeling van contractuele risico's, in het bijzonder bij grote infrastructurele bouwwerken, geldt de regel dat het redelijk is, ook vanuit een economisch standpunt bezien, om alleen dan risico's te leggen bij een partij wanneer deze 'niet minstens één van de volgende factoren kan beïnvloeden: de kans dat het betreffende risico zich manifesteert of de omvang van de gevolgen die de verwezenlijking van het risico teweegbrengt'. Aldus onze jonge emeritus, Matton van den Berg, in 2002.⁵ Ook eerder had hij op dit aspect gewezen, in zijn bijdrage aan de bundel *De ontwerpende bouwer* van 1996.⁶ In dezelfde zin, in dezelfde bundel komt Lieuwe de Boer met de leuze: 'Wie niet behoedt, bloedt', met als gevolg dat 'het risico moet worden gelegd bij de partij die het best in staat is het risico te beheersen en beperken (*risk control*)'.⁷ Dit is trouwens een algemeen uitgangspunt van bekende rechtseconomen met betrekking tot risicoverdeling in het contracten- en aansprakelijkheidsrecht. De *Chicago School*, en zo.

Het beginsel van 'Wie niet behoedt, bloedt' leeft in symbiose met het beginsel 'Wie bepaalt, betaalt', zoals door de zojuist genoemde auteurs uiteen gezet is. Dat geldt voor de klassieke driehoeksvorm van de bouwovereenkomst, onder de UAV, waarbij de opdrachtgever aansprakelijkheid voor het ontwerp draagt (en voor het 'nauwlettend toezicht' door de directie, een oude liefde van Matton). Het geldt *mutatis mutandis* ook voor een Design & Construct-overeenkomst, zoals het nog te bespreken Westerscheldetunnel-contract. De aannemer draagt bij D & C vele risico's op ontwerp- en bouwtechnisch gebied, terecht, gezien dat uitgangspunt. Dat geldt echter niet voor risico's als uitzonderlijke bodemcondities: dat is namelijk typisch een risico dat voor hem: 1. niet beheersbaar is; 2. niet beperkt kan worden qua gevolgen (althans zeer ten dele).

Indien men hierover wat doordenkt, en nagaat wat de gevolgen van het alternatief zouden zijn waarbij de aannemer ook voor zeer uitzonderlijke risico's dient in te staan, dringt het

⁵ In *BR* 2002, p.849, inzake 'alliancing'. Zie ook, meer recent, zijn bijdrage aan het debat van de vergadering van de Vereniging voor Bouwrecht van 26 nov. 2008, over 'Werk in uitvoering', *TBR* 2008/11, p.102 e.v.

⁶ Deventer: 1996, p.100, geschreven samen met Chris Jansen.

⁷ Op p. 203 e.v. Vgl. ook zijn artikelen in *Vastgoed* 1997, p.128 v., en in *BR* 1998, p.447, inzake D & C en Turnkey.

fenomeen zich op dat een rationeel handelend aannemer alleen werk zal aannemen tegen een prijs waarin dat risico afgedekt is, hem beschermt tegen zijn ondergang. Met andere woorden, hij zal 'zijn vrees prijzen': ook de meest onwaarschijnlijke, maar mogelijke risico's zal hij calculeren en in zijn prijs opnemen, en daarvoor offeren. Indien dat onder de marktomstandigheden mogelijk is, de tijd van vóór de huidige economische crisis dus, betekent een dergelijke risico-opslag dat de opdrachtgever bijna altijd teveel gaat betalen. Die uitzonderlijke risico's doen zich immers per definitie zelden voor. Dan is men economisch niet erg verstandig bezig.

Indien daarentegen de opdrachtgever een risico-opslag weigert te aanvaarden en de extreme gebeurtenis daadwerkelijk plaats vindt, zal dit hard aankomen bij de aannemer die dat risico moet dragen. Afhankelijk van zijn omvang zal hij omvallen of proberen de schade te beperken door op andere onderdelen van het werk de kantjes ervan af te lopen. Dat hij een keer verhaal zal proberen te halen op die opdrachtgever bij een toekomstig project, ligt in de rede. Goedkoop is ook hier vaak duurkoop, voor de rechtlijnige opdrachtgever. Naar mijn indruk hebben veel conflicten in de bouw te maken met oude rekeningen die vereffend worden tussen partijen. Een *hidden agenda*, alleen aan insiders bekend. De aannemingsovereenkomst biedt naar zijn aard legio mogelijkheden om de opdrachtgever om de tuin te leiden, besparingen door te voeren die 'ondanks nauwlettend toezicht' niet aan de oppervlakte komen. Of pas aan het licht komen wanneer het eenmaal te laat is, qua verval- of verjaringstermijnen. Dit is overigens een algemene wijsheid die ik jaren geleden van een advocatenvriend leerde over de uitleg van een contract: wanneer je de tegenpartij zonder mededogen aan de letter van het contract houdt, is het een kwestie van afwachten tot je terug gepakt wordt, in dit of een volgend contract. *Penny wise, pound foolish*, noemt een praktisch ingesteld volk dit. Als men tenminste nog langer met elkaar zaken wil doen.

De hier geschetste risicogedachte ligt al jaar en dag ten grondslag aan de rechtspraak van de Raad van Arbitrage. In 1955 heeft De Grooth, mijn Leidse leermeester die voor zijn hoogleraarschap advocaat in Rotterdam was, in zijn preadvies voor de Nederlandse Juristenvereniging een pregnant beeld daarvan gegeven.⁸ De rechtspraak over par. 3 AV, de voorganger van de UAV, met de regel dat de aannemer geen bijbetaling of schadevergoeding verstrekt wordt, had al sinds 1946 bepaald dat het hierbij gaat om normale, voorzienbare risico's. 'Abnormale risico's, d.w.z. zodanige als niet te berekenen zijn en waartegen men zich niet kan verzekeren, moeten ten laste van de aanbesteder worden gebracht', zeggen arbiters in 1951. Er wordt door arbiters zelfs gesproken van een *algemeen gebruik* met die inhoud.

Deze vaste jurisprudentie is in latere decennia aangehouden, tot in deze tijd. De vraag die voorgelegd wordt is meestal toegespitst op de werking van een risico- of afkoopregeling bij een beroep op bijbetaling wegens onvoorziene, kostenverhogende omstandigheden. Daarvan volgt nu een synopsis.

2.2 De betekenis van afkoop- en risicoregelingen voor het beroep op paragraaf 47 UAV 1989

De eerste hobbels die genomen moet worden bij de beoordeling van de werking van een afkoopsom of risicoregeling ten opzichte van het beroep op paragraaf 47 UAV 1989 is de vraag of lid 5 van die paragraaf een beletsel vormt omdat hier van een 'bijzonder voorschrift' sprake zou zijn. In een vaste rechtspraak van de Raad van Arbitrage is die vraag ontkennend beantwoord.⁹ Enkele standaardvonnissen uit 1985, die nog regelmatig aangehaald worden

⁸ G. de Grooth, 'Welke beginselen behoren ten grondslag te liggen aan een wettelijke regeling van de overeenkomst van aanneming van werk?', preadvies NJV, *Hand. NJV* 1955, p.205 e.v.

⁹ Zie mijn Preadvies Ver. v. BR van 1998, 'Acts of God', *overmacht en onvoorziene omstandigheden in het bouwrecht*, Publ. Ver. v. Bouwrecht Nr. 26, 1998, p.133 e.v. Zie recentelijk ook: W.J.M. Herber, noot onder RvA 19 februari 2008, *TBR* 2009/5, p.455, op p. 464, nr. 10, sub c.

door arbiters in recente procedures, zetten hierbij de toon, en wel de uitspraken met betrekking tot de *Tweede oliecrisis*, RvA 14 augustus 1985 en 11 december 1985.¹⁰ Arbiters zijn van oordeel dat door de afkoopsom het risico van de gevolgen van prijsstijgingen in zekere mate in de aannemingsom was begrepen, dat wil zeggen de redelijkerwijs voorzienbare gevolgen maar niet de daarboven uitgaande prijsstijgingen. Met een risicoregeling wordt niet beoogd om de effecten van onvoorziene omstandigheden te regelen doch slechts de effecten van prijsstijgingen. In het laatste vonnis overwegen arbiters dat in geval een onvoorziene omstandigheid tot extreme prijsstijging leidt, deze ‘de overeengekomen risicoregeling kan doorbreken, zoals deze omstandigheid bij het niet overeenkomen van enige risicoregeling de aanneemsom kan doorbreken’. Dat is de strekking van paragraaf 47 UAV, vervolgt de RvA.

In zijn noot onder het laatste vonnis zegt Thunnissen dat indien partijen werkelijk alle risico’s met betrekking tot prijsstijgingen willen afkopen, zij ook uitdrukkelijk de gevolgen van de onvoorziene omstandigheden als bedoeld in paragraaf 47 UAV moeten afkopen. Ik teken hierbij aan dat in de Westerscheldetunnel-casus, zoals wij hieronder nog zullen zien, partijen juist uitdrukkelijk de mogelijkheid van een beroep op paragraaf 47 hadden opgenomen in de risicoregeling zelf, evenals bij de algemene bepalingen.

Een goede illustratie is ook de uitspraak van de Raad van Arbitrage een decennium later in een geschil over *laag water op de IJssel*.¹¹ De door Rijkswaterstaat als opdrachtgever in het contract opgenomen regeling die gebaseerd was op gemiddelde waterstanden waarvan ‘niet afgeweken’ mocht worden, dat wil zeggen de aannemer geen recht op vergoeding gaven, wordt door arbiters terzijde gesteld: op de clause mag geen beroep gedaan worden in geval van omstandigheden die zo ernstig zijn dat ze als onvoorziene omstandigheden moeten worden aangemerkt. De laagwaterstanden moeten volgens arbiters ‘als dermate extreem worden beschouwd’ dat de aannemer bij het aangaan van de overeenkomst geen rekening behoefde te houden met de kans dat ze zich zouden voordoen.

Ook in recenter tijd heeft de Raad van Arbitrage dit standpunt ingenomen. Twee voorbeelden. In een *staalprijsen*-vonnis van 2004 wordt overwogen:

‘Het feit dat in de onderaannemingsovereenkomst is opgenomen dat de prijzen vast zijn tot en met 31 december 2004 laat onverlet dat in het geval van kostenverhogende omstandigheden een beroep op paragraaf 47 UAV 1989 kan worden gedaan, ook al heeft dit tot gevolg dat er ook voor Y en Z extreme prijsstijgingen zouden kunnen optreden. De in de overeenkomst opgenomen risicoregeling beoogt immers niet de effecten van onvoorziene omstandigheden te regelen, doch uitsluitend de effecten van min of meer normale prijsstijgingen. Voor zover zich een onvoorziene omstandigheid voordoet, die tot extreme prijsstijging leidt, kan deze de overeengekomen regeling doorbreken. Hieraan doet het door Z gedane beroep op lid 5 van paragraaf 47 UAV 1989 niet af. Dit artikellid ziet immers op andere bijzondere regelingen omtrent onvoorziene of buitengewone omstandigheden en niet, zoals Z heeft gesteld, op regelingen die zien op de effecten van min of meer normale prijsstijgingen.’¹²

In een uitspraak uit 2006, eveneens inzake *staalprijsen*, is het oordeel van de Raad bondiger:

¹⁰ Resp. *BR* 1986, p.243 en *BR* 1986, p.251 m.nt. Thunnissen. Vgl. in deze zin ook Herber in zijn noot onder RvA 29 augustus 2006, *BR* 2006, p.1105, *Staalprijsen*, onder nr. 2. De RvA verwijst ook zelf met instemming naar het vonnis van 11 december 1985 in het eerste vonnis over de stijgende staalprijsen-problematiek: RvA 13 juli 2004, nr. 26.658, *BR* 2004, p.888, in ov. 20.

¹¹ RvA 13 juni 1995, *BR* 1995, p.794.

¹² RvA 9 december 2004, nr. 26.658, *BR* 2005, p.244, ov. 17.

‘Volgens de bestaande jurisprudentie van de Raad is het opnemen van de risicoregeling geen bijzonder voorschrift in de zin van § 47 lid 5 UAV, waardoor deze paragraaf niet zou gelden. In geval zich loon- of prijsstijgingen voordoen die het in de risicoregeling of afkoopsom gedekte risico te boven gaan, kan voor het meerdere een beroep op § 47 UAV worden gedaan, mits uiteraard aan de voorwaarden, genoemd in die paragraaf, voldaan is’.¹³

De burgerlijke rechter volgt de hier beschreven jurisprudentie van de Raad van Arbitrage op dit punt. De Rechtbank Rotterdam stelde in een vonnis van 2008 vast dat de contractuele risicoregeling in een overeenkomst inzake het RandstadRail-project niet derogerde aan paragraaf 47 UAV.¹⁴ Dat was niet gebleken uit de tekst van de regeling, maar, zo vervolgt de rechtbank:

‘Er zijn voorts geen feiten of omstandigheden gesteld of gebleken waaruit zou kunnen worden afgeleid dat met de in het bestek opgenomen risicoregeling op voor de inschrijvers kenbare wijze niet slechts werd beoogd de effecten van gebruikelijke prijsfluctuaties te reguleren, maar dat daarmee tevens werd beoogd een exclusieve regeling te treffen omtrent kostenverhogende of buitengewone omstandigheden in de zin van paragraaf 47 UAV 1989. Indien zulks wel door de gemeente werd beoogd, had het – mede gelet op de ten tijde van de inschrijving bestaande jurisprudentie hieromtrent van de Raad van Arbitrage voor de Bouw, waaraan inschrijvers zekere verwachtingen mochten ontlenen en waarmee ook de gemeente moet worden geacht op de hoogte te zijn geweest – op de weg van de gemeente gelegen zulks in het bestek duidelijk tot uitdrukking te brengen’ (ov. 3.7).

De hier beschreven jurisprudentie is niet uitzonderlijk, alleen in het bouwrecht bekend, maar past binnen de in het algemene contractenrecht gangbare opvattingen in ons land, en in landen als Frankrijk en de V.S.¹⁵

Wij komen hier op hetgeen in het hieronder te bespreken vonnis inzake de Westerscheldetunnel de kern des poedels is: het geschil is toegespitst op de betekenis van de risicoregeling van het contract, art. 16.10, met name de relatie tot paragraaf 47 UAV. Het artikel luidt als volgt:

Boor en bouw risico

16.10 Tot het op KMW rustende uitvoeringsrisico behoort mede het risico voortvloeiende uit de geologische en geotechnische toestand van bouw- en werkerreinen, ongeacht of deze terreinen door de Opdrachtgever ter beschikking zijn gesteld, in het bijzonder terzake geologische of geotechnische omstandigheden die van invloed zijn op het boor- of bouwproces (boor- en bouwrisico). Op KMW rust geen risico terzake van kostenverhoging en vertraging in het boor- en bouwproces veroorzaakt door:

- a. gemetselde baksteenconstructies [...]; b. door mensen in het werk gebrachte obstakels [...];
- c. [...]; d. [...];
- e. omstandigheden bedoeld in § 47 UAV, voor zover op grond van het daar bepaalde aanspraak op bijbetaling kan worden gemaakt.

Ik zal betogen dat arbiters de hier beschreven heersende leer volstrekt miskend hebben door deze risicoregeling met betrekking tot het boor- en bouwrisico als beletsel voor een beroep op paragraaf 47 UAV te beschouwen. Een beroep dat nota bene met zoveel woorden in de risicoregeling opgenomen was (sub *e*). De door arbiters als onduidelijke opgevatte risicoregeling hebben zij bovendien in het nadeel van de aannemer uitgelegd terwijl het op de

¹³ RvA 29 augustus 2006, *BR* 2006, 1105 m.nt. Herber, ov. 24.

¹⁴ Rb. Rotterdam 16 juli 2008, nr. 276909, *Saturn c.s. – Gem. Rotterdam, LJN* BD9020, inzake gestegen staalpijzen. Ook besproken door Herber, noot onder RvA 19 februari 2008, *TBR* 2009/5, p.462 e.v.

¹⁵ Zie voor dit onderwerp mijn *Verbintenissenrecht, Deel 1*, p. 793 e.v.

weg van de opdrachtgever (die het contract geschreven had) had gelegen om in dit geval die duidelijkheid te geven, zoals de Rotterdamse rechter in de RandstadRail-zaak zo treffend overwogen had.

Alvorens nader op deze tunnelzaak in te gaan, eerst nog enkele opmerkingen over de vereisten voor toepassing van paragraaf 47 UAV.

3. Hoofdpijnen van het beroep op kostenverhogende omstandigheden van paragraaf 47 UAV: ‘voorzienbaarheid’, ‘aanzienlijke kostenverhoging’ and *all that jazz*

Een van de bekende discussiepunten bij dit onderwerp is wat de betekenis is van het begrip ‘voorzienbaarheid’ van kostenverhogende omstandigheden. Allereerst geldt dat de feitelijke ‘voorzienbaarheid’ slechts één van de factoren is die van belang is; essentieel is het ‘verdisconteerd’ zijn van omstandigheid, het voor risico van een der partijen gebracht zijn van de betreffende omstandigheid in het contract. Op dit punt loopt paragraaf 47 UAV in de pas met het (moeder-)artikel 258 van Boek 6 BW, dat dwingendrechtelijk van aard is. De Raad van Arbitrage spreekt in dit verband veelal van wat het ‘normale risico’ van de aannemer is, dat voor diens risico dient te blijven, ook bij een ingrijpen ex paragraaf 47 UAV in geval van kostenverhogende omstandigheden. Volgens die bepaling worden zoals bekend de ‘kostenverhogende’ omstandigheden omschreven als omstandigheden die:

- van dien aard zijn dat bij het tot stand komen van de overeenkomst ‘geen rekening behoefde te worden gehouden met de kans dat zij zich zouden voordoen’;
- ‘de aannemer niet kunnen worden toegerekend’;
- ‘de kosten van het werk aanzienlijk verhogen’.

De Raad van Arbitrage heeft een aardig exposé hiervan gegeven in de *Eerste laagwater-zaak*, die in 1976 speelde, met als kern: ‘vrijwel alle omstandigheden zijn in abstracto te voorzien’.¹⁶ Het gaat hierbij om de vraag of met omstandigheden rekening gehouden moet worden, waarbij ‘in de eerste plaats moet worden gezien naar de *omvang* van deze omstandigheden en de gevolgen daarvan’. De Raad geeft hierbij het voorbeeld van *regenval*: dat is te voorzien en met die kans behoort rekening te worden gehouden; dat geldt ook voor regenval die uitgaat boven wat naar ervaringsregels als ‘normaal’ beschouwd kan worden, maar, zo vervolgen arbiters: ‘dat echter uit paragraaf 47 UAV volgt dat géén rekening behoeft te worden gehouden met een regenval die zeer aanzienlijk uitgaat boven wat naar ervaringsregelen als “normaal” kan worden beschouwd’. De conclusie van arbiters is: ‘dat niet in haar algemeenheid en stellig van tevoren kan worden gezegd wat bij een bepaalde gebeurtenis een zeer aanzienlijke overschrijding van het normale is’.

Regenval is zo’n aardig voorbeeld, aangezien het een huis-tuin-en-keuken-geval is, net zoals bodemcondities. Het hoeft niet enkel om ‘calamiteiten’ of ‘ultieme risico’s’ te gaan, gebeurtenissen waarbij de van buiten komende oorzaak centraal zou staan. Recentelijk heeft de Raad van Arbitrage inderdaad in een geval van extreme regenval de aannemer die een beroep op paragraaf 47 UAV (juncto paragraaf 44 lid 3) gedaan had schadevergoeding toegekend.¹⁷

Het is interessant dat de Duitse rechter op dezelfde lijn zit (in Duitsland worden vrijwel alle nationale bouwgeschillen voor de burgerlijke rechter gebracht, en niet zoals bij ons in

¹⁶ RvA 25 juni 1981, *BR* 1981, 689; zie ook mijn Preadvies 1998, p.128. Na een *eerste* oliecrisis is in het vervolg iedere oliecrisis ‘te voorzien’, per definitie.

¹⁷ RvA 10 september 2004, *BR* 2005, p.242. De aanneemsom was ca. f. 82 miljoen, de schade f. 1 miljoen, toegewezen werd f. 650.000 (d.i. 0,8% van de aanneemsom).

arbitrage). Zo werd in geval van extreme regenval, waarbij de regenval van vier maanden op één dag gevallen was, deze als onvoorziene omstandigheid beschouwd die niet voor rekening van de aannemer diende te komen. Het Duitse recht kent een op paragraaf 47 UAV gelijkende regeling in par. 7 lid 1 VOB/B, die aansluit bij de jurisprudentie van de burgerlijke rechter. De laatste had bepaald dat het hier gaat om omstandigheden die ‘nach menschlicher Einsicht und Erfahrung unabwendbar’ zijn, dat wil zeggen niet te voorkomen noch op redelijke wijze te bestrijden, en de aannemer niet toe te rekenen zijn.¹⁸ Het standaardarrest is hier *Schürmannbau I en II* van 1998 (*Rheinhochwasser*), waarop het VOB/B in 2000 aangepast is.¹⁹ In *Schürmannbau I* is bepaald dat de onafwendbare omstandigheden geen ‘betriebsfremd Charakter’ hoeven te hebben. Dat laatste wordt ruim opgevat; ook de duurdere inkoop van bouwmaterialen die niet te verhelpen was valt eronder, ‘die weitere Bauausführung hindernden Materialknappheit’.²⁰

Droogte is de tegenhanger van overmaat aan regenval. In reeds genoemde *Tweede laagwaterzaak* van 1995 zagen wij dat de Raad van Arbitrage van oordeel was dat de laagwaterstanden in 1991 ‘als dermate extreem moeten worden beschouwd’ dat de aannemer bij het totstandkomen van de overeenkomst geen rekening behoefde te houden met de kans dat ze zich zouden voordoen.

Wij zullen hieronder zien dat in het Westerscheldetunnel-vonnis arbiters deze heersende leer van rechtspraak en doctrine naast zich neergelegd hebben door alle bodemrisico’s over één kam te scheren, normale en abnormale. Bovendien waren het hier risico’s die volgens arbiters in de risicoregeling begrepen waren.

Dan nu de vraag wat eigenlijk onder een ‘aanzienlijke’ kostenverhoging moet worden verstaan. In de rechtspraak van de Raad van Arbitrage zijn arbiters bereid om met betrekkelijk geringe percentages kostenstijging genoeg te nemen voor een beroep op paragraaf 47 UAV (prijsstijgingen van 2 tot 5% van de aanneemsom werden regelmatig gehonoreerd). Daarentegen wordt veelal aangenomen dat de Hoge Raad bij toepassing van artikel 258 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek, onvoorziene omstandigheden, een veel strengere norm hanteert. De problematiek is iets gecompliceerder geworden voor de wetsuitlegger met de invoering van artikel 753 van Boek 7 BW, waarin de aanpassingsregel voor de bouwovereenkomst is neergelegd. In het oorspronkelijk ontwerp-Drion (1973) stond nog ‘aanzienlijke kostenverhoging’ in het artikel, een term die geschrapt is nadat H.O. Thunnissen daartegen bezwaar gemaakt had in *Bouwrecht* en in zijn Asser-bewerking.²¹

De reeds aangehaalde uitspraken van 1985 inzake de *Tweede oliecrisis* zijn van belang voor de vraag wat op grond van paragraaf 47 UAV een ‘aanzienlijke’ kostenverhoging is. Na een analyse van de rechtspraak heb ik in mijn preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht van 1998 de door arbiters gehanteerde formule tot een regel gemaakt die in de recente rechtspraak,

¹⁸ Zie voor de wijze waarop dit door het Bundesgerichtshof uitgewerkt wordt, even voor de fijnproevers, mijn Preadvies 1998, p.144, noot 77.

¹⁹ *NJW* 1997, 3018 (*BauR* 1997, 1019); en 1998, 456 (*BauR* 1997, 1021). Zie uitvoeriger: Ingenstau/Korbion, *VOB Kommentar. Teile A und B*, 15e dr., Düsseldorf: Werner-Verlag 2004, § 7 nr. 1-3 VOB/B, nr. 12 v. (p.1733 e.v.).

²⁰ Aldus reeds een arrest van 1973 en eigenlijk al de rechtspraak van het Reichsgericht van voor de oorlog, zie *BauR* 1973, 317 (*NJW* 1973, 1698). Zie ook: Ingenstau/Korbion, t.a.p., 13e dr. 1996, § 6 nr. 2 VOB/B, p.1676 e.v.; 1734 en Sturmberg/Steinbrecher, *Der gestörte Bauablauf und seine Folgen*, Köln: Heymanns Verlag, 2001, p.50 e.v.

²¹ Zie: *BR* 1990, p.87; Asser-Thunnissen, Kluwer: Deventer, 1994, nr 600. Zie voor deze materie, die ik hier verder laat rusten, uitvoerig mijn Preadvies 1998, Ver. v. BR, p.135 e.v., en nog: Herber, *BR* 2005, p.288 e.v.

zowel van de Raad van Arbitrage als van de burgerlijke rechter een rol is gaan spelen, althans volgens de annotatoren en commentatoren. Het lijkt erop of de 5%-norm (percentage van de aanneemsom) daarbij een eigen leven is gaan leiden, in combinatie met de 10%-norm (eigen risico van aannemer bij prijsstijging). Het onderwerp leent zich voor een apart artikel, dat op dit moment bij mij nog in de pen zit, maar op deze plaats zou ik twee dingen hierover willen zeggen. Ik heb allereerst het criterium voor ‘aanzienlijke’ kostenstijging in 1998 als een *open norm* geformuleerd waarbij zowel in verhouding tot de aanneemsom als tot de contractueel overeengekomen risicoregeling van een aanzienlijk bedrag sprake moet zijn. Ik heb vervolgens, de bouwrechtelijke Pappenheimers kennend, dit (relatieve) criterium met de dubbele formule in cijfers uitgedrukt, ‘aan de veilige kant geformuleerd’. Hieruit kwam als een *vuistregel* voor de praktijk:

‘een bedrag van de kostenverhoging (na aftrek van eigen risico) van ongeveer 5% of hoger van de aanneemsom enerzijds, en een prijsstijging die hoger is dan 10% tot 20% anderzijds (p.140/141).

Ik voegde hieraan toe dat in de rechtspraak soms met lagere percentages genoeg wordt genomen, met name wat de verhouding tot de aanneemsom betreft, hetgeen van bijzondere omstandigheden zal afhangen.

Anders dan tegenwoordig door sommige schrijvers gemeend wordt (zoals bijvoorbeeld Herber) heb ik ‘5% van de aanneemsom’ niet als *harde norm* genoemd. Dat geldt eveneens voor de 10%-norm voor eigen risico van de aannemer; ik gaf daarbij een treffend citaat (in het Engels) van Korbion, die dat percentage voor het Duitse bouwrecht aangenomen heeft, eveneens slechts als *vuistregel*.²²

Ik volsta hier verder met een verwijzing naar de meer recente rechtspraak, zoals die met betrekking tot de staalpijzen, zoals besproken door Herber en anderen, vanaf 2004.²³ Het is tekenend dat wanneer de Raad van Arbitrage de eigen risico-norm op 10% stelt in de eerste staalpijzen-zaak (van 13 juli 2004) dat gebeurt omdat de prijsstijging al enigszins te voorzien was. Naderhand wordt ook wel 20% toegepast, soms omdat de aannemer daar zelf mee komt, soms omdat de voorzienbaarheid in kwestie vrij groot geacht wordt. Het komt ook voor dat er in het geheel geen percentage door arbiters of rechters van belang geacht wordt (tot misbaar van de annotator); een enkele keer is het percentage aanzienlijk lager dan 5% (idem). Rijkswaterstaat hanteert overigens een percentage van 2% bij stijging van staalpijzen: het *excedent* wordt aannemers uitgekeerd.²⁴

Voor het onderwerp van dit artikel is deze schets van de ‘aanzienlijkheid’-toets dacht ik toereikend, aanzienlijk toereikend zelfs. Arbiters hoefden in de Westerscheldetunnel-zaak niet op deze kwestie in te gaan omdat de toetsing aan de voorwaarden door paragraaf 47 UAV gesteld in deze fase nog niet aan de orde was. Het speelt natuurlijk wel op de achtergrond

²² Preadvies 1998, p.144. Korbion spreekt daarbij van ‘guide-lines’, want: ‘one cannot simply quote a percentage expressing the contractor’s increased expenditure in order to establish changed conditions.’ Zie daarentegen Herber, *BR* 2005, p.288 e.v. Vgl. ook zijn noot bij Rb. Amsterdam 15 april 2009, *TBR* 2009/8, p.747, op p.754 e.v., *stalen brug*.

²³ Te beginnen met: RvA 13 juli 2004, *BR* 2004, p.888; RvA 9 dec. 2004, *BR* 2005, p.244, waarover Herber, ‘Staalpijzen, ofwel de invloed van China op de Nederlandse bouwrechtpraak’, *BR* 2005, p.288. Zie ook zijn reeds genoemde meer recente noten en onlangs: W. Boonstra, ‘Nieuwe staalcrisis: de lakmoesproef voor § 47 UAV 1989?’, *BR* 2008, p.766. Naar verwachting zal in maart 2010 in *TBR* een artikel over stijging van materiaalkosten en par. 47 UAV verschijnen waarin ik deze jurisprudentie en literatuur aan de orde zal stellen.

²⁴ Brief d.d. 24 april 2004 aan het Grond-, Water- en Wegenbouw Overlegorgaan; waarover Herber, *BR* 2005, p.288 e.v.

mee; gezien het bovenstaande lijkt de casus de toets te kunnen doorstaan, los uit de pols gedaan.²⁵

4. Uitleg van de bouwovereenkomst. De betekenis van de zogenaamde ‘entire agreement clause’

In de Westerscheldetunnel-zaak heeft de aannemer een beroep op een *entire agreement clause* gedaan, een clause in de overeenkomst waarin bepaald is dat in de overeenkomst ‘het volledige resultaat’ vastgelegd is van de onderhandelingen die tot de totstandkoming van de overeenkomst hebben geleid en en deze ‘alle documenten vervangt’ die eraan vooraf zijn gegaan. Wat is een dergelijke clause eigenlijk?

De zogenaamde ‘entire agreement clause’ staat ook wel bekend als ‘merger clause’ of ‘integration clause’. Deze figuur komt uit het common law-recht (met name: Amerikaans recht) en wordt steeds meer in civil law-landen gebruikt, ook in ons land. In de anglo-saksische rechtssfeer staat deze clause in verband met de zogenaamde ‘parol evidence rule’. Deze oude regel, in Engeland niet meer van kracht maar nog wel in de V.S., houdt kort gezegd in dat men een geschreven contract niet kan ontcrachten door een beroep te doen op hetgeen *mondeling* (‘parol’) overeengekomen is, doorgaans in de periode voorafgaande aan de contractssluiting. Later is daaraan toegevoegd het niet van de overeenkomst kunnen afwijken met een beroep op een eerder gesloten *schriftelijk* (deel-) contract. Voor de toepassing van deze regel dient men eerst vast te stellen of er een schriftelijk contract is dat de verplichtingen en rechten van partijen volledig weergeeft. De ‘entire agreement clause’ voorziet nu in die (Amerikaanse) behoefte: daarmee is namelijk aangegeven dat het onderhavige contract het gehele, volledige contract is, en stelt men aldus de ‘parol evidence rule’ in werking.

Een tweede functie komt tot uiting in de benaming ‘merger’ of integration clause’: in het contract worden alle eerdere, deelcontracten en afspraken samengevoegd tot één geheel. Men heeft buiten het contractsdocument dus niets meer te zoeken.

Naar algemeen wordt aangenomen is het effect van zo’n ‘entire agreement’-clause tweeledig: de in het contract als schriftelijk document neergelegde verplichtingen van een partij kunnen niet gewijzigd, dat wil zeggen aangevuld of verzwaaard worden, met een beroep op buiten dat document gelegen eerdere afspraken of overeenkomsten, e.d. Die laatste documenten kunnen uitsluitend gebruikt worden indien de tekst van het contract ‘ambiguous’ is, voor tweeërlei uitleg vatbaar. In het contract staat bijvoorbeeld ‘New York’, maar wordt hiermee de *stad*, of de *staat* bedoeld? (een voorbeeld dat ik eens gekregen heb van Amerikaanse advocaat). Om dat uit te maken mag men bij de uitleg te rade gaan bij documenten of afspraken uit de periode voorafgaande aan de contractssluiting. In dit verband spreekt men ook wel van de ‘plain meaning rule’: het contract wordt uitgelegd aan de hand van de normale betekenis van de woorden (die dus duidelijk zijn). Zie bijvoorbeeld het volgende citaat van Farnsworth:

‘If the issue is one of interpretation of language in a completely integrated contract, common law courts generally agree that they may consider extrinsic evidence as to matters prior to the making of the contract if the language is not plain. Thus it is commonly said that the court

²⁵ Om de gedachten te bepalen, de aanneemsom was ruim 1 miljard gulden, ca. 490 miljoen euro, voor grondonderzoek, ontwerp, bouw, opleiding personeel, bijbehorende werkzaamheden, etc. In het geval men de gehele afkopsom als eigen risico zou rekenen, zou het kostenbedrag ca. 22,5 miljoen zijn (28 – 5,45), dat is ca. 4,6% van de totale aanneemsom. Indien men echter bij zo’n D & C-contract een ‘knip’ aanbrengt, en bijv. 90% voor het eigenlijke boren en bouwen rekent, is de aanneemsom ca. 441 miljoen, en wordt het percentage ca. 5,1%.

may look to such extrinsic evidence if the language is “ambiguous”, by which the court means that the language is susceptible to two reasonable meanings’.

.....

‘First, the draftsman should once again be sure to include an entire agreement clause. This will make it clear that the contract is completely integrated so that the plain meaning rule applies so that extrinsic evidence will only be considered for the purpose of interpreting language if the language is ambiguous’.²⁶

Aldus ook het Engelse recht waar men spreekt van ‘whole contract’ of ‘entire contract clauses’. Volgens de jurisprudentie mag op grond van zo’n clausule in overeenkomsten tussen commerciële partijen de contractstekst ‘at face value’ genomen worden.²⁷

Ook in ons land is in de literatuur aandacht besteed aan deze rechtsfiguur. Zo schreef Tjittes over een ‘merger clause’:

‘Het rechtsgevolg van een dergelijk beding is dat een dergelijke overeenkomst niet kan worden tegengesproken of aangevuld door bewijs door middel van daaraan voorafgaande verklaringen of afspraken’.²⁸

Tjittes heeft ook gewezen op de bewijsrechtelijke aspecten van de clausule:

‘Ten eerste kan de vermelde entire agreement clause worden gekwalificeerd als een bewijsovereenkomst (art. 153 Rv en art. 7:900 lid 3 BW): de ‘entire agreement clause’ beoogt te voorkomen dat partijen (tegen)bewijs mogen leveren van overeenkomsten of beloften die zijn gesloten of gedaan voor of uiterlijk ten tijde van het tot stand komen van het schriftelijke contract, indien en voorzover die afwijken van het schriftelijke contract’.²⁹

Het ligt voor de hand dat in de hier beschreven opvatting steun gezocht wordt bij een wijze van uitleg van overeenkomsten waarbij aan de letterlijke tekst van de overeenkomst grote betekenis gehecht wordt. Tjittes behoort tot de aanhangers van die school. Hij doet in zijn *Themis*-artikel een beroep op een arrest van 2004, *DSM – Fox*, en stelt dan:

‘In praktisch opzicht is de taalkundige betekenis die deze bewoordingen, gelezen in de context van dat geschrift als geheel, in de (desbetreffende kring van) het maatschappelijk verkeer normaal gesproken hebben, bij de uitleg van dat geschrift vaak wel van belang’.³⁰

Ook de PECL (zogenaamde Lando-principles) gaan hiervan uit, zegt Tjittes met nadruk:

²⁶ E. Allen Farnsworth, ‘The interpretation of international contracts and the use of preambles’, *RDAI/IBLJ*, 2002, p.275 e.v. Zie ook: *Farnsworth on Contracts*, 2nd ed. 1998, p.251. Zie verder nog, uitvoerig: M. Fontaine en F. De Ly, *Droit des contrats internationaux*, Parijs/Brussel: Bruylant, 2^e dr., 2003, p.159; 162.

²⁷ Zie de arresten: *Deepak Fertilisers v. Davy McKee*, (1998) 62 *Con LR* 86; *Intreprenur Pub Co. v. East Crown*, (2000) 2 *Lloyd’s Rep* 611. Aldus ook art. 2.17 Unidroit Principles en art. 2:105 PECL, waarover Fontaine/De Ly, p.161.

²⁸ R.P.J.L. Tjittes, *Contracteren* 2002-1, p. 11, met verwijzing naar Wolters en Drion. Vgl. ook E.H. Hondius, ‘De “entire agreement” clausule: Amerikaanse contractsbedingen in het Nederlandse recht’, in: *Recht als norm en aspiratie*, Nijmegen, 1986, p.24 e.v., op p.29 e.v. Hondius wijst op rechtspraak die overeenkomsten vertoont met de hantering van de ‘entire agreement clause’, zoals: Rb. Amsterdam 1905; Hof Den Haag 1973.

²⁹ *RmThemis* 2005, p.26.

³⁰ HR 20 februari 2004, *NJ* 2005, 493 m.nt. DuPerron, *DSM – Fox* en Tjittes, *RmThemis* 2005, p.15; in deze zin ook door hem genoemde schrijvers als Grosheide en C.E. Drion. Zie mijn *Verbintenissenrecht 1*, p.182 e.v., voor een andere visie op het arrest van 2004.

‘... the judge must not, under the guise of interpretation, modify the clear and precise meaning of the contract. This would ignore the principle of the binding force of contract’.³¹

Met deze vermaningen in het achterhoofd, zullen wij hieronder nagaan of arbiters in de Westerscheldetunnel-zaak zich gehouden hebben aan de regel om wanneer de tekst van de overeenkomst duidelijk is in de context van het gehele document, niet daaraan te sleutelen door middel van uitleg.

5. De Westerscheldetunnel-casus. De uitspraak van de Raad van Arbitrage van 4 juli 2008 (in appel) kritisch besproken

5.1 De totstandkoming van de bouwovereenkomst. Het geschil van partijen over het boorrisico

Dan nu een nadere blik op het dispuut over de Westerscheldetunnel, met name de over de enorme kostenverhoging veroorzaakt door de vervorming van de boorschilden tijdens het boorproces als gevolg van extreme horizontale druk die optrad in een zeer oude zandlaag op 60 m. diepte. Het boren moest enkele maanden stilgelegd worden, de vervormingen van de schilden bedroeg respectievelijk 43 en 60 mm, en eerst na aanpassing van de machines kon zonder problemen doorgeboord worden. De extra kosten bedroegen ca. 28 miljoen euro.

Alvorens de inhoud van de bouwovereenkomst aan de orde te stellen zal ik de precontractuele fase schetsen, die in verband met de uitleg van de overeenkomst van groot belang zal blijken te zijn. De vaste oeververbinding over de Westerschelde was een oude wens van de provincie Zeeland en leidt in 1991 tot een aanbestedingsproject; één van de twee gegadigden die daaruit voortkomen is de aannemer van de overeenkomst die tenslotte in 1996 gesloten wordt, de bouwcombinatie KMW (Kombinatie Middelpmaat Westerschelde). In de tussenliggende vijf jaar gebeurt er van alles; ik stip enkele dingen aan. Het wordt een D & C-contract, Ontwerp- en Bouwovereenkomst, waarbij een voor ons land nieuwe vorm van bouwen gebruikt wordt, een geboorde tunnel op een ongekeerde diepte van maximaal 60 m. De provincie, waarmee de eerste vier jaar onderhandeld wordt, vertilt zich aan het project en kan de financiering niet rond krijgen. Begin 1995 stapt de rijksoverheid in en neemt het project over, waartoe een NV opgericht wordt, de NV Westerscheldetunnel. De landsadvocaat (mr. Wubs) neemt dan de onderhandelingen over. In het vonnis in eerste aanleg, van 31 mei 2004, geven arbiters een uitvoerig exposé van de onderhandelingen, en welke stukken daarin voorbij kwamen: bijna zes bladzijden met correspondentie, verslagen, concept-artikelen, etc.³² In het appelvonnis, van 4 juli 2008, wordt door arbiters daaraan slechts in algemene termen gerefereerd, terwijl die materie voor de vraag of de *entire agreement clause* terzijde gesteld kan worden toch van groot belang is.³³

De onderhandelingen hadden in 1994 al tot een Tussencontract van Provincie met KMW geleid waarin ook de boor- en bouwrisico's een plaats gevonden hadden, die aanvankelijk door KMW op 'enkele tientallen miljoenen gulden' geschat werden. Ook de plaats van paragraaf 47 UAV in het contract werd in die tijd besproken; een uitsluiting werd door de aannemer afgewezen, omdat dit onverzekerbaar was. Nader grondonderzoek was noodzakelijk om de risico's in beeld te kunnen krijgen en voor f. 8 miljoen wordt dat uitgevoerd. In art. 4, lid 6 van dat Tussencontract van 9 mei 1994 is opgenomen:

³¹ O. Lando and H. Beale, *Principles of European Contract Law*, 2000, p. 288 v.

³² RvA 31 mei 2004, nr. 26.978 (geschil IV), gewezen door Mr. J.M. Vrakking, Prof. ir. K. d'Angremond en Ir. G.M.F.J. Hammer, ov. 5. Ik zal in het vervolg die feiten bij het betoog betrekken.

³³ RvA 4 juli 2008, nr. 71.164 (geschil IV), TBR 2008/11, p.199 m.nt. F.G. Horsting, gewezen door mr. J.G. de Vries Robbé, Prof. Ir. Drs. J.K. Vrijling en drs. Ir. F.H. van Rijssen.

‘Opdrachtnemer zal de bouwriscico’s welke samenhangen met de ligging van de aardlagen dragen en in de te sluiten bouwovereenkomst voor zijn rekening nemen, vooropgesteld dat de uitkomst van het grondonderzoek de opdrachtnemer geen aanleiding geeft de interpretatie van de desbetreffende basisgegevens te wijzigen, en vooropgesteld dat de overige met de grondgesteldheid samenhangende basisgegevens niet wijzigen’ (vonnis 2004, ov. 5i). In een brief van 9 december 1994 deelt KMW aan de provincie mee: ‘Het over te nemen risico omvat alle gevolgen die voortvloeien uit de aan te treffen geologische omstandigheden, voor zover die omstandigheden van dien aard zijn dat KMW met de kans dat ze zich voordoen, thans rekening dient te houden’ (ov. 5k).

Hieruit blijkt, teken ik aan, dat voor de aannemer het boor- en bouwriscico gebaseerd was op informatie verkregen uit grondonderzoek, op de proefboringen die verricht werden. Een risico dat te maken heeft met de interpolatie van de proefboringen die immers met onderlinge afstand uitgevoerd worden. Dergelijk grondonderzoek had betrekking op de *ligging* van grondlagen. Indien al uitvoerbaar, konden proefboringen geen licht werpen op het *gedrag* van grondlagen, met name het glauconiet-houdend zand (uit het Tertiair) op 60 m. diepte tijdens het boorproces. Wij zullen hieronder zien dat arbiters het uiteindelijk over de *ligging* van grondlagen hebben, die voor risico van aannemer dient te komen. Maar dat was het probleem niet bij de vervorming van de boorschilden; het ging om het totaal onverwachte *gedrag* van de bodemlaag bij het boren.

Op grond van de door proefboringen verkregen informatie heeft aannemer zijn boorrisico gecalculeerd en de afkoopsom van 5,45 miljoen euro berekend die door de opdrachtgever aanvaard werd.³⁴

In een brief van 17 januari 1995 omschrijft aannemer op verzoek van de provincie de reikwijdte van de toepasselijkheid van paragraaf 47 UAV, in een niet-limitatieve opsomming, met onder meer ‘molest, kernrampen, aardbevingen, watersnoodrampen en door mensen in het traject gebrachte obstakels’ (ov.5l). De aardbevingen vallen in het vonnis van arbiters onder tafel, noteer ik vast; een niet onbelangrijk detail zoals wij nog zullen zien.

De landsadvocaat neemt in februari 1995 de regie over en dat leidt tot elf concept-overeenkomsten van zijn hand; in het zesde concept verschijnt de risico-bepaling, artikel 16.10, zoals die ook in de eindversie staat die in juni 1996 door partijen getekend wordt.

Dan nu het *pièce de résistance* van het geschil van partijen, de risicoregeling. Dat artikel, hierboven al aangehaald, luidt als volgt:

Boor en bouw risico

16.10 Tot het op KMW rustende uitvoeringsrisico behoort mede het risico voortvloeiende uit de geologische en geotechnische toestand van bouw- en werkerreinen, ongeacht of deze terreinen door de Opdrachtgever ter beschikking zijn gesteld, in het bijzonder terzake geologische of geotechnische omstandigheden die van invloed zijn op het boor- of bouwproces (boor- en bouwriscico). Op KMW rust geen risico terzake van kostenverhoging en vertraging in het boor- en bouwproces veroorzaakt door:

a. gemetselde baksteenconstructies groter dan 0,5 m x 0,5 m x 0,5 m in de Everingen tussen locatie boring B36 en sondering S59 op de in de Projectbeschrijving opgenomen in KMW-tekening D16.

³⁴ Het grondonderzoek en het risico voor onjuistheid van geologische en geotechnische gegevens vindt men geregeld in art. 16.8 (Basisgegevens) en 16.11 (een bepaald terrein waar nog bodemonderzoek gedaan moest worden). Steeds dus gekoppeld aan daadwerkelijk uitgevoerd bodemonderzoek. Deze bepalingen werden door arbiters in eerste aanleg merkwaardig genoeg niet weergegeven, laat staan bij hun overwegingen betrokken. In appel wordt alleen art. 16.8 aangehaald (ov. 22).

- b. door mensen in het werk gebrachte obstakels, met uitzondering van de oeverbeschermingsmaterialen op de locatie tussen boring B36 en sondering S59 op de in de projectbeschrijving opgenomen KMW-tekening D16.
- c. het geval bedoeld in artikel 16.11;
- d. verontreiniging in de zin van de Wet Bodembescherming van bouw- en werkterreinen;
- e. omstandigheden bedoeld in § 47 UAV, voor zover op grond van het daar bepaalde aanspraak op bijbetaling kan worden gemaakt.

Zoals gezegd verschillen partijen van mening over de betekenis van deze bepaling, waarbij de opdrachtgever (de NV) een uitvoerig beroep gedaan heeft op de ontstaansgeschiedenis van de overeenkomst, daarbij teruggaand tot documenten uit 1994. De aannemer (KMW) heeft zich op het standpunt gesteld dat artikel 42.1 van de overeenkomst, de *entire agreement clause*, daaraan in de weg staat. Dat artikel luidt:

42.1 Volledigheid Overeenkomst

42.1 Partijen leggen in de Overeenkomst (inclusief de bijlagen) het volledige resultaat vast van de besprekingen en onderhandelingen die hebben geleid tot de totstandkoming van de Overeenkomst. De Overeenkomst (inclusief de bijlagen) vervangt derhalve alle documenten, nota's, brieven en andere stukken alsmede alle mondelinge afspraken en toezeggingen voorafgaande aan de ondertekening van de Overeenkomst.

KMW heeft een beroep op dat artikel gedaan en heeft daarbij gesteld dat de overeenkomst 'het volledige resultaat' is en 'alle documenten vervangt' die eraan vooraf zijn gegaan. Wij zagen hierboven dat deze clausule gericht is op het als bewijsmiddel uitsluiten van eerdere documenten. Gezien de voorgeschiedenis van de overeenkomst, de jarenlange onderhandelingen, het Tussencontract van 1994 en vooral de wisseling van opdrachtgever in 1995 was een dergelijke contractsvoorwaarde voor de handliggend.

De opdrachtgever heeft zich, kort gezegd, op het standpunt gesteld dat het grondrisico door de aannemer op zich werd genomen met een afkoopsom en dat daarmee het beroep van de aannemer op paragraaf 47 UAV in artikel 16.10 beperkt is. De betekenis van onderdeel *e* van artikel 16.10 zou zijn dat hiermee oorzaken bedoeld zijn die *niet* in de sfeer van geologische en geotechnische omstandigheden liggen. Zij beroept zich hierbij op de voorgeschiedenis van de overeenkomst, met name een voorstel van de betrokken minister(s) aan Ministerraad, van 26 september 1995, waarin gesproken wordt van 'ultieme risico's, zoals: natuurrampen, bommen, scheepswrakken'. KMW heeft hiertegen als verweer gevoerd dat artikel 42.1 gericht is op het als bewijsmiddel uitsluiten van een dergelijk document en het bovendien een uitlating is waarbij KMW niet aanwezig of betrokken was, namelijk een communicatie tussen ministers en de Ministerraad. Voor het *Haviltex*-criterium is derhalve geen plaats.

Ook werd door KMW betoogd dat de tekst van artikel 16.10 niet voor tweërlei uitleg vatbaar is (*ambiguous*), een voorwaarde voor terzijdestelling van artikel 42.1 als *entire agreement clause*. De verwijzing in lid *e* van het artikel naar paragraaf 47 UAV is een uitzondering op het in de eerste alinea de aannemer toegedeelde 'risico als gevolg van geologische en geotechnische omstandigheden' (het 'boor- en bouwrisico'). Het is uiterst onwaarschijnlijk dat met 'de omstandigheden bedoeld in paragraaf 47 UAV' hierbij niet gedacht werd aan eerder genoemde geologische en geotechnische omstandigheden. Temeer daar paragraaf 47 UAV elders in de overeenkomst reeds van toepassing verklaard was, dat hoefde in de risicoregeling, in lid *e*, niet nogmaals te gebeuren. Voor het geval arbiters deze uitleg van KMW niet wilden volgen en de tekst van artikel 16.10 onduidelijk vonden, beriep KMW zich

op de *contra proferentem*-regel: de tekst diende in het nadeel van de opsteller ervan uitgelegd te worden, en dat was opdrachtgever.³⁵

5.2 Het appelvonnis RvA 4 juli 2008. De *entire agreement clause*

Voor een goed begrip van het appelvonnis van 4 juli 2008 moeten de passages van het vonnis van 31 mei 2006 waarvan KMW in beroep gekomen is erbij betrokken worden. Allereerst de kwestie of artikel 42.1, de *entire agreement clause* in de weg staat aan het beroep dat de opdrachtgever doet op documenten uit de periode die voorafging aan de sluiting van het contract. De Raad van Arbitrage had in eerste aanleg het standpunt van KMW afgewezen, met een merkwaardige redenering, die in appel overeind gebleven is. Arbiters verwezen in 2006 naar hun eerdere beslissing in een twee andere geschillen van partijen met betrekking tot een gelijkkluidende bepaling in een andere overeenkomst.³⁶ Daartegen was door KMW beroep ingesteld, maar geen van de grieven had betrekking op het onderdeel van het vonnis over dat onderwerp, en het vonnis werd in hoger beroep bekrachtigd. Arbiters verwijzen naar die eerdere beslissing en de daarbij gehanteerde motivering en zijn van oordeel dat artikel 42.1 niet in de weg staat aan het bij de uitleg van de overeenkomst betrekken van gegevens die aan de totstandkoming ervan zijn vooraf gegaan (ov. 11).

Arbiters in appel overwegen hieromtrent als volgt:

‘Appelarbiteren zijn van oordeel dat artikel 42.1 van de overeenkomst niet in de weg staat aan het betrekken van de voorgeschiedenis en de daaruit kenbare context van de overeenkomst bij de beoordeling van de strekking van de bepalingen uit de overeenkomst. Zij overwegen dat arbiters in eerste aanleg terecht tot dat oordeel zijn gekomen, ook afgezien van het vonnis onder nummer 26.541’ (ov. 25).

Het kost moeite om hierin een motivering voor het oordeel te vinden, anders dan een verwijzing naar hetgeen in eerste aanleg gebeurd is. En daar was nu juist evenmin een motivering gegeven, anders dan een verwijzing naar een vonnis in een ander geschil tussen partijen, over een ander contract. Appelarbiters voelen kennelijk enige nattigheid, en geven nog een aanvullende argumentatie. Eerst wordt gesteld dat aannemer zelf het beroep op gegevens van voor de totstandkoming van de overeenkomst bij de uitleg ervan ‘niet op voorhand onmogelijk maakt, maar dat het uitgangspunt daarbij moet zijn dat in de overeenkomst het volledige resultaat is vastgelegd van de onderhandelingen’ (ov.26). Het is niet duidelijk hoe appelarbiters aan deze wetenschap komen; KMW had gesteld dat artikel 42.1 een bewijsovereenkomst was die verhindert dat een beroep gedaan wordt op stukken die voorafgingen aan de aannemingsovereenkomst, en vervolgens dat artikel 16.10 even helder als ondubbelzinnig was en dat artikel 42.1 dan uitbreiding van het boorrisico met een beroep op precontractuele documenten verbiedt. Dat laatste zou alleen toelaatbaar zijn wanneer het beding in kwestie voor tweërlei uitleg vatbaar zou zijn; maar dat is het niet en dan heeft het

³⁵ De *contra proferentem*-regel was op de overeenkomst van toepassing via par. 2, lid 4 UAV, welke regel door partijen op alle documenten van toepassing verklaard was (Leidraad, Bijlage 4 OB). Vgl. ook RvA 8 juni 1994, BR 1994, p.1036, inzake een beroep op een exoneratiebeding met betrekking tot afwijking van verstrekte gegevens over bodemcondities (!) door opdrachtgever (Staat): ‘Voor zover er al sprake zou kunnen zijn van interpretatieverschillen, moet deze uitzondering derhalve beperkt worden gelezen, ten nadele van degene die het beding voor zich maakte: in casu de Staat’.

In zijn noot onder het vonnis in TBR 2008 geeft Horsting een volkomen onjuist beeld van het standpunt van KMW, alsof zij zich enkel op de letter van het contract beroepen zou hebben, geen *Haviltex* maar in de geest van *DSM – Fox*. Ook de discussie van partijen over de risicoregeling en afkoopsom wordt verkeerd weergegeven, waarna Horsting weinig moeite heeft om het vonnis van appelarbiters te onderschrijven.

³⁶ RvA 28 december 2004, nr. 26.541 (geschillen I en II).

artikel als een bewijsovereenkomst te gelden die geen inbreng van overeenkomsten of toezeggingen toestaat die van het contract afwijken zoals dat tot stand gekomen is.³⁷

Klare taal van KMW, zou ik zeggen, en in overeenstemming met die hierboven in paragraaf 4 besproken doctrine op dit punt. Dat maakt het des te onbegrijpelijker dat de appellarbiters het zich er zo gemakkelijk van af hebben gemaakt door de het standpunt van KMW, na het verkeerd weergegeven te hebben, ongemotiveerd te verwerpen.

Appellarbiters merken in een overweging ten overvloede nog op dat de overwegingen van arbiters in eerste aanleg over het terzijde stellen van de *entire agreement clause* in de andere, verwante procedure van partijen niet dragend voor het dictum van dat vonnis waren. Daarmee komt de overweging van arbiters in eerste aanleg in een merkwaardig licht te staan, dat aannemer geen grief tegen dat onderdeel van het andere vonnis had ingebracht, dat intussen kracht van gewijsde verkregen had. Annotator Horsting noemt in *TBR* deze gang van zaken een ‘bijzonder processueel aspect’; ik zou liever zeggen dat dit een processueel monstrum is. Appellarbiters hadden de grief van KMW volledig in behandeling moeten nemen, en gemotiveerd afwijzen als daartoe reden was. Zich verschuilen achter een oordeel in eerste instantie, nog wel in een andere zaak, was hier geen optie.

De behandeling in appel van de grieven van KMW tegen de wijze waarop in eerste aanleg de risicoregeling van artikel 16.10 van de overeenkomst uitgelegd was is eveneens verre van overtuigend. Arbiters in eerste aanleg hadden de weg vrij gemaakt voor een benadering waarbij ‘voor de beoordeling van de reikwijdte van de toepasselijkheid van paragraaf 47 UAV 1989 als uitzondering op de contractuele hoofdregel niet alleen de tekst van artikel 16.10 OB van belang is, maar *tevens en vooral* hetgeen partijen daarover in de aanloop naar de totstandkoming van de OB daarover hebben besproken en beslist’ (ov. 12, mijn curs.). Hier is het gebruik van precontractuele materiaal als hulpmiddel bij de uitleg van een onduidelijke contractsbepaling verschoven naar de *hoofdbron* voor de uitleg. Op die wijze wordt artikel 42.1 voor ongeschreven gehouden. Naar aanleiding van een grief daaromtrent (nr. III), waarbij artikel 42.1 andermaal aan de orde gesteld wordt, overwegen appellarbiters:

33. Artikel 16.10 van de overeenkomst bepaalt dat tot het op aanneemster rustende uitvoeringsrisico mede behoort het boor- en bouwriscico gelegen in de geologische en geotechnische toestand van het bouw- en werkterrein. Verder is in het artikel bepaald dat enkele met name genoemde risico’s van niet geologische en geotechnische aard (artikel 16. 10 sub a, b, c en d) niet op aanneemster rusten. Tot slot is (onder e) paragraaf 47 UAV 1989 genoemd als uitzondering op het op aanneemster rustende risico. Onvoldoende duidelijk is of toepasselijkheid van paragraaf 47, als uitzondering op het door aanneemster te dragen risico, al dan niet louter ziet op omstandigheden van geologische en geotechnische aard, dan wel van niet-geologische en -geotechnische aard.

34. Daarnaast is het door aanneemster gehuldigde uitgangspunt dat paragraaf 47 UAV 1989 ten volle inroepbaar is, niet verenigbaar met de strekking van artikel 16.10 van de overeenkomst, namelijk dat het boor- en bouwriscico op aanneemster rust, behoudens enkele genoemde uitzonderingen, waaronder omstandigheden bedoeld in paragraaf 47 UAV 1989. Indien paragraaf 47 UAV 1989 onverkort ten volle inroepbaar zou zijn, zoals aanneemster voorstaat, zou de betekenis van artikel 16.10 van de overeenkomst intake het boor- en bouwriscico wel zeer beperkt zijn. Bij volledige inroepbaarheid van paragraaf 47 UAV 1989 zou het langdurige en intensieve aan de overeenkomst voorafgegane overlegtraject terzake van het boorriscico in een vreemd licht komen te staan, evenals de door opdrachtgeefster betaalde vergoeding voor de overgang van het boorriscico.

35. Verder wordt hier nog overwogen dat ook aanneemster zich bij haar uitleg van artikel 16.10, welke uitleg resulteert in de stelling dat paragraaf 47 UAV 1989 onverkort toepasselijk is, beroept op hetgeen voorafgegaan is aan de totstandkoming van de overeenkomst. Zij richt haar bezwaren derhalve niet

³⁷ In resp. Memorie van eis, nr. 8 en Memorie van repliek, nr. 16, met in nrs. 17-22 een bespreking van de precontractuele documenten.

zozeer tegen de methode van uitleg, maar tegen het resultaat van die uitleg in het beroepen vonnis, namelijk dat de reikwijdte van paragraaf 47 UAV 1989 beperkt is.

36. Appellarbiters zien op grond van het voorgaande, onder verwijzing naar hetgeen bij de bespreking van grief II is overwogen en geoordeeld, in het bepaalde in artikel 42.1 van de overeenkomst geen grond om hier af te wijken van het door de Hoge Raad geformuleerde Haviltex-criterium, op grond waarvan de voorgeschiedenis van de overeenkomst mede van belang is voor de vraag wat partijen over en weer van elkaar mogen verwachten. Zij kunnen daarbij gelet op hetgeen voor het overige in dit vonnis wordt overwogen en geoordeeld in onderlinge samenhang bezien voorbij gaan aan de vraag of het gaat om ‘tevens’ of ‘vooral’ ‘hetgeen partijen in de aanloop naar de totstandkoming van de OB hebben besproken en beslist’ (zoals in ro. 12 van het beroepen vonnis overwogen).

37. Appellarbiters zijn op grond van het voorgaande van oordeel dat grief III faalt.

Wij zien hier dat appellarbiters ineens met de onduidelijkheid van artikel 16.10 op de proppen komen, in ov. 33; niet duidelijk zou zijn of de omstandigheden die voor toepassing van paragraaf 47 van belang zijn wel of niet van geologische en geotechnische aard moeten zijn. De argumentatie die appellarbiters vervolgens geven, is opmerkelijk. In de visie van KMW zou het boor- en bouwrisico ‘wel zeer beperkt zijn’, vinden arbiters, waarmee het langdurige overleg van partijen en de afkoopsom voor het boorrisico in een vreemd licht zouden komen te staan’ (ov. 34). Hoezo vreemd licht? KMW had gesteld dat het boorrisico betrekking had op de proefboringen die verricht waren en een interpolatierisico open lieten, naar welk risico ook in artikel 16.8 verwezen werd. Ook werd zoals wij zagen verwezen naar correspondentie van voor en na de Tussenovereenkomst van mei 1994 waaruit dat zou blijken. De afkoopsom was gecalculeerd op dat risico, en werd na de laatste proefboringen op het eindbedrag vastgesteld. Arbiters geven hierbij overigens geen blijk van kennis van de vaste rechtspraak van de Raad van Arbitrage dat een afkoopsom niet in de weg hoeft te staan aan een beroep op paragraaf 47 UAV wegens *dezelfde omstandigheden* die voorwerp van afkoop van risico waren.

Hetgeen arbiters in ov. 35 en 36 opmerken is eveneens opmerkelijk. KMW had zich verzet tegen de eenzijdige selectie van precontractuele stukken door opdrachtgever, met een gedocumenteerd verweer. Bovendien was haar bezwaar tegen een voor opdrachtgever hoogst belangrijk document, de brief van de ministers aan de Ministerraad in 1995, dat dit stuk een intern document was dat haar niet bekend was, en zeker niet onder het *Haviltex*-criterium gebracht kon worden. Appellarbiters geven op geen enkele wijze te kennen dat zij de argumenten van KMW in serieuze overweging genomen hebben.

5.3 Vervolg: de beoordeling van het risicoregeling door appellarbiters

Dan komt de hoofdmoot in het geding aan de orde, de uitleg van de risicoregeling, artikel 16.10. De grieven die KMW aangevoerd had, houden in dat arbiters ten onrechte hadden aangenomen dat hetgeen partijen tijdens de onderhandelingen hadden bepaald over de resterende reikwijdte van apr. 47 UAV eraan in de weg stond om te aanvaarden dat de vervorming van de boorschilden als uitzondering aangemerkt kan worden waarop artikel 16.10 sub *e* op doelt (grief IV). Verder hadden arbiters ten onrechte overwogen dat KMW geen feiten of omstandigheden had gesteld waaruit zou blijken dat sprake is van omstandigheden die dermate bijzonder waren dat ze onder genoemde uitzondering zouden vallen, te weten omstandigheden die van buiten komen en zeker geen verband houden met de ligging van de aardlagen in het boortracé (grief V).

Ik laat de overwegingen van appellarbiters hier volgen:

39. Aanneemster stelt dat arbiters in eerste aanleg ten onrechte artikel 16.8 van de overeenkomst niet hebben betrokken bij hun overwegingen terzake van de reikwijdte van paragraaf 47 UAV 1989 binnen artikel 16.10.

40. Aanneemster stelt dat het resultaat van de onderhandelingen voorzover deze betrekking hebben op de (beperking op de) toepasselijkheid van paragraaf 47 UAV 1989 is neergelegd in artikel 16.8 van de overeenkomst. Deze risicoregeling terzake van de geologische en geotechnische gegevens beperkt de inroepbaarheid van paragraaf 47 alleen voor zover het deze gegevens betreft, aldus aanneemster.
41. Appellarbiters zijn met opdrachtgeefster van oordeel dat in artikel 16.10 van de overeenkomst het algehele boorrisico (van geologische en geotechnische aard) bij aanneemster is gelegd en dat het bepaalde in artikel 16.8 terzake van de geologische en geotechnische gegevens dit niet anders maakt.
42. Dit oordeel strookt met de overeenkomst zoals appellarbiters die verstaan, en met het overleg van partijen, dat tot de overeenkomst heeft geleid.
43. Te dien aanzien wordt overwogen dat de raadsman van aanneemster bij gelegenheid van zijn repliek in pleidooi te kennen heeft gegeven dat weliswaar het interpolatierisico met betrekking tot de gegevens op grond van artikel 16.8 op aanneemster is komen te rusten en dat het boorrisico in meest algemene zin voor rekening van aanneemster komt, maar dat de vraag daarbij is of aanneemster beroep toekomt op paragraaf 47 UAV 1989.
44. Appellarbiters overwegen dat niet is gesteld of gebleken dat zich afwijkingen van de (voorhanden) geologische en geotechnische gegevens hebben voorgedaan, ook niet terzake van het onderhavige deel van het tracé.
45. De in dezen aangenomen schadeveroorzakende omstandigheid ligt in de opgetreden krachten in aardlagen onder 60 m waterkolomdruk, alsmede in de variaties daarin. Die krachten vinden hun oorsprong in de eigen geologische en geotechnische toestand van het terrein. Tussen partijen staat vast dat terzake van de betreffende glauconiethoudende zandlaag geen gegevens voorhanden waren. In zoverre is artikel 16.8 van de overeenkomst niet rechtstreeks van toepassing.
46. Appellarbiters zijn met opdrachtgeefster van oordeel dat de risicoverdeling zoals neergelegd in artikel 16.10 van de overeenkomst ook de effecten van onvoorziene geologische of geotechnische omstandigheden beoogt te regelen.
47. Aanneemster voert aan dat wanneer men alle geologische en geotechnische omstandigheden buiten de reikwijdte van paragraaf 47 UAV 1989 wil brengen, het noemen van die paragraaf in artikel 16.10 van de overeenkomst geen zin meer heeft, omdat het artikel nu juist en alleen maar gaat over geologische en geotechnische omstandigheden.
48. Appellarbiters volgen aanneemster daarin niet. Het artikel bepaalt dat tot het op aanneemster rustende uitvoeringsrisico mede behoort het boor- en bouwrisico gelegen in de geologische en geotechnische toestand van het bouw- en werkterrein. Verder is in het artikel bepaald dat enkele met name genoemde risico's van niet geologische en geotechnische aard (artikel 16.10 sub a, b, c en d) niet op aanneemster rusten. Tot slot is (onder e) paragraaf 47 UAV 1989 genoemd als uitzondering op het op aanneemster rustende risico.
49. Appellarbiters zijn van oordeel dat toepasselijkheid van paragraaf 47 (inzake kostenverhogende omstandigheden), als uitzondering op het door aanneemster te dragen risico, louter betrekking heeft op omstandigheden van niet-geologische en geotechnische aard, waartoe zij het volgende overwegen.
50. Aanneemster heeft zelf in afwijking van de offerteaanvraag een plan voor een geboorde tunnel gepresenteerd aan opdrachtgeefster, waarmee in Nederland nog geen ervaring was opgedaan, en waaraan, gelet ook op de extreme omstandigheden, onbekende risico's waren verbonden, zoals ook blijkt uit de door partijen in het geding gebrachte rapporten van deskundigen.
51. De onbekendheid van het boren onder 60 m waterkolom was aanneemster bekend. De aard van het opgetreden risico en de consequenties van de opgetreden omstandigheid waren naar de mening van appellarbiters in de afkoopsom van het boor- en bouwrisico begrepen.
52. Appellarbiters zijn van oordeel dat de aard van het opgetreden risico valt onder het in de overeenkomst bedoelde boor- en bouwrisico. Indien wordt overeengekomen dat het boor- en bouwrisico bij een der partijen komt te liggen, al dan niet tegen een aanpassing van de aanneemsom, hoeft niet, binnen de aard ervan, elk risico expliciet en specifiek besproken te zijn geweest om risico's met dezelfde aard als de wet besproken risico's onder de noemer van het boor- en bouwrisico te laten vallen.
53. Appellarbiters zijn van oordeel dat partijen op grond van artikel 16.10 van de overeenkomst het volledige boor- en bouwrisico bij aanneemster hebben gelegd, behoudens enkele genoemde uitzonderingen, waarbij partijen, gelet op de aan de overeenkomst voorafgaande onderhandelingen terzake, de onder e genoemde uitzondering ex paragraaf 47 UAV 1989 hebben beperkt tot 'ultieme

risico's', zoals natuurrampen, oorlogsgeweld, kernrampen, obstakels in het tracé als gevolg van menselijk handelen uit het verleden en andere van buiten komende zeer bijzondere omstandigheden van niet-geologische en -geotechnische aard.

54. Appellarbiters zijn van oordeel dat terzake van de in dezen aangenomen schadeveroorzakende omstandigheid geen sprake is van een dergelijk ultiem risico.

55. Zoals hierboven bij de bespreking van grief III al is overwogen is het door aanneemster gehuldigde uitgangspunt dat paragraaf 47 UAV 1989 ten volle inroepbaar is, niet verenigbaar met de strekking van artikel 16.10 van de overeenkomst, namelijk dat het boor- en bouwriscico op aanneemster rust, behoudens enkele genoemde uitzonderingen. Indien paragraaf 47 UAV 1989 onverkort ten volle inroepbaar zou zijn, zoals aanneemster voorstaat, zou de betekenis van artikel 16.10 van de overeenkomst intake het boor- en bouwriscico wel zeer beperkt zijn.

56. Ook het standpunt van aanneemster dat de verwijzing naar paragraaf 47 UAV 1989 onder artikel 16.10 van de overeenkomst strikt genomen overbodig is omdat paragraaf 47 krachtens de leidraad UAV (bijlage vier van de overeenkomst) al van toepassing is, is niet verenigbaar met de strekking van artikel 16.10 van de overeenkomst.

Wat doen appellarbiters hier? Wij zien allereerst dat zij in overwegingen 39-45 het beroep van KMW op artikel 16.8 van de overeenkomst behandelen, maar dat in een verkeerd licht zetten. Ik geef eerst de tekst van dat artikel:

16.8 De opdrachtgever is verantwoordelijk voor de juistheid van de in de Nota Basisgegevens 1995 opgenomen gegevens, met uitzondering van geologische en geotechnische gegevens, zoals die onder meer doch niet uitsluitend vervat in de hoofdstukken 3, 6, 9, 10 van de Nota Basisgegevens 1995 en in de in hoofdstuk 18 daarvan vervatte bijlagen. KMW draagt het risico van de onjuistheid van geologische en geotechnische gegevens.

Het betoog van KMW, dat in overweging 41 door arbiters volstrekt miskend wordt, is dat de afkoop van risico en de daarvoor gecalculeerde som op de regeling van artikel 16.8 gebaseerd was (en de daarbij behorende correspondentie, die boven ter sprake kwam). Dat is het belang van dat artikel voor de uitleg van artikel 16.10 en het beroep op sub *e* ervan. Arbiters verliezen wederom uit het oog dat volgens vaste jurisprudentie en doctrine een afkoop van bepaalde risico's niet in de weg staat aan het inroepen van paragraaf 47 voor *diezelfde* risico's, mits aan de voorwaarden van die paragraaf voldaan is (hetgeen met zoveel woorden in 16.10 sub *e* staat).

Dat die uitzonderlijke, extreme omstandigheden tijdens het boorproces waarop KMW zich beroept niet onder artikel 16.8 vallen zoals arbiters in overweging 45 stellen, is niet alleen evident, maar ook niet door KMW betoogd. Haar stelling was juist dat die omstandigheden in de glauconiethoudende zandlaag op 60 m diepte geen voorwerp van de proefboringen waren geweest, en naar de stand van de techniek ook nooit voorwerp daarvan konden zijn, althans om afwijkend bodemgedrag aan het licht te brengen. Dus het tegengestelde van hetgeen arbiters hierover naar voren brengen. Over dat gedrag, de zijwaartse druk van de zandlaag tijdens het boren, had KMW een rapport overgelegd van enkele internationale topdeskundigen, dat gebaseerd was op een onderzoek met een analyse van een groot aantal boorprojecten in de hele wereld, en waaruit bleek dat de opgetreden omstandigheden zich nergens ooit hadden voorgedaan. Typisch een paragraaf 47-situatie zou men zeggen, waarmee een aannemer geen rekening hoeft te houden, en zeker geen risico over hoeft te calculeren en in zijn prijs op te nemen. Dat was alles tevergeefs geponoerd, wat arbiters betreft.

De verdere overwegingen van appellarbiters brengen weinig nieuws na het voorgaande, en behoeven geen nadere bespreking. Een uitzondering maak ik voor overweging 53, waar de 'ultieme risico's' aan de orde komen, in de voorstelling van zaken die opdrachtgever gegeven had, 'zoals natuurrampen, oorlogsgeweld', ... etc. Hier ontbreekt op pijnlijke wijze het bezwaar dat KMW had aangevoerd tegen het interne karakter van het document waaraan dit

ontleend was (een-tweetje tussen ministers (landsadvocaat) en Ministerraad), maar vooral ook dat in de precontractuele documenten waarop KMW gewezen had in dat rijtje van risico's ook gesproken wordt van 'aardbevingen'. Waarom zou het schuiven van een diepe zandlaag, de zijwaartse druk die plotseling ontstaat ('horizontaal afschuivende werking'), niet gezien kunnen worden in het verlengde van een *aardbeving*? Ik heb mij eens door een geoloog laten uitleggen dat bodemdaling (bijvoorbeeld bij gas- of zoutwinning), ook van millimeters, schoksgewijs gebeurt, net als een aardbeving, maar dan op zeer kleine schaal.

In dit verband is het opmerkelijk dat arbiters in eerste aanleg een taalspel gespeeld hebben met de *ligging* van aardlagen versus de *werking* van aardlagen. Het ging bij de onderhavige uitzonderlijke omstandigheden om dat laatste, het totaal afwijkende en onvoorspelbare gedrag van de oude zandlaag op 60 m diepte. Het glauconiethoudend zand had een zeer grote dichtheid, hetgeen aanleiding zou kunnen zijn tot een sterke uitzetting van het zand bij schuifvormingen (dilatantie) tijdens het boorproces, met mogelijke verkitting van zanddeeltje door kristallisatie waardoor de effecten nog groter waren.³⁸ In de kernoverweging van het vonnis a quo, dat in appel centraal staat, beginnen arbiters te stellen dat de *werking* van de aardlaag de oorzaak van de beschadiging van de boorschilden is, derhalve de eigen geologische en geotechnische toestand van het terrein (ov. 13). Bij de conclusie van die overweging is echter plotseling sprake van de *ligging* van de aardlaag, met de suggestie dat die door middel van proefboringen vastgesteld had kunnen worden, hetgeen zoals wij inmiddels weten bezijden de werkelijkheid is. Arbiters overwegen, met verwijzing naar artikel 4.6 van het Tussencontract en de brief van KMW van 17 januari 1995 (die boven besproken werden):

'dat uit de aard van de aldaar opgesomde omstandigheden uitsluitend nog bedoeld zijn van buiten komende, zeer bijzondere omstandigheden en zeker geen omstandigheden die verband houden met de ligging van de aardlagen in het boortracé'.

Terug naar het appelvonnis. Uit de slotoverwegingen, 55 en 56, blijkt weer het miskennen van de heersende leer inzake het afkopen van risico in relatie tot de kostenverhogende omstandigheden van paragraaf 47. Appellarbiters menen dat in de visie van aannemer het 'boor- en bouwriscico wel zeer beperkt zijn'. Het beroep van KMW op de algemene van toepassing verklaring van paragraaf 47 in de overeenkomst en de betekenis daarvan voor de uitleg van artikel 16.10 sub *e* wordt door arbiters zonder argumentatie terzijde geschoven, in overweging 56.

Ten slotte verwerpen appellarbiters nog het beroep van KMW op artikel 258 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek (grief VI), evenals het aanbod van getuigenbewijs over de gevoerde onderhandelingen (ov. 59-61).

5.4 Conclusies.

Daarmee is het doek gevallen voor de aannemer van de Westerscheldetunnel, KMW, wat betreft zijn claim van kostenverhogende omstandigheden vanwege de vervorming van de boorschilden die in aanvaring kwamen met bodemomstandigheden uit Tertiair. Het zal niet verbazen dat naar mijn oordeel de aannemer geen *fair hearing* gehad heeft van arbiters, in beide instanties. Het is immers niet verklaarbaar waarom arbiters de heersende leer zo hebben

³⁸ Aldus het door KMW ingebrachte deskundigenrapport (een Canadees, een Japanner en 2 Delftse hoogleraren), op grond van onderzoek uitgevoerd in het laboratorium van GeoDelft met bevroren bodemmonsters. De 25% hogere radiale spanningen die berekend zijn geven echter nog geen afdoende verklaring voor de grote vervormingen van de boorschilden. Dit zou nooit met proeven in situ vastgesteld kunnen worden, bij de voorbereiding van de bouw.

kunnen veronachtzamen, zowel op het punt van de *entire agreement clause* als op dat van de invloed van afkoop- en risicoregelingen op het beroep op kostenverhogende omstandigheden op grond van paragraaf 47 UAV 1989. Het gaat hier niet enkel om een motiveringsgebrek, maar om een oordeel dat met die heersende leer in strijd is. Ook werd uiterst slordig omgegaan met de lezing en waardering van argumenten die door de aannemer aangevoerd werden. Zo bleef volkomen onduidelijk waarom slechts de door opdrachtgever aangevoerde precontractuele documenten van gewicht waren en niet die welke door de aannemer naar voren gebracht werden, die veelal het tegengestelde inhielden. Heeft volgens arbiters de overheid als opdrachtgever nu eenmaal altijd gelijk?, en moeten (grote) aannemers gewoon hun verlies nemen en niet zeuren?, denkt de eenvoudige lezer hierbij. Dat verlies nemen, na uitspraak met dezelfde gebrekkige motivering speelde overigens ook in een verwante arbitrale procedure tussen deze partijen.³⁹

6. Tot slot

Aldus de bijdrage van de Westerscheldetunnel-casus aan het leerstuk van de kostenverhogende omstandigheden in het kader van paragraaf 47 UAV. Het eindvonnis daarover had ik Matton graag aangeboden op de drempel van zijn welverdiende emeritaat als een *state of the art* samenvatting van de problematiek. Het heeft niet zo mogen zijn: de visie waarvan het vonnis getuigt, is een tunnelvisie gebleken.

Aan het eind van dit verhaal gekomen, wil ik nog even stilstaan bij de kersverse emeritus. Onze wegen kruisten elkaar lang geleden, in de jaren '60 in Tilburg – toen nog geen KUB maar KHT geheten. Matton behoorde tot de eerste lichting studenten (met onder andere Fred Hammerstein, Huub Willems, Carel Adriaansens en Frans Otten) en ik was de eerste medewerker Privaatrecht aan de jonge juridische faculteit, bij Herman Schoordijk. Wij hebben elkaar toen goed leren kennen, in de schaduw van de grote Tilburgse Civilist van onmiskenbaar Amsterdamse herkomst. Beiden hebben we veel geleerd, waarbij zo herinner ik mij, voor Matton de rechtszekerheid toch hoog in het vaandel stond en bij mij vooral de billijkheid. Beide begrippen kunnen niet zonder elkaar, en beïnvloeden elkaar, zoals wij weten. 'They hunt in pairs', zei een Amerikaanse schrijver eens. Naar mijn indruk is die oude tegenstelling uit onze gezamenlijke Tilburgse jeugd in de loop der jaren afgevlakt; wij zijn van beide kanten naar het midden opgeschoven. Voortschrijdend inzicht wellicht, de jaren die zijn gaan meetellen.

Aan het bouwrecht heeft Matton de afgelopen decennia een grote bijdrage geleverd. Hij heeft zo gezegd zijn steentje bijgedragen, een wat sleetse uitdrukking die ik toch gebruik omdat ik sinds kort weet dat 'matton' het Italiaans voor 'bouwsteen' is, zoals de drager van die naam zelf onthulde op een vergadering van de Vereniging voor Bouwrecht in 2008. Nu is de bouw, evenals het bouwrecht sterk veranderd in de loop der tijd. In de Westerscheldetunnel-casus speelden bakstenen enkel een rol als mogelijk obstakel voor het boorproces in de bodem. Geen erg opbouwend rol dus. Dat is bij ons Matton altijd anders geweest, stel ik vast.

³⁹ Zie RvA 18 juni 2009, nr. 71.315 (geschil II), inzake dramatisch gestegen loon- en materiaalkosten die eveneens tot een beroep op paragraaf 47 UAV door de aannemer geleid hebben. Ook deze vordering tot bijbetaling boven de overeengekomen indexeringswijze wegens kostenverhogende omstandigheden (ad € 40 mln) werd in beide instanties afgewezen, op vergelijkbare wijze. Vgl. over dit vonnis mijn artikel in TBR van maart 2010. Andere claims, o.a. inzake de bonus en verhoogde duikerskosten, hadden evenmin succes in arbitrage.