

## **Over staal Prijzen en zo. Extreme stijging van materiaalkosten en het beroep op paragraaf 47 UAV 1989 wegens kostenverhogende omstandigheden.**

J.M. van Dunné\*<sup>1</sup>

### **1. Inleiding**

Het recht volgt de maatschappij, hoort men wel eens, en dat geldt zeker ook voor het bouwrecht. Wat de economische crisis betreft is dat dagelijks nieuws in de kranten. Het is al weer een paar jaar geleden dat de keerzijde, economische oververhitting ook dagelijks nieuws was, de economisch reuzen die in het verre oosten aan het ontwaken waren. Dat uitte zich het eerst in stijgende staalprijsen vanaf eind 2003, waarbij ‘de toenemende vraag uit China’ eerst een geleidelijke stijging veroorzaakte die plotseling overging in stijgingen van 80% of meer in de loop van 2004. Ook dat vond doorwerking in het bouwrecht, met in 2004 de eerste staalprijs-vonnissen van de Raad van Arbitrage voor de Bouw, gevolgd door een aantal andere in de jaren erna, ook van de burgerlijke rechter die tegenwoordig meer bij bouwgeschillen betrokken is. Daarnaast deed ook de extreme stijging van de olieprijs zich gelden, evenals de stijging van prijzen van andere bouwmaterialen en loonkosten doordat heel Nederland op de schop ging met infrastructurele projecten.

Daarmee kwam paragraaf 47 UAV 1989 opnieuw in de schijnwerper. In 1998 had ik voor de Vereniging voor Bouwrecht over dat onderwerp mogen preadviseren en het laat zich raden dat ik met meer dan gewone belangstelling de ontwikkelingen in rechtspraak en literatuur volgde. Toen dat steeds meer in de richting van vaste percentages ging: 5% van de aanneemsom als ‘aanzienlijke’ kostenstijging, en 10% prijsstijging van materiaal als het ondernemersrisico en daarbij in noten en commentaren naar mijn preadvies als bron verwezen werd, deed dat mij deugd. ‘Wie schrijft, blijft’, dacht ik. Maar dat plezier werd wat vergald toen ik zag dat men mij verkeerd aanhaalde, als aanhanger van dergelijke harde normen. Ik had juist het tegendeel verdedigd, en van *vuistregels* gesproken, en met instemming rechtspraak aangehaald waarbij men ver onder die percentages gebleven was. Al met al een goede reden om de digitale pen op te pakken en het onderwerp van paragraaf 47 UAV weer eens aan te snijden, ruim tien jaar later.

Ik wil daarbij het thema in een algemeen contractenrechtelijk en bouwrechtelijk kader plaatsen en ook het *imprévision*-artikel, 258 van Boek 6 BW evenals het vrij nieuwe artikel 753 van Boek 7 BW, de pendant van paragraaf 47 UAV voor het algemene bouwrecht erbij betrekken. Het een heeft model gestaan voor het ander, maar ook hier is het aantal misverstanden over de manier van toepassing legio. Met name de gedachte dat volgens de wetgever de rechter ‘terughoudend’ moet zijn bij de toepassing van artikel 258, bij voorkeur 50% kostenverhoging als grens hanteren, hetgeen door sommige schrijvers de bouwrechtjurist als richtinggevend voorgehouden wordt, is zonder grond. Ik heb dat eens uitgezocht, maar die zienswijze is in de parlementaire toelichting niet te vinden, eerder het tegendeel: maatwerk door de rechter op grond van de omstandigheden, de aard van de overeenkomst en de redelijkheid en billijkheid. Met daarbij een interessant gebruik van de rechtsvergelijking.

Bij de bespreking van paragraaf 47 UAV, de wijze waarop de drie vereisten die gesteld worden ingevuld moeten worden, zal ook ingegaan worden op de contractuele context: het

---

<sup>1</sup> \* Emeritus-hoogleraar Privaatrecht, Erasmus Universiteit Rotterdam, en doceerde behalve Verbintenissenrecht ook: Bouwrecht, Milieuaansprakelijkheidsrecht, Engels contractenrecht en Rechtsvinding.

karakter van de aannemingsovereenkomst, als resultaatsverbintenis, en de risicotoedeling naar moderne inzichten in het contractenrecht. Dan volgt een overzicht van de jurisprudentie sinds 2004, toegespitst op extreme kostenstijging van bouwmaterialen, in arbitrage en civiele rechtspraak. In een analyse daarvan wordt steun gevonden voor mijn visie op de toepassing van paragraaf 47 UAV. Tenslotte wordt met een bespreking van de meest recente uitspraak, inzake de *Westerscheldetunnel*, RvA 18 juni 2009, aangetoond dat arbiters soms geen boodschap hebben aan een onderhand heersende leer met betrekking tot het beroep kostenverhogende omstandigheden op grond van paragraaf 47 UAV.<sup>2</sup> Dat betreft met name de betekenis van de in de overeenkomst opgenomen risicoregeling en het onderscheid tussen normale en abnormale ondernemersrisico's.

## **2. Het systeem van paragraaf 47 UAV 1989 en het beroep op kostenverhogende omstandigheden**

### 2.1 De drie vereisten van paragraaf 47 UAV 1989

In paragraaf 47 lid 1 UAV 1989 wordt onder 'kostenverhogende omstandigheden' verstaan: '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, die de aannemer niet kunnen worden toegerekend' en die 'de kosten van het werk aanzienlijk verhogen'. In lid 5 is bepaald dat 'indien in de UAV of elders in de overeenkomst bijzondere voorschriften zijn opgenomen omtrent kostenverhogende of buitengewone omstandigheden, voor wat de in die voorschriften geregelde gevallen betreft het bepaalde in deze paragraaf niet van toepassing is'. Een bekend voorbeeld van de in de UAV opgenomen bijzondere voorschriften is paragraaf 44 lid 3, over schade aan het werk. Daarin is bepaald dat die schade 'voor rekening van de aannemer is tenzij deze schade het gevolg is van buitengewone omstandigheden tegen de schadelijke gevolgen waarvan de aannemer in verband met de aard van het werk geen passende maatregelen heeft behoeven te nemen, en het onredelijk zou zijn de schade voor zijn rekening te doen komen'.

Ik geef dit systeem hier allereerst schematisch weer om de bespreking te vergemakkelijken:

'Kostenverhogende omstandigheden' die de aannemer recht geven op bijbetaling moeten aan drie eisen voldoen. Zij moeten:

1. 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';
2. 'de aannemer niet kunnen worden toegerekend', waarbij van belang zijn in de overeenkomst of UAV opgenomen 'bijzondere voorschriften';
3. 'de kosten van het werk aanzienlijk verhogen'.

Op deze drie vereisten, die onderling grote samenhang vertonen, zal ik afzonderlijk ingaan.

### 2.2 Het 1<sup>e</sup> vereiste: geen rekening hoeven te houden met de kans op een gebeurtenis die leidt tot kostenverhogende omstandigheden

Wat wordt hier bedoeld met de term 'geen rekening hoeven te houden met' een gebeurtenis? Het probleem is hier dat dit op twee manieren uitgelegd kan worden: enerzijds 'er niet op gerekend hebben', als min of meer synoniem met het 'niet voorzienbaar' zijn van de

<sup>2</sup> RvA 14 juni 2009, no. 71.315 (Geschil II), *Kombinatie Middenplaat Westerschelde VOF – NV Westerscheldetunnel*, TBR 2009/..., m.nt. S. Könemann, een appelvonnis. Zie over dit geschil (en vier andere) ook: *Cobouw* 4 sept. 2009, 'Tunnelbouwer met lege handen'.

gebeurtenis, en anderzijds ‘het niet in de berekening opgenomen hebben’ met andere woorden, niet gecalculeerd hebben bij het maken van de offerte voor het werk. Het wonderlijke is dat deze dubbele betekenis niet echt bekend is en er weinig over geschreven wordt, maar iedereen meestal stilzwijgend van één van beide betekenissen uitgaat zonder te beseffen dat ook het andere bedoeld kan zijn.

Wij stuiten hier op een van de bekende discussiepunten bij dit onderwerp, namelijk de betekenis is van het begrip ‘voorzienbaarheid’ van kostenverhogende omstandigheden. Dat is ook al een thema bij het *imprévision*-artikel uit het BW, artikel 258 van Boek 6 BW, ingevoerd met het Nieuwe BW, dat dwingendrechtelijk van aard is en bij de redactie van paragraaf 47 in de UAV van 1989 een grote rol gespeeld heeft. Allereerst geldt dat de feitelijke ‘voorzienbaarheid’ slechts één van de factoren is die van belang is; doorslaggevend is het niet ‘verdisconteerd’ zijn van omstandigheid in het contract. Aldus de term van Bregstein die de NBW-wetgever aangehaald heeft in de toelichting en die door De Hoge Raad ook gebruikt is.<sup>3</sup> De ‘onvoorzien’ omstandigheden van artikel 258, zo legt de wetgever uit, betekent eigenlijk dat in het contract ‘in die omstandigheden niet voorzien is’, het is *niet geregeld*. Zoals de ambtenaar het zegt: ‘in dit besluit is daarin niet voorzien’. Stadhuistaal en heel verwarrend allemaal, maar de NBW-wetgever weigerde om de term ‘veranderde’ of ‘gewijzigde’ omstandigheden te gebruiken, zoals door sommige schrijvers voorgesteld was.

Het gaat er dus om of de omstandigheid die later kostenverhogend zal blijken te zijn onderdeel van de overeenkomst geworden is bij de omschrijving van het werk en met name ook bij de calculatie van de kosten die met het werk gemoeid zijn en waarvoor geoffreerd werd. Aldus kan die omstandigheid voor risico van een der partijen gebracht zijn en daarvoor is er betaald. Het gaat in wezen om risicotoedeling en daarbij speelt de aard van de overeenkomst (UAV-driehoek of turnkey) een grote rol, evenals het gewoonterecht. De Raad van Arbitrage voor de Bouw spreekt in dit verband veelal van wat het ‘normale risico’ van de aannemer is, dat voor diens risico dient te blijven en geen beroep op paragraaf 47 UAV rechtvaardigt. Ook wanneer een beroep op die paragraaf slaagt en kostenverhogende omstandigheden aangenomen worden, zullen arbiters het ‘normale risico’ voor rekening van de aannemer laten. Bij de bijbetaling worden de kosten daarvan in mindering gebracht op de totale kostenverhoging.

Ik teken hierbij vast aan dat men het ‘normale risico’ niet mag gelijkstellen aan een ‘normale gebeurtenis’, zoals regenval, droogte, prijsstijging van materiaalkosten, e.d. Dat zijn op zich normale gebeurtenissen in de bouw, maar daarmee is nog niet gezegd dat hetgeen zich in feite voorgedaan heeft dan ook voor risico van de aannemer moet komen. Dat is *begging the question*. Het hoeft dus niet enkel om gebeurtenissen met een van buiten komende oorzaak te gaan, zoals ‘calamiteiten’ of ‘ultieme risico’s’. Ik zal dat hieronder aan de hand van concrete voorbeelden uit de rechtspraak nog uitwerken.

De term ‘voorzienbaar’ is even handzaam als gevaarlijk. Eigenlijk is in het leven alles voorzienbaar, vooral wanneer het zich al een keer heeft voorgedaan. Na een Korea-crisis (jaren ’50), tweemaal een Olie-crisis (jaren ’70), tweemaal een Golfoorlog (jaren ’80 en ’90) met alle economische gevolgen die daaruit voortvloeiden, zijn dergelijke gebeurtenissen voorzienbaar. Een economische crisis is ook niet echt nieuw, hoe hard het ook kan aankomen, zoiets bestaat, evenals inflatie en devaluatie van geld. Natuurverschijnselen als droogte, zware regenval of vorst zijn evenmin onbekende fenomenen, zo ook de gevolgen daarvan voor

---

<sup>3</sup> In het arrest *Gasbedrijf Centraal Nederland - Gem. Nieuwegein*, HR 23 juni 1989, *NJ* 1991, 673, m.nt. MS, waarin de zgn. Landsmeer-doctrine terzijde gesteld werd, het beroep dat de overheid op het algemeen belang kon doen bij aanpassing van contracten wegens gewijzigde omstandigheden, zoals een beleidswijziging. Zie ov. 3.3. Dit werd letterlijk aangehaald in het arrest HR 10 sept. 1993, *NJ* 1996, 3, m.nt. MS, *Den Dulk – Curaçao*, in ov. 3.4.

transport van materiaal naar de bouwplaats en het werk daar. De extreem droge zomers van 1976 en 1991 veroorzaakten dramatisch lage waterstanden van de grote rivieren in ons land met grote consequenties voor het vervoer over water in die tijd.

De genoemde gebeurtenissen hebben in ons land en in het buitenland tot veel jurisprudentie geleid over het onderhavige thema. Eén van de conclusies die daaruit getrokken werd, is dat de term ‘onvoorzienbaar’ geen onderscheidend vermogen meer heeft. Het is dan ook niet verwonderlijk dat men in meer recente wetgeving en standaardclausules over overmacht, veranderde omstandigheden, *hardship clauses* e.d., de term ‘foreseeable’ steeds minder is gaan gebruiken en gaandeweg vervangen heeft door termen als ‘taking into account’, e.d. Aldus bijvoorbeeld de standaardvoorwaarden *Hardship Clauses* van de International Chamber of Commerce (ICC) in Parijs en de Amerikaanse Uniform Commercial Code (UCC), de Unidroit Principles of Contract en het Weens Koopverdrag, om een greep te doen.<sup>4</sup> Bij overmacht is de frase bij non-performance vanwege een ‘impediment’: ‘to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of contract’, een gebeurtenis die ‘beyond the control of a party is’. Bij *hardship clauses* is de term dat ‘the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract’. Soms is de term ‘onvoorzienbaar’ in wetgeving en standaardvoorwaarden vervangen door de formule dat het niet plaatsvinden van de gebeurtenis ‘was a basic assumption on which the contract was made’. In de FIDIC-, ENAA- en ICE-voorwaarden is slechts van belang of de gebeurtenis ‘within the control of the parties to allocate and address through the contract pricing mechanism’ was.

Ik wees er eerder op dat de term ‘rekening houden met een gebeurtenis’ een dubbele betekenis heeft. Het is merkwaardig dat dit in het Engels niet anders is; de op dit punt meestal gebruikte term dat de gebeurtenis ‘has not been taken into account’ door de aannemer, kent dezelfde dubbelheid: het kunnen voorzien en het in de berekeningen voor de prijs van het werk opgenomen hebben. In de Engelstalige literatuur blijft dit, net als bij ons, doorgaans onder de oppervlakte.

Deze rechtsontwikkeling is niet aan de Raad van Arbitrage voor de Bouw voorbij gegaan. Dat blijkt al uit zijn rechtspraak van de jaren ’70 en ’80. Zo deed de Raad in de *Eerste laagwaterzaak*, die in 1976 speelde, de uitspraak: ‘vrijwel alle omstandigheden zijn in abstracto te voorzien’.<sup>5</sup> 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’.

<sup>4</sup> *Force Majeure and Hardship*, ICC 1985 en 2003; § 2-165 UCC; §§ 261, 265 Restatement of Contract 2<sup>nd</sup>; art. 79 CISG; artt. 6.2.2, 7.17 Unidroit Principles of Contract; art. 2.117 PECL. Zie uitvoerig, mijn *Verbintenissenrecht, Deel 1*, Deventer: Kluwer, 5e dr. 2004, pp. 731 e.v.; 759 e.v.; vgl. ook mijn Preadvies Ver.v.BR 1998, p.91 e.v., 159 e.v. en nog: ‘The changing of the guard: Force majeure and frustration in construction contracts: the foreseeability requirement replaced by normative risk allocation’, 20 (2) *International Construction Law Review*, 2002, p.162-186; ook opgenomen in: Jan M. van Dunné, *The Duty of Care in Contract and Tort. Selected Essays on Contract, Construction Law, Tort, Environmental Liability, Jurisprudence*, Maastricht: Shaker Publishing, 2006, p.99, op p. 110 e.v.

<sup>5</sup> RvA 25 juni 1981, BR 1981, 689, inzake laagwaterstanden op de Rijn; zie ook mijn Preadvies 1998, p.128.

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.<sup>6</sup> Het is interessant dat de Duitse rechter in bouwgeschillen op dezelfde lijn zit. Zo werd in geval van extreme regenval waarbij de regenval van vier maanden op één dag gevallen was, deze als onvoorzienne omstandigheid beschouwd die niet voor rekening van de aannemer diende te komen.<sup>7</sup>

Droogte is de tegenhanger van overmaat aan regenval. In de *Tweede laagwater-zaak* van 1995 was de Raad van Arbitrage van oordeel 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.<sup>8</sup>

### 2.3 Het 2<sup>e</sup> vereiste: ‘de aannemer niet kunnen worden toegerekend’

Daarmee zijn wij geruisloos overgegaan naar het tweede vereiste dat paragraaf 47 UAV stelt voor een beroep op bijbetaling wegens kostenverhogende omstandigheden. Bij het vaststellen of de aannemer rekening had moeten houden met de kans dat de omstandigheden in kwestie zich zouden voordoen was het toerekenen van risico’s al *loud and clear* aan de orde: wat is een ‘normaal risico’? Toch is het goed om dit tweede vereiste afzonderlijk te bekijken.

Over wat voor risicotoedeling hebben wij het eigenlijk? Het is verhelderend om in dit verband naar paragraaf 44 lid 3 UAV te kijken, dat via de verwijzing van lid 5 van paragraaf 47 in ons blikveld komt. Bij *schade aan het werk* wordt de toerekeningsvraag aldus beantwoord dat de aannemer slechts vrijuit gaat bij ‘buitengewone omstandigheden’, dat zijn omstandigheden waarvoor hij ‘geen passende maatregelen’ had hoeven te nemen. De term ‘buitengewone omstandigheden’ geeft al aan dat het hier niet om ‘normale’ gebeurtenissen gaat. Het doet denken aan de wijze waarop de wetgever van het oud-BW over in art. 1280 overmacht sprak, van een ‘vreemde oorzaak die de schuldenaar niet kan worden toegerekend’ (de *cause étrangère* van de Code civil), dat wil zeggen een omstandigheden die niet in de risicosfeer van de contractspartij ligt.

Interessanter is de verwijzing naar ‘passende maatregelen’ die de aannemer had behoren te treffen om onheil te voorkomen. Dat zijn niet alleen maatregelen van feitelijke, preventieve aard, ook wordt hiermee bedoeld het nemen van verzekeringsmaatregelen. Aldus de vaste jurisprudentie van de Hoge Raad in het contractuele en delictuele aansprakelijkheidsrecht. Zoals in het geval van de notaris die aansprakelijk gesteld wordt voor een risico dat hij volgens de toen gangbare praktijk bij transport van onroerend goed niet had hoeven te voorkomen (en vrijwel niet kon voorkomen). De notaris had de koper niet aan in beginsel vermijdbare risico’s mogen blootstellen waarvan deze niet op de hoogte is en waartegen hij zich ook ‘moeilijk kan wapenen’.<sup>9</sup> In dat ‘wapenen’ ligt een verwijzing naar de mogelijkheid van verzekering van het risico.

In paragraaf 44 lid 3 wordt ten slotte als toerekeningsfactor genoemd dat het in verband met de aard van het werk niet ‘onredelijk’ moet zijn om de schade aan het werk voor rekening van de aannemer te laten komen. Daarmee komt de norm van de redelijkheid ten tonele, die op het terrein van toerekening van risico’s en overmacht in ons recht een vooraanstaande rol speelt. Dat weten wij sinds het arrest *Fokker – Zentveld* van 1968, een visie die de wetgever

<sup>6</sup> RvA 10 sept. 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).

<sup>7</sup> Zie voor het Duitse recht nog onder, par. 3.2.

<sup>8</sup> RvA 13 juni 1995, *BR* 1995, 794, inzake laagwaterstanden op de IJssel.

<sup>9</sup> HR 30 jan. 1980, *NJ* 1982, 56, m.n.t. WMK, *Baarns beslag*. A-G Franx had de verzekeringsaspecten uitvoerig aan de orde gesteld in zijn conclusie.

vervolgens overgenomen heeft in het Nieuwe BW.<sup>10</sup> Wat overmacht is wordt bepaald aan de hand van drie criteria: de *aard van de overeenkomst*, de *verkeersopvatting* en de *redelijkheid*. Daarbij is het de verkeersopvatting (en bovendien redelijk) dat de partij die zich door verzekering tegen het risico gedekt heeft de aansprakelijkheid daarvoor heeft te dragen.<sup>11</sup>

Nu bestaan er veel misverstanden over dit standaardarrest uit 1968. Men is of gewoon *mordicus* tegen het beginsel dat als *assurance oblige* bekendheid kreeg, of men komt met behulp van onvolledige weergave van de kernoverwegingen van de Hoge Raad over de toerekening op grond van de genoemde drie criteria tot de kritiek dat het arrest ‘onjuist’ is. Aldus respectievelijk Brunner in zijn oratie van 1973, en Nieuwenhuis in een redactioneel commentaar in *Themis* van 1987. De lijn werd in later tijd gevolgd door auteurs die op aansprakelijkheidsgebied de belangen van verzekeraars plegen hoog te houden, zoals Spier, Hartlief en Tjittes en uit alle macht roepen dat ons recht het *assurance oblige* niet kent.

Deze laatste visie acht ik even onjuist als partijdig. Het arrest uit 1968 is glashelder op dat punt, het staat bovendien allerminst alleen in de decennia die eraan vooraf gingen en erop volgden (het arrest *Baarns beslag* uit 1980 werd daareven aangehaald), terwijl deze jurisprudentie in de pas loopt met de ontwikkelingen in landen om ons heen.<sup>12</sup> Ook in ons recht is het element van de verzekeringsdekking van doorslaggevende betekenis voor aansprakelijkheid, contractueel en buitencontractueel.

Gezien deze controverse in de doctrine sta ik wat langer stil bij in het bekende arrest van 1968 inzake de Fokker vliegtuin geval vanleugel. Het ging om aansprakelijkheid voor de deugdelijkheid van bij de uitvoering van de overeenkomst gebruikt materieel, een kraanwagen, door het bedrijfje van Zentveld dat voor 17,50 gulden per uur vliegtuin geval vanleugels van Fokker van een binnenschip op een vrachtwagen hees. Door het breken van een stalen bout in de nok van de kraan (een inwendig, onzichtbaar gebrek van het staal) viel een vleugel op de grond, schade 120.000 gulden. Fokker was verzekerd tegen die schade, Zentveld was slechts tot 20.000 gulden verzekerd.

Ik laat de overwegingen van de Hoge Raad hier volgen, men oordele zelf.

‘dat de vraag of en in hoever de schuldenaar voor de gebreken van zodanige zaken aansprakelijk is, naar de aard der overeenkomst, de verkeersopvattingen en de redelijkheid moet worden beantwoord;

dat ook bij overeenkomsten als de onderhavige, waarbij een resultaat is toegezegd voor het bereiken waarvan de schuldenaar zich moet bedienen van werktuigen, die, indien zij falen, aan de wederpartij een ernstige schade kunnen berokkenen, de aard der overeenkomst, de verkeersopvattingen of de redelijkheid kunnen meebrengen dat de schuldenaar die aantoonde dat dit falen door hem niet kon worden voorzien, niet het gevolg was van een gebrek aan zorg bij de aanschaffing, het onderhoud en de controle aan het werktuig besteed en ook overigens niet aan zijn schuld te wijten was, voor de door dat falen ontstane schade niet aansprakelijk is;

dat dit in het bijzonder het geval kan zijn, indien het falen van het werktuig aan de wederpartij een schade kan berokkenen van een dergelijke omvang dat het, gezien de in verhouding daartoe geringe hoogte van de door de schuldenaar genoten contra-prestatie, onredelijk zou zijn de schuldenaar het risico daarvan te doen dragen;

dat in dergelijke gevallen ook in de omstandigheid dat het de schuldenaar was die zich voor een dergelijke schade door verzekering had gedekt, een aanwijzing kan worden gevonden dat naar verkeersopvattingen het desbetreffende risico voor zijn rekening was.’

<sup>10</sup> HR 5 jan. 1968, *NJ* 1968, 102, m.nt. GJS; vgl. art. 6:75, en vooral 6:77 BW. Zie voor deze materie mijn *Verbindenissenrecht 1*, p.728 e.v.; 398 e.v.

<sup>11</sup> De verkeersopvatting is bij de onrechtmatige daad naast schuld de maatstaf voor aansprakelijkheid, volgens art. 6:162 lid 3 BW. Daarmee werd de risicogrondslag in het NBW neergelegd.

<sup>12</sup> Zie mijn *Verbindenissenrecht 1*, p.402 e.v. Vgl. voor deze problematiek bij exonerationclausules: p.397 e.v., inzake HR 26 febr. 1960, *NJ* 1965, 373, *Bovag III*; p.444 e.v., inzake HR 18 juni 2004, *NJ* 2004, 385; *AA* 2004, p.874, nt Van Dunné, *Kuunders – Swinkels Techniek*.

Men ziet hier ook de resultaatsverbintenis in de jurisprudentie geïntroduceerd, in de context gezet van het risico-denken, inclusief verzekeringsaspecten. In het eerder genoemde arrest van het *Baars beslag* (1981) gold dezelfde benadering een inspanningsverbintenis, van de notaris als dienstverlener. Indien geen sprake is van een verzekering sluiten met betrekking tot een bepaald risico, zal de prijs voldoende dekking voor dat risico moeten bieden. Dat geldt ook voor het geven van garanties voor onderdelen van het werk, anders is het een ongedekte cheque die afgegeven wordt.

De hier geschetste risicogedachte ligt al jaar en dag ten grondslag aan het bestaande gebruik in de bouwpraktijk en de rechtspraak van de Raad van Arbitrage en heeft een rol gespeeld bij de tot standkoming van paragraaf 47 in de UAV van 1968. In 1955 heeft De Grooth, voor zijn hoogleraarschap en lidmaatschap van het Driemanschap voor Boek 6 NBW werkzaam als advocaat in Rotterdam, in zijn preadvies voor de Nederlandse Juristenvereniging een pregnant beeld daarvan gegeven.<sup>13</sup> In de rechtspraak ten aanzien van par. 3 AV, de voorganger van de UAV, met de regel dat de aannemer geen bijbetaling of schadevergoeding verstrekt wordt, was al sinds 1946 bepaald dat het hierbij gaat om normale, voorzienbare risico's. Hetgeen arbiters in 1951 hieromtrent overwogen wordt door De Grooth aangehaald:

‘Het algemene gebruik heeft in de loop der jaren steeds meer medegebracht, dat abnormale risico's, die niet te berekenen zijn en waartegen men zich niet kan verzekeren, ten laste van de aanbesteder worden gehouden. Wanneer een enkele maal in afwijking van het gebruik abnormale risico's op de schouders der aannemers werden geladen, placht men daarop in bestekken met nadruk te wijzen’.

De Grooth trekt hieruit de volgende conclusie:

‘Wanneer een beroep op buitengewone omstandigheden die de uitvoering van de overeenkomst verzaamd hebben wordt aanvaard, geschiedt dat herhaaldelijk 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.

De vergadering van de NJV van 1955 had de preadviseur gevolgd in een bevestigend antwoord op de vraag:

‘Is het gewenst dat de wet t.a.v. het intreden van buitengewone, onvoorziene omstandigheden, die de uitvoering van het aangenomen werk bovenmatig verzwaren, de gevolgen daarvan regelt, b.v. in de zin van art. 373 van het Zwitserse O.R.?’ (Vraagpunt 4).

Men heeft met paragraaf 47 UAV 1968 de voorstellen van De Grooth op dat punt vrijwel geheel overgenomen. Dat betekent dus, zoals ook Van Wijngaarden in zijn dissertatie uiteengezet heeft, dat naar algemeen gebruik ‘abnormale risico's’, dat wil zeggen zodanige als niet te berekenen zijn en waartegen men zich niet kan verzekeren, ten laste van de aanbesteder moeten worden gebracht. Met verwijzing naar een arbitraal vonnis waarin een bepaling van de oude AV, corresponderend met de huidige paragraaf 44 lid 3 UAV, aan de orde was stelt Van Wijngaarden:

‘Met een verwijzing naar art. 1375 BW oordeelde de Commissie dat billijkheid en gebruik in de onderhavige overeenkomst vorderen “dat ook een abnormaal en zeldzaam risico, als de

---

<sup>13</sup> 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. Vgl. ook: M.A. van Wijngaarden, *De nieuwe A.V. Uniforme administratieve voorwaarden voor de uitvoering van werken* 1968, diss. VU Amsterdam 1969, p.150 e.v.

stijging van kosten van aanvoer ten gevolge van defensiemaatregelen tijdens de mobilisatie (1939), op gelijke wijze wordt behandeld als de andere in de paragrafen 16 en 25 A.V.W. wél voorziene abnormale risico's”.

De hier aangehaalde ‘Commissie’ is de voorloper van de Raad van Arbitrage voor de Bouw. De conclusie die men hieruit kan trekken is dat de regeling van paragraaf 47 UAV voor kostenverhogende omstandigheden gebaseerd is op het gebruik in de bouw. Die constatering is van belang, aangezien arbiters hun oordeel, behalve op hetgeen bij overeenkomst en wet bepaald is, ook op het gebruik moeten baseren, zoals voorgeschreven is in artikel 1045 lid 4 Wetboek van burgerlijke rechtsvordering. Dit betekent dat wanneer arbiters dat gebruik niet in acht genomen hebben, bijvoorbeeld door paragraaf 47 UAV verkeerd toe te passen, het vonnis vernietigd zou kunnen worden wegens schending van artikel 1045 lid 4 Rv. Het kan ook zijn dat de motivering van het arbitrale vonnis op dit punt te kort schiet.

Als men zich afvraagt wat tegenwoordig onder ‘gebruik’ als bron van recht verstaan moet worden, is artikel 9 CISG (het Weens Koopverdrag) instructief, dat als volgt luidt:

*Artikel 9 CISG*

1. De partijen zijn gebonden door elke gewoonte waarmee zij hebben ingestemd en door alle handelwijzen die tussen hen gebruikelijk zijn.
2. Tenzij anders is overeengekomen, worden partijen geacht op hun overeenkomst of de totstandkoming hiervan stilzwijgend toepasselijk te hebben verklaard een gewoonte waarmee zij bekend waren of behoorden te zijn en die in de internationale handel op grote schaal bekend is aan, en regelmatig wordt nageleefd door partijen bij overeenkomsten van dezelfde soort in de desbetreffende handelsbranche.<sup>14</sup>

Het Hof Den Bosch heeft eens bepaald dat er ‘geen relevante verschillen’ zijn tussen artikel 9 CISG en het Nederlandse recht. Het gebruik als rechtsbron heeft ook een relatie tot het vertrouwen dat partijen daaromtrent hebben, en dat gerespecteerd dient te worden. In de Amerikaanse Uniform Commercial Code, paragraaf 1-205 (2), wordt met betrekking tot een handelsgebruik niet alleen de ‘regularity of observance’ genoemd, maar ook: ‘as to justify an expectation that it will be observed with respect to the transaction in question’.

Een gebruik is niet slechts een kwestie van wat men in de praktijk gewoon is om te doen. In de bouwrechtelijke literatuur vindt men ten aanzien van de verdeling van contractuele risico's, in het bijzonder bij grote infrastructurele bouwwerken, het standpunt ingenomen dat het redelijk is om dat vanuit een economisch standpunt bezien. In bijdragen aan de bundel *De ontwerpende bouwer* van 1996 heeft bijvoorbeeld De Boer daarvoor de aandacht gevraagd.<sup>15</sup> De stand van de doctrine in het buitenland en in ons land wordt door hem weergegeven met vier vuistregels:

1. risico moet worden gelegd bij de partij die het best in staat is het risico te beheersen en te beperken (*risk control*);
2. een risico dat door meer partijen wordt of kan worden beheerst, moet in enige verhouding worden verdeeld (*risk sharing*);

<sup>14</sup> Zie: Hof Den Bosch 24 april 2004, 456/95/He, *Peters – Kulmbacher Spinnerei & Co*; gepubl. in UNILEX, aangehaald door Bernstein/Lokokofsky, *Understanding the CISG in Europe*, 2<sup>e</sup> dr., par. 2-14, p.45. Vgl. ook Sanders, *Het Nederlandse arbitragerecht. Nationaal en internationaal*, Deventer: Kluwer, 4<sup>e</sup> dr., 2001, p.144.

<sup>15</sup> L. de Boer, ‘Turnkey en design & construct: concepten, aansprakelijkheid en risico’, in: *De ontwerpende bouwer. Over turnkey- en design & build-contracten*, M.A.M.C. van den Berg en C.E.C. Jansen, Red., Deventer: Tjeenk Willink, 1996, p. 197 e.v., op. 209. De Boer verwijst hierbij naar Smith, Bunni en De Ridder. Vgl. ook zijn artikelen in *Vastgoed* 1997, p.128 v., en in *BR* 1998, p.447, inzake D & C en Turnkey.



3. risico moet worden gelegd bij of worden overgedragen aan de partij die dat risico tegen de laagste kosten kan dragen (*least cost risk bearer*);
4. een niet (goed) te bepalen, te beheersen of te dragen risico moet worden gelegd bij de partij die dit risico initieert (*buitengewoon risico*).

Dit gebeurt van uit de filosofie (als *accepted principle*) dat elk risico nu eenmaal een daarmee samenhangende en onvermijdelijke kostprijs heeft die hoe dan ook op het werk of het project drukt en derhalve gedragen moet worden.

Dezelfde benadering van het bouwrisico wordt gevolgd door Van den Berg; hij bepleit 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'.<sup>16</sup> Men ziet hierin een duidelijk rechtseconomische visie op risicoverdeling in het contracten- en aansprakelijkheidsrecht zoals in de laatste decennia in de Verenigde Staten en ook in Europa ontwikkeld.

Indien men deze opvatting niet volgt en aanvaardt dat de aannemer ook voor zeer uitzonderlijke risico's dient in te staan, heeft dit als consequentie dat een rationeel handelend aannemer alleen werk zal aannemen tegen een prijs waarin dat risico afgedekt is. Hij zal, met andere woorden, 'zijn vrees prijzen': ook de meest onwaarschijnlijke, maar mogelijke risico's zal hij calculeren en in zijn prijs opnemen, en daarvoor offreren. Indien dat onder de marktomstandigheden mogelijk is, in ieder geval niet in de huidige de tijd, betekent een dergelijke risico-opslag dat de opdrachtgever bijna altijd teveel gaat betalen. Die uitzonderlijke risico's doen zich immers per definitie zelden voor. Dat is economisch gezien geen zinnige visie op de bouw.

De Rechtbank Den Haag verwoordde deze gedachtegang onlangs als volgt:

'Uit de arbitrale jurisprudentie blijkt dat paragraaf 47 UAV 1989 veel minder terughoudend wordt toegepast dan ten aanzien van artikel 6:258 BW in de wetsgeschiedenis, literatuur en jurisprudentie wenselijk wordt geacht. De achtergrond hiervan is kennelijk dat de bouwpraktijk behoefte heeft aan een correctieregeling zoals vervat in paragraaf 47 UAV 1989 en – inmiddels – in artikel 7:753 lid 1 BW. Bij gebreke van het bestaan van de correctiemogelijkheid zouden aannemers gedwongen zijn hogere risico-opslagen op hun geoffreerde prijzen toe te passen. Daardoor zouden opdrachtgevers in alle "normale gevallen" onnodig met hogere aanneemsommen worden geconfronteerd. Bovendien is niet onaannemelijk dat niettegenstaande die hogere risico-opslagen het zich in een concreet geval daadwerkelijk realiseren van een risico (het zich voordoen van in een relatie tot het gehele aangenomen werk substantiële niet verdisconteerde kostenverhogende) alsnog tot het faillissement van de betreffende aannemer zou kunnen leiden.'<sup>17</sup>

Nog een enkele opmerking over toedeling van risico's en de resultaatsverbintenis van de aannemer. Veelal wordt uit het oog verloren dat een resultaat leveren een verbintenis is die ook zijn beperkingen kent. Ik bedoel niet alleen dat de debiteur een beroep op overmacht toekomt, maar zo'n resultaatsverbintenis is niet het extreme eind op de schaal van verbintenissen maar bevindt zich ergens in het midden. Wij kennen namelijk vier soorten verbintenissen, in toenemende mate van gestrengheid wat presteren betreft:

1. inspanningsverbintenis;
2. resultaatsverbintenis;

<sup>16</sup> M.A.M.C. van den Berg, *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.

<sup>17</sup> Rb. 's Gravenhage, 1 aug. 2007, *Musiskwartier Arnhem*, inzake *staalprijzen*, *LJN*: BB9842.

- 3. garantieverbintenis;
- 4. verzekeringsverbintenis.

Over dit schema valt het volgende te zeggen.<sup>18</sup> Het is een heel ruwe indeling omdat men vastigheid zoekt. Die is echter maar heel betrekkelijk: ook bij het doen van een inspanning zijn er 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 dus niet onbegrensd.

In geval van een garantieverbintenis, waarbij gegarandeerd wordt 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), kan een beroep op overmacht mogelijk zijn, afhankelijk van aard van de overeenkomst en gebruik in de branche. Dan is er de meest verstrekkende verbintenis, de verzekeringsverbintenis, waarbij de debiteur instaat voor het vergoeden van schade die bij niet-intreden van die toestand zal ontstaan of bij een bepaalde gebeurtenis. Hierbij is slechts een zeer beperkt beroep op overmacht mogelijk, in geval van oorlog, kernrampen, 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 aannemer is geen verzekeraar'. 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 gebeurtenissen die realisatie van het bouwwerk in de weg staan. Dat laatste is de prestatie die van een verzekeraar wél verwacht wordt.

Indien een garantie gegeven wordt, de verbintenis 'om ergens voor in te staan' zoals dat vroeger 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 niet het begin en eindpunt van de uitleg, maar een van de factoren die daarbij gewicht in de schaal leggen. Hierbij is *Hoog Catharijne* de standaard. In dat arrest van 1995 ging het om een 'balansgarantie' die de verkoper van een bedrijf aan de koper gegeven had. Betekent dat nu letterlijk dat gegarandeerd wordt dat *alle* schulden en verplichtingen op de balans moeten staan? Dat is volgens de Hoge Raad een kwestie van uitleg: niet alles hoeft op de balans te staan, met name niet indien dat bekend is of had kunnen zijn aan de koper. In casu stonden enkele zogenaamde 'canonverplichtingen' niet op de balans met betrekking tot leningen die door een gemeente in de vorm van erfpacht verstrekt waren; het ging daarbij om bedrag van ca. 7,5 mln op een koopsom van ca. 450 mln gulden.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> 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. Zie mijn *Verbintenissenrecht 1*, p. 465, e.v.; 714 e.v.

<sup>19</sup> HR 22 december 1995, *NJ* 1996, 300, *ABP c.s. – FHG en Breevast*. Het ging hier in wezen om een afweging van de onderzoekplicht tegenover de spreekplicht bij koop, van respectievelijk koper en verkoper. De zeer deskundige koper, ABP, trekt hierbij aan het kortste eind; hij wist dat er een soortgelijke lening van 25 miljoen niet op de balans stond en had bij het *due diligence*-onderzoek dat niet nader onderzocht.

In dit licht is het onwaarschijnlijk dat een aannemer die een garantie afgeeft, of als variant daarop, een bepaald risico voor zijn rekening neemt (zoals stijging van materiaalprijzen) 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 is daarentegen een indicatie dat van een verzekeringsverbintenis geen sprake kan zijn.

De eerder besproken vaste jurisprudentie over dit onderwerp is in latere decennia in stand gebleven, 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 samenvatting.

#### 2.4 Het 2<sup>e</sup> vereiste (vervolg): de betekenis van een contractuele risicoverdeling voor een beroep op paragraaf 47 UAV

Bij de beantwoording van de vraag of de kostenverhogende omstandigheden de aannemer toegerekend kunnen worden speelt de in het contract overeengekomen risicoregeling uiteraard een grote rol. Indien partijen aldus de risico's verdeeld hebben, hoeft dat een beroep op paragraaf 47 UAV op zich niet in de weg te staan. De drempel die in lid 5 voor een beroep op dat artikel opgeworpen wordt (met de verwijzing naar een 'bijzonder voorschrift' over kostenverhogende of buitengewone omstandigheden in de overeenkomst), is in de praktijk de vraag of in casu van een 'bijzonder voorschrift' sprake is wanneer partijen een afkoopsom of risicoregeling overeengekomen zijn. In een vaste rechtspraak van de Raad van Arbitrage is die vraag ontkennend beantwoord en een beroep op bijbetaling toegestaan.<sup>20</sup> In dezelfde zin oordeelde de burgerlijke rechter. Die jurisprudentie geniet grote bekendheid. Maar het kan ook anders: in de twee recente vonnissen in appèl van de Raad van Arbitrage inzake de Westerscheldetunnel, het reeds aangehaalde vonnis van 18 juni 2009 en dat van 4 juli 2008 (beide komen nog ter sprake), wordt deze regel niet gevolgd en zonder veel omhaal van woorden terzijde gelegd, tot verbazing van de annotatoren in *TBR*. Alleen al om die reden is het geen luxe om op dit punt de zaken nog eens op een rijtje te zetten.

In de arbitrale rechtspraak zetten enkele standaardvonnissen uit 1985, die nog regelmatig aangehaald worden door arbiters in recente procedures, hierbij de toon, uitspraken met betrekking tot de *Tweede oliecrisis*, RvA 14 augustus 1985 en 11 december 1985.<sup>21</sup> 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

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> 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* 2006/1105, *Staalprijzen*, onder nr. 2. De RvA verwijst ook zelf met instemming naar het vonnis van 11 december 1985 in het eerste vonnis over de stijgende staalprijzen-problematiek: RvA 13 juli 2004, nr. 26.658, *BR* 2004, p.888, in ov. 20.

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.<sup>22</sup> Een goede illustratie is de uitspraak van de Raad van Arbitrage een decennium later, de *Tweede laagwater-zaak*, die al eerder ter sprake kwam.<sup>23</sup> 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 clausule 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 op het gebied van het onderwerp van dit artikel, extreme prijsstijging van materiaalkosten. In her eerste *staalprijzen*-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.<sup>24</sup>

In de uitspraak in appèl uit 2006 is het oordeel van de Raad bondiger:

'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'.<sup>25</sup>

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

<sup>22</sup> Een voorbeeld hiervan is de Westerscheldetunnel-casus, te kennen uit RvA 4 juli 2008 (zie nog onder, par. 4.3), waarbij partijen juist uitdrukkelijk de mogelijkheid van een beroep op paragraaf 47 m.b.t. het boorrisico hadden opgenomen in de risicoregeling zelf, evenals bij de algemene bepalingen. De afkoop van dat beroep was aanvankelijk beoogd, maar bleek niet verzekeraar voor de aannemer. Arbiters hebben de betekenis hiervan volkomen miskend in hun vonnis. De risico-regeling in kwestie is ook afgedrukt in mijn Preadvies Ver.v.BR 1998, p.157.

<sup>23</sup> RvA 13 juni 1995, BR 1995, p.794, laagwaterstanden op de IJssel.

<sup>24</sup> RvA 9 december 2004, nr. 26.658, BR 2005, p.244, ov. 17.

<sup>25</sup> RvA 29 aug. 2006, BR 2006/1105, m.nt. Herber, ov. 24.

paragraaf 47 UAV.<sup>26</sup> 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 ontleen 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. Zij is in overeenstemming met hetgeen de burgerlijke rechter in ons land en in landen als Frankrijk en de V.S. in soortgelijke gevallen doet: namelijk een duurovereenkomst aanpassen in geval van gewijzigde omstandigheden, ook al hadden partijen met het oog op dergelijke omstandigheden een clause in het contract opgenomen, die echter niet geschikt gebleken is om de concrete omstandigheden te verwerken. De clause in kwestie wordt wel betrokken bij de uiteindelijke risicoverdeling. Hierbij valt te denken aan het arrest van de Hoge Raad *Luycks – Kroonenberg* van 1997, het arrest van het Cour d’Appel van Parijs van 1976, *Électricité de France (EDF) – Shell Française* en de Amerikaanse uitspraak inzake *ALCOA* van 1980.<sup>27</sup>

### 2.5 . Het derde vereiste: omstandigheden die ‘de kosten van het werk aanzienlijk verhogen’

Het laatste vereiste voor toepassing van paragraaf 47 UAV is voor ons onderwerp van de extreme stijging van materiaalkosten wellicht het meest belangrijk. In de afgelopen jaren is dit meestal het punt geweest dat in de rechtspraak van arbiters en rechters het meest de aandacht getrokken heeft en waarover de annotatoren en commentatoren hun zorgen uitgesproken hebben vanwege de onzekerheid en verwarring die op dit moment in de praktijk zou bestaan over de te hanteren maatstaf. Kort gezegd, is de norm 5% van de aanneemsom tegenwoordig aanvaard? En is dat een harde norm, dat wil zeggen lager dan 5% geen beroep, erboven wél een beroep op paragraaf 47 UAV? Zoals ik in mijn inleiding al opgemerkt heb, was dat voor mij mede de aanleiding om dit artikel te schrijven.

Wat wordt er nu onder een ‘aanzienlijke’ kostenverhoging verstaan in de rechtspraak? De Raad van Arbitrage voor de Bouw is al geruime tijd bereid om met betrekkelijk geringe percentages kostenstijging genoeg te nemen voor het toelaten van een beroep op paragraaf 47 UAV tot bij betaling van de aanneemsom (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,

<sup>26</sup> Rb. Rotterdam 16 juli 2008, nr. 276909, *Saturn c.s. – Gem. Rotterdam*, LJN BD9020, TBR 2009/95, p.462, inzake gestegen staalprijzen. Ook besproken door Herber, noot onder RvA 19 febr. 2008, TBR 2009/95, p.462 e.v.

<sup>27</sup> Respectievelijk: HR 28 november 1997, NJ 1998, 659, nt WMK onder nr. 657, *Luycks – Kroonenberg* (inzake een garantieclause); Cour d’Appel Paris, 1.re Ch. A, 28 september 1976, *Juris-classeur Périodique, La Semaine Juridique* 1978, 18810, note Jean Robert, *Électricité de France (EDF) – Shell Française* (indexeringsclause die extreme prijsstijging van olie niet kon verwerken, ingrijpen van rechter ‘sans altérer l’économie des contrats, à adapter le prix aux fluctuations du marché’); de ALCOA-zaak: *Aluminum Co. of America v. Essex Group, Inc.*, 499 F. Supp. 53 (W.D. Pa. 1980) (indexeringsclause, berekend op max. 100% stijging, kon stijging van electriciteitsprijzen van 500% niet verwerken; derhalve was ‘equitable reformation’ geboden, ‘essential to avoid injustice’). Zie voor dit onderwerp ook mijn *Verbintenissenrecht, Deel 1*, p. 793 e.v.

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 ontwerp-Drion van 1973 stond nog ‘aanzienlijke kostenverhoging’ in het artikel; nadat H.O. Thunnissen daartegen bezwaar gemaakt had in *Bouwrecht* en in zijn Asser-bewerking werd die term die geschrapt.<sup>28</sup>

De uitspraken van 1985 inzake de *Tweede oliecrisis* die al eerder aan de orde kwamen zijn van belang voor de vraag wat op grond van paragraaf 47 UAV een ‘aanzienlijke’ kostenverhoging is. In de eerste zaak, het vonnis van 14 augustus 1985, was van een afkoopregeling sprake. Het ging hier om een aanneemsom van f. 10,6 miljoen, met afkoop van risico voor f. 120.000. De vordering van de aannemer wegens door oliecrisis veroorzaakte loon- en prijsstijgingen bedroeg f. 385.000; toegewezen wordt f 200.000, d.i. 2% van de aanneemsom. Voor rekening van de aannemer worden percentages prijsstijging gelaten die per grondstof verschillen: brandstoffen: 10%; pvc 5%, bitumen 10%.

In het vonnis van 11 december 1985 gaat het over twee zaken, respectievelijk met betrekking tot de hoofdaannemer en de onderaannemer. In de onderaannemerszaak legt RvA ook verband met de risico-opslag; de prijsstijging, tot een bedrag van 6% van de aanneemsom, is hoger dan dat bedrag. Het normale percentage prijsstijgingen wordt vastgesteld op 10%, hetgeen in geld f. 16.500 is. Wanneer dat bedrag in mindering wordt gebracht op de opgetreden prijsstijging resteert een bedrag van ongeveer 5% van de aanneemsom. Arbiters achten dat percentage ‘zowel absoluut als relatief’ een aanzienlijke kostenverhoging. De onderaannemer krijgt een bedrag van ruim f. 70.000 toegewezen.

Het beroep op paragraaf 47 door de hoofdaannemer in hetzelfde werk is minder succesvol. Hierbij zijn de cijfers van belang: een kostenstijging van f. 166.000 wordt niet extreem geacht tegenover een aanneemsom van f. 29 miljoen, namelijk slechts een verhoging van 0,6%.

Na een analyse van bovengenoemde 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, 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). Dat vraagt om een analyse van de recente jurisprudentie, maar voordat ik dat ga doen zou ik twee dingen willen zeggen over mijn in 1998 ingenomen standpunt. Ik heb allereerst het criterium voor ‘aanzienlijke’ kostenstijging in 1998 als een *open norm* geformuleerd, namelijk:

*‘De kostenverhoging moet een bedrag zijn dat, zowel in verhouding tot de aanneemsom, als tot de contractueel overeengekomen risico-toedeling aan de aannemer (bijvoorbeeld in de vorm van een risicoregeling of afkoop ervan) aanzienlijk is’* (p.140).

Gezien de behoefte aan een harde norm in kringen van bouwrechtjuristen heb ik vervolgens dit criterium met de dubbele (relatieve) formule in cijfers uitgedrukt, ‘aan de veilige kant geformuleerd’, waarbij ik het volgende uitgangspunt als een *vuistregel* voor de praktijk aangeduid heb:

<sup>28</sup> 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.

*'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.*

Soms wordt, zoals wij zagen, met lagere percentages genoeg genomen, met name wat de verhouding tot de aanneemsom betreft; dat zal van bijzondere omstandigheden afhangen'. (p.140/141)

Ik heb dus, anders dan tegenwoordig door sommige schrijvers gemeend wordt (zoals bijvoorbeeld Herber) het percentage van 5% van de aanneemsom niet als *harde norm* genoemd. Geen 'regel', maar een 'vuistregel'. Dat geldt eveneens voor de 10%-norm voor eigen risico van de aannemer; ik gaf daarbij een treffend citaat (in het Engels) van de Duitse rechter en bouwrecht-coryfee Korbion, die dat percentage voor het Duitse bouwrecht aangenomen heeft, als beginsel, eigenlijk *guide-line*.<sup>29</sup> Een 'richtlijn' dus, maar dat klinkt zo Europeesrechtelijk, ik spreek liever van 'vuistregel'. Een term waarbij verwezen wordt naar een oude maat, 'vuist' van: 'vuistdik' – een term die op het platteland nog regelmatig gebruikt wordt - en niet iets 'voor de vuist weg' zeggen. De Engelsen spreken van een 'rule of thumb', waarbij de duim de maat is die genomen wordt, met een timmermansoog. Korbion koos voor die term in plaats van een harde norm of regel omdat zoals hij zegt: 'one cannot simply quote a percentage expressing the contractor's increased expenditure in order to establish changed conditions'. Zo zit dat. In ieder geval voor degene die geroepen is om een genuanceerd oordeel te vellen over een dispuut op dit punt, als rechter of arbiter.

Ik laat die hele passage bij Korbion hier volgen, niet in het minst omdat zoals wij zo dadelijk zullen zien, in de recente rechtspraak van de Raad van Arbitrage voor de Bouw (in 2004) dat percentage van 10% na een eerste toepassing met het oog op de omstandigheden van het geval (namelijk gedeeltelijke *voorzienbaarheid* van de prijsstijging) korte tijd later een eigen leven is gaan leiden en een harde norm lijkt te zijn geworden. Bouwrechtjuristen zijn net mensen, zij zoeken vastigheid. Maar dat kan niet de bedoeling zijn, althans wanneer wij op een goede manier met vuistregels omgaan. Korbion zegt hierover dit:

'I have intentionally emphasized the preceding generally valid principles to illustrate the cases in which the *clausula rebus sic stantibus* may be applied to the construction contract in particular. I am aware of the fact, that these principles can merely be guide-lines. These guide-lines, however, demonstrate that one cannot simply quote a percentage expressing the contractor's increased expenditure in order to establish changed conditions. It is not sufficient to claim that, due to circumstances arising subsequently, the adequate price has increased by such and such a percentage. On the contrary, each individual case has to be analysed separately in the light of the principles mentioned above. Depending on each particular case, this will lead to different solutions. Thus, it cannot be expounded as a general rule that a price increase of approx. 20 % e.g. implies a case of changed conditions. Argumentation merely based on percentages is not sufficient, because under the particular circumstances, the contractor may have calculated his price in such a way that the increase is still imputable to him. On the other hand, a thorough analysis based on the aspects outlined hereabove may lead to the conclusion that, objectively, a price increase of 10%, e.g. due to rising material and wage rates, is simply not acceptable to the contractor, since for reasons of keen competition at the awarding of contract, he might have been forced to tender the lowest price possible, i.e. including a minimal profit or none at all.'

Wanneer hieronder de recente jurisprudentie besproken gaat worden zullen wij de eigen risico-norm van 10% tegenkomen. De Raad van Arbitrage hanteert die norm in de eerste staalprijs-zaak (van 13 juli 2004) maar dat gebeurt omdat de prijsstijging al enigszins te voorzien was. Naderhand wordt ook wel 20% toegepast, soms omdat de aannemer daar zelf mee komt, maar vooral wanneer de voorzienbaarheid in kwestie vrij groot geacht wordt. Het komt echter ook voor, zoals wij zullen zien, dat er in het geheel geen percentage door arbiters

<sup>29</sup> Vgl. mijn Preadvies 1998, p.144. 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*.

of rechters van belang geacht wordt (tot misbaar van de annotator). Een enkele keer is het percentage aanzienlijk lager dan 5%, met soortgelijk commentaar tot gevolg. Rijkswaterstaat hanteert overigens een percentage van 2% bij stijging van staalprijzen: het excedent-bedrag wordt aannemers uitgekeerd.<sup>30</sup>

Alvorens dat jurisprudentie-onderzoek ter hand te nemen wil ik de blik verbreden en nagaan hoe dit onderwerp in het Burgerlijk Wetboek geregeld is, en welke invloed de rechtsvergelijking hierop gehad heeft, en wellicht nog heeft. Misschien kan dit de koudwatervrees bij de toepassing van de *imprévision*-figuur wegnemen, binnen en buiten de bouw.

### **3. Aanpassing van de overeenkomst wegens kostenverhoging volgens het Burgerlijk Wetboek. Rechtsvergelijkende opmerkingen over *imprévision***

#### 3.1 De artikelen 753 van Boek 7 BW en 258 van Boek 6 BW en hun onderlinge verhouding

Het is opmerkelijk dat de zojuist beschreven benadering van de onderhavige problematiek volkomen in overeenstemming is met hetgeen de wetgever hierover in 2000 opgemerkt heeft bij de parlementaire behandeling van artikel 753 van Boek 7 Burgerlijk Wetboek (de tegenhanger van paragraaf 47 UAV voor de overeenkomst van aanneming van werk in het algemeen). De nadruk werd gelegd op de ‘grote vrijheid’ die de rechter op dit punt heeft en het vereiste dat rekening gehouden moet worden met de specifieke omstandigheden van het geval. De minister werden vragen gesteld over de verhouding van het nieuwe artikel tot artikel 258 van Boek 6 BW (onvoorziene omstandigheden, volgens algemeen contractenrecht) en tot paragraaf 44 lid 3 UAV 1989 (schade aan het werk) . Zo wordt met betrekking tot de bepalingen over kostenverhogende omstandigheden en de waarschuwingsplicht door de minister tegenover de Eerste Kamer het volgende opgemerkt:

‘Beide bepalingen bevatten min of meer open normen die zich ertoe lenen om nader te worden toegesneden op de specifieke situatie van de contractspartijen. Zo zal aan de waarschuwingsplicht van de aannemer ... minder snel behoefte bestaan in het geval van een deskundige of door een deskundige bijgestane opdrachtgever dan in het geval van een ondeskundige opdrachtgever die niet door een deskundige wordt bijgestaan’.<sup>31</sup>

Dat laatste is niet zonder belang, het schenden van de waarschuwingsplicht komt regelmatig voor als verweer van de opdrachtgever, en soms met succes. Maar waar het mij om gaat is de speelruimte die ook volgens de wetgever geboden wordt bij toepassing van de regeling over bijbetaling in geval van kostenverhogende omstandigheden.

Ten aanzien van de relatie tot artikel 258 van Boek 6 had de Tweede Kamer-commissie de vraag gesteld of niet vanwege de ‘strengere eisen’ die dat artikel stelt het aanbeveling zou verdienen om in artikel 753 van Boek 7 op te nemen dat de kostenverhoging ‘aanzienlijk’ moet zijn. De minister wijst die suggestie af, en zegt:

(35) ‘In de toelichting op het voorontwerp van artikel 7.12.4, geciteerd in de memorie van toelichting, p. 21, wordt gesteld dat aan de rechter, gezien de vele factoren die bij de beoordeling van het of en het hoeveel van de prijsaanpassing een rol kunnen spelen, een grote vrijheid moet worden toegekend, en dat dit beter lijkt dan om de voor prijsaanpassing vereiste oorzaken of omvang van de kostenverhoging in de wet op te nemen. Hier komt bij dat het ook

<sup>30</sup> Brief d.d. 24 april 2004 aan het Grond-, Water- en Wegenbouw Overlegorgaan; waarover Herber, *BR* 2005, p.288 e.v.

<sup>31</sup> MvA, EK 2001-2002, 23095, nr. 178a. Vgl. ook TK 2000-2001, 23095, nr.10, par. 34 e.v.



niet zou passen bij de strekking van artikel 6:258 BW om de rechter te binden aan slechts één criterium. Gelet op het voorgaande moet de gestelde vraag ontkennend worden beantwoord.’

Daarmee komen wij op de reikwijdte van de *imprévision*-regeling, artikel 258 van Boek 6, een bepaling die bij een geschil over kostenverhogende omstandigheden regelmatig als subsidiaire grondslag van een vordering tot bijbetaling gebruikt wordt. Het is een wijdverbreide opvatting dat in de jurisprudentie van de burgerlijke rechter, met de Hoge Raad aan het hoofd, bij de toepassing van dit artikel strenge maatstaven gehanteerd worden.<sup>32</sup> Er is nog maar weinig rechtspraak op dit punt en het loont de moeite om na te gaan wat de wetgever voor ogen stond bij de introductie van dit *imprévision*-artikel.

Van Wijngaarden behandelt ook art. 6.5.3.11 Ontwerp-BW, hetgeen thans artikel 258 van Boek 6 BW is. Hij merkt daaromtrent op:

‘Het komt ons voor dat, zeer in het algemeen gesproken, een beroep op art. 6.5.3.11 Ontwerp-BW de aannemer eerder kans van slagen biedt, gezien de elastischer formulering. Ook de toelichting op dit artikel (blz. 772) geeft daarvoor een aanknopingspunt, omdat daarin is vermeld dat het in Conclusie 21A gebruikte criterium, of nakoming van een overeenkomst voor een der partijen uitermate bezwaarlijk wordt niet letterlijk is overgenomen, “omdat die formulering goed beschouwd slechts passend is voor de aan overmacht grenzende categorie van gevallen, waarin de nakoming van een verbintenis uit een overeenkomst, zonder bepaald onmogelijk te worden, toch wel uitermate bezwaarlijk wordt”. Het is kennelijk de bedoeling van par. 47 en waarschijnlijk ook van de regeling-De Grooth, juist uitsluitend voor deze categorie van gevallen een beroep op onvoorziene omstandigheden mogelijk te maken’.<sup>33</sup>

Wat hier opvalt is allereerst dat de toepassingsmogelijkheden van artikel 258 van Boek 6 BW bij kostenverhogende omstandigheden ruimer gezien worden dan die van paragraaf 47 UAV. Tegenwoordig wordt door schrijvers steevast het tegendeel gesteld: de ruimte die het burgerlijk recht op dit punt biedt is beperkter vanwege de ‘terughoudendheid’ die de Nieuw BW-wetgever voorgeschreven heeft bij toepassing van artikel 258. Is dat wel zo? Ik heb dat zelf ook heel lang gedacht, maar wanneer men de parlementaire geschiedenis leest, de toelichting op het laatstgenoemde artikel, komt men tot een ander inzicht. Een opvatting die Van Wijngaarden kennelijk ook huldigde, gezien het daarnet gegeven citaat uit zijn proefschrift. Op zich is dit al een reden om hier langer bij stil te staan. Daar komt nog bij dat artikel 258 dwingend recht is; in de praktijk ziet men dat daarop een beroep gedaan wordt, subsidiair aan dat op paragraaf 47 van de UAV die op het contract van toepassing zijn, voor het geval dat laatste geen soulaas biedt. Meestal wordt een dergelijk subsidiair beroep op artikel 258 door arbiters terzijde gesteld omdat dit naar gangbare opvattingen nog minder mogelijkheden biedt dan bij paragraaf 47 UAV al het geval is.<sup>34</sup> Het is zeer de vraag of dit juist is.

<sup>32</sup> Zie in deze zin recentelijk: M.E.M.G. Peletier, ‘Crisis en contract. Een aantal opmerkingen over de toepassing van artikel 6:258 BW in tijden van recessie’, *Contracteren* 2009, p.49; P.S. Bakker en J.W. de Groot, ‘Onvoorziene omstandigheden: de stand van zaken’, *WPNR* 6797 (2009), p.369, en het eerder door mij in par. 2.3, aangehaalde vonnis Rb. Den Haag van 2008, *Musiskwartier Arnhem*. Vgl. ook Herber, t.a.p. 2005, en recent: TBR 2009/95, noot onder RvA 19 februari 2008, *provinciaalse weg*, op p.464. Voor de oudere jurisprudentie op dit terrein verwijs ik naar mijn *Verbintenissenrecht 1*, p.762 e.v.

<sup>33</sup> Op p.155; ‘Conclusie 21A’ is de door de Tweede Kamer in de jaren ’50 aangenomen conclusie voor het NBW op dit punt. Overigens werd in par. 47 UAV 1989, vergeleken met UAV 1968, nauwer aansluiting gezocht bij de tekst van art. 6:258 BW (art. 6.5.3.11 Ontwerp-BW). Zie voor dit onderwerp ook mijn Preadvis Ver.v.BR 1998, p.142.

<sup>34</sup> Een recent voorbeeld is het reeds genoemde appèlvonnis RvA 18 juni 2009 inzake Westerscheldetunnel II, (indexering), hetgeen de instemming van annotator Könemann gekregen heeft, *TBR* 2009/..., p. ....

Het beroep op terughoudendheid bij toepassing van artikel 258 van Boek 6 is meestal gebaseerd op een bekende passage in de toelichting op het artikel. Daar wordt opgemerkt dat de mogelijkheid die het artikel biedt tot aantasting van de overeenkomst op grond van de redelijkheid en billijkheid:

‘is beperkt, en moet veeleer worden gezien als een middel tot aanpassing van de overeenkomst aan de gewijzigde omstandigheden, zoveel mogelijk in aansluiting op hetgeen partijen reeds aan rechtsgevolgen hebben geregeld of in de overeenkomst opgesloten lag.

Men zie ook het tweede lid dat met het oog hierop is aangevuld met een verwijzing naar de aard van de overeenkomst. De rechter zal het artikel dan ook met terughoudendheid moeten hanteren, zoals hij dat ook zal moeten met de bepalingen van artikel 6.1.1.2 lid 2 en artikel 6.5.3.1 lid 2 (resp.: artt. 6:2 en 6:248 BW); men zie hetgeen in deze memorie bij artikel 6.1.1.2 daarover is opgemerkt.<sup>35</sup>

Wat opvalt, is allereerst dat de bekende ‘terughoudendheid’ pas *na* de werking van de ‘aard van de overeenkomst’ aan de orde komt. Meestal wordt alleen maar aan de terughoudendheids-sec gedacht. Bovendien wordt in lid 2 van het artikel de ‘aard overeenkomst’ gekoppeld aan de ‘verkeersopvatting’, waarmee het gewoonterecht in het bouwrecht in beeld komt, dat hierboven besproken werd.

De Vaste Commissie voor justitie van de Tweede Kamer stelde een interessante vraag over deze tekst: kunnen ook ‘omstandigheden van algemene aard’ tot toepassing van artikel 258 leiden? De minister gaf hierop een bevestigend antwoord, tenzij wetgever op dat terrein ingegrepen heeft. Het wordt nog interessanter wanneer in de Memorie van antwoord een aantal voorbeelden gegeven wordt om het ‘toepassingsgebied te illustreren’. Van de zes voorbeelden noem ik twee die voor ons onderwerp het meest van belang zijn.

*Voorbeeld nr. 2* (p. 231): schaarste van grondstoffen die uit buitenland moeten komen: er is 100.000 ton nodig, slechts 60.000 beschikbaar voor gezamenlijke afnemers. Artikel 258 is hier van toepassing. De MvA verwijst uitdrukkelijk naar de regeling van paragraaf 2.615, sub *b* en *c* UCC (USA) en naar het Duitse recht, op grond van paragraaf 242 BGB (het goede trouw-artikel, dat als kapstok dient), met verwijzing naar Staudinger *Kommentar zum BGB* (Bemerkung B 637 e.v. bij paragraaf 242).

Dit is interessant, aangezien toepassing van paragraaf 242 bij *imprévision* in het Duitse recht veel voorbeelden geeft van aanpassing van contracten. Sinds 2002 kent het Duitse BW een apart artikel vergelijkbaar met ons artikel 258, namelijk paragraaf 313 BGB. Daar is rechtspraak van de Duitse hoogste rechter, het Bundesgerichtshof, aan voorafgegaan, dat in het bouwrecht gevolgd wordt, met name in hun ‘UAV’: de VOB/B. Daarop wordt hieronder nog ingegaan.

Een tweede voorbeeld uit de Memorie van antwoord is voor ons ook van belang:

*Voorbeeld nr. 5*: de invloed van geldontwaarding van 40% op pensioenverplichting van werkgever. Hier kan artikel 258 toegepast worden, met als argument: waardevermindering zou voor de werkgever die pensioen verschuldigd is betekenen ‘een voordeel, dat hem volledig of vrijwel volledig in de schoot zou vallen’. De pensioengerechtigde is beschaamd in zijn verwachtingen. Hierbij wordt wederom naar Duits recht verwezen, jurisprudentie

<sup>35</sup> MvA Boek 6 (Gewijzigd Ontwerp 1976) (TK 1976-1976, 7729, nrs 6-7), toelichting op art. 6.5.3.11 (= 6:258 BW), p. 228 v.

gebaseerd op paragraaf 242 BGB (goede trouw), uit 1973 (waarover ook De Groot in *NJB* 1974, p.804). Hierop volgt de observatie van de minister:

‘Het bovenstaande wil uiteraard niet zeggen dat iedere vordering die voor meer dan een bepaald percentage door de geldontwaarding is getroffen, voor opwaardering in aanmerking komt, maar denkbaar is toch dat er nog meer gevallen zijn, waarin de omstandigheden aan beide zijden zo sprekend zijn, dat een soortgelijke beslissing op zijn plaats is’ (p.232).

De conclusie kan dus zijn dat het met die befaamde ‘terughoudendheid’ bij toepassing van artikel 258 van Boek 6 BW in de visie van de wetgever anders is dan algemeen gedacht wordt. Het is gewoon omstandighedenrecht, waarbij aard van de overeenkomst en de verkeersopvatting de dienst uitmaken onder het schijnsel van de goede trouw, in plaats van harde regels, met harde percentages (50%!) opgetuigd. Het wordt hoog tijd dat dit doordringt tot degenen die van deze *imprévision*-regeling gebruik zouden willen maken in barre tijden, terwijl voor een reflexwerking (in strenge zin: hoge drempel) op artikel 753 van Boek 6, evenals op paragraaf 47 UAV 1989 geen sprake kan zijn, anders dan bijvoorbeeld Herber betoogd heeft, die de UAV-paragraaf met artikel 258 van Boek 6 gelijk gesteld heeft, onder de vlag van terughoudendheid.

Gelukkig werd Herber veel tegengesproken, waarbij soms op een ‘heersende leer’ in tegengestelde zin gewezen werd.<sup>36</sup> Indien dit kwartje valt, zou wellicht ook meer jurisprudentie kunnen ontstaan op *imprévision*-gebied, want daarmee is het slecht gesteld. In recente artikelen kunnen de schrijvers met moeite drie vonnissen van de laatste jaren vinden op het gebied van commerciële overeenkomsten, waarbij slechts in één geval het contract aangepast werd.<sup>37</sup> Ook de zojuist aangehaalde auteurs, Peletier, Bakker en De Groot hebben de terughoudendheid hoog in het vaandel staan, soms met 50% als norm. Dat schiet dus niet op.

### 3.2 Aanpassing van bouwcontracten in het Duitse recht

Het Duitse recht kent een op paragraaf 47 UAV 1989 gelijkende regeling in paragraaf 7 lid 1 VOB/B, die aansluit bij de jurisprudentie van de burgerlijke rechter. In Duitsland worden vrijwel alle nationale bouwgeschillen voor de burgerlijke rechter gebracht, en niet zoals bij ons in arbitrage. Daardoor is er op veel terreinen een naadloze overgang van burgerlijk recht (contractenrecht) naar bouwrecht.

De Duitse hoogste rechter had bepaald dat het bij dit onderwerp 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. Het Bundesgerichtshof werkt dit als volgt uit, het gaat om:

‘diejenigen Ereignisse, die nach menschlicher Einsicht und Erfahrung in dem Sinne unvorhersehbar sind, dass sie oder ihre Auswirkungen trotz Anwendung wirtschaftlich erträglicher Mittel durch die äusserste nach Sachlage zu erwartende Sorgfalt nicht verhütet oder in ihren Wirkungen bis auf erträgliches Mass unschädlich gemacht werden können.’<sup>38</sup>

<sup>36</sup> Aldus B.C.M. den Teuling, noot onder RvA 23 november 2007 (*bitumen*), *TBR* 2008/95, sub no. 13 e.v.; in deze zin ook J.B. Sans Prieto, *BR* 2005/0805. Een visie tegengesteld aan die van Herber heeft W. Boonstra, ‘Een nieuwe staalcrisis: de lakmoesproef voor § 47 UAV 1989?’, *BR* 2008/766.

<sup>37</sup> Zie Peletier, t.a.p. en Bakker en De Groot, t.a.p. Hierbij gaat Rb. Amsterdam 29 december 2008 over een arbeidsovereenkomst (bonus), Rb. Arnhem 24 oktober 2008 over koop en Rb. Alkmaar 3 april 2008 (kg) over een zorgovereenkomst.

<sup>38</sup> BGHZ 61, 144 (145), 1973; *BauR* 1973, 317; vgl. ook mijn Preadvies 1998, p.144. Het ging in het arrest van 1973 over een wolkbreuk met neerslag van 64 mm, terwijl de meteorologische dienst een neerslag van 40 tot 50

Het standaardarrest voor bouwcontracten is hier *Schürmannbau I* en *II* van 1998 (*Rheinhochwasser*), waarop het VOB/B in 2000 aangepast is.<sup>39</sup> In *Schürmannbau I* is bepaald dat de onafwendbare omstandigheden geen ‘betriebsfremd Charakter’ hoeven te hebben. Dat laatste wordt ruim opgevat; de extreme regenval werd hierboven al door mij genoemd. Ook de duurdere inkoop van bouw materiaal die niet te verhelpen was valt eronder, ‘die weitere Bauausführung hindernden Materialknappheit’.<sup>40</sup> Voor ons onderwerp, de stijgende materiaalprijzen, een uiterst belangrijke uitspraak.

Naar Duits recht kan een aannemer ook een beroep doen op het Burgerlijk Wetboek, het Duitse *imprévision*-artikel, paragraaf 313 BGB, dat enkele jaren geleden ingevoerd is. Er is niet veel rechtspraak over staalprijzen; indien een afwijzing van een vordering tot bijbetaling gedaan wordt is de aannemer meestal in gebreke gebleven om zijn schade te onderbouwen en het gebrek aan mogelijkheden om zich in te dekken te bewijzen.<sup>41</sup> Het ministerie voor Verkeer, Bau- und Wohnungswesen heeft in een circulaire van 2004 erop gewezen dat wanneer een aannemer als gevolg van de stijging van de staalprijs in faillissement dreigt te geraken een aanpassing van de overeenkomst overwogen kan worden. In de praktijk is dit soepel gehanteerd door de overheid, terwijl de literatuur hierop kritiek geuit is als een veel te strenge norm, insolventie, die gehanteerd wordt, onder meer door Leinemann.<sup>42</sup>

#### **4. Analyse van recente jurisprudentie over de problematiek van paragraaf 47 UAV 1989.**

##### 4.1 Overzicht van de rechtspraak in arbitrage en voor de civiele rechter

Versillende uitspraken over aanpassing van bouwcontracten vanwege uitzonderlijk gestegen staalprijzen kwamen al terloops aan de orde. Hier volgt een chronologisch overzicht van die rechtspraak, waarbij ook andere bouwstoffen in het geding zijn. Gemakshalve zal ik een nummering van de vonnissen aanbrenge.

Na een analyse van deze jurisprudentie (par. 4.2) volgt een bespreking van de *Westerscheldetunnel II*-zaak, RvA 18 juni 2009, waarbij de extreme stijging van loon- en materiaalkosten in het geding was (par. 4.3). Dat gaat als uitsmijter, want zoals wij zullen zien staat dat vonnis (nog wel in appèl) in de benadering van dit onderwerp haaks op de vaste rechtspraak die hieronder geanalyseerd wordt. Dan nu eerst dat overzicht.

---

mm per m2 voor dat gebied als maximum aangegeven had, hetgeen als ‘unabwendbare Umstand’ gezien werd. De Duitse rechter heeft dat ook aanvaard voor grondwater of bodemcondities, in weerwil van contractuele bepalingen daarover. Vgl. Ganten/Jagenburg/Motzke, *VOB/Teil B*, München: Beck, 1997; 2e dr. 2008, § 6 Nr.2. II, no.77 e.v.; § 7 III, no.12 e.v. (p.1300 e.v.)

<sup>39</sup> *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..

<sup>40</sup> Aldus het eerder genoemde 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.

<sup>41</sup> Aldus bijvoorbeeld OLG Hamburg 28 december 2005, *BauR* 2006, 680, bevestigd bij BGH 23 november 2006, VII ZR 55/06.

<sup>42</sup> Zie voor de staalprijzen-problematiek: Schwenker/Kleineke/Rodemann, *Die Vergütung von Bauleistungen*, München: Beck, 2009, p.173 e.v., waar verdere literatuur. Ik hoop in een toekomstig artikel uitvoeriger op het Duitse recht in te gaan.

(No.1) In de eerste zaak over staalprijsen, RvA 13 juli 2004, is een overeenkomst van 21 oktober 2003 in het geding.<sup>43</sup> Het indexcijfer voor betonstaal was in die maand vastgesteld op 114,9 terwijl dit in maart en april 2004 190,9 en 202,2 geworden was (hierbij is 100 de staalprijs in 1995). Het contract hield in dat de prijs voor staal vast was tot 31 december 2004. Arbiters zijn van oordeel, in aansluiting op het bekende vonnis RvA 11 december 1985, dat dit beding niet in de weg staat aan een beroep op paragraaf 47 UAV 1989.

De onderaannemer had staal voor € 282,- per ton ingekocht. Zij begroot het ondernemersrisico met betrekking tot de prijsstijging van staal op 4%, hetgeen door arbiters echter, in billijkheid, gecorrigeerd wordt tot 10%. De wijze waarop dit gebeurt is interessant, zeker nu tegenwoordig dat laatste percentage als een gegeven beschouwd wordt. Arbiters overwegen namelijk dat ten tijde van het sluiten van de overeenkomst in 2003 rekening gehouden moest worden met prijsstijgingen van maximaal 10% die zich reeds hadden voorgedaan, terwijl er aanwijzingen waren voor verdere stijging in verband met de toenemende vraag uit China. Met als conclusie: ‘Gelet op deze omstandigheden was een prijsstijging van 10% niet als onvoorziene omstandigheid aan te merken’. Arbiters brengen dit percentage in mindering op de prijsstijging tot 1 augustus 2004 en wijzen onderaannemer een bedrag van ca. € 100.000,- toe en verlenen in kort geding een voorschot van € 54.000,-.

In het bodemgeschil wordt dit nader uitgewerkt. Er wordt van een basisbedrag voor staal van € 300,- uitgegaan, te verhogen met 10% ondernemersrisico. Daarover wordt nog opgemerkt dat enerzijds in de periode voorafgaande aan de overeenkomst sprake is geweest van een geringere omvang van prijsstijgingen, maar dat er anderzijds ruim een maand voor de onderaannemingsovereenkomst signalen zijn geweest voor prijsstijgingen tot € 30,-. Ook wordt overwogen dat ten opzichte van de aanneemsom van € 1.773.000,- de prijsstijging 5,6% bedroeg, hetgeen aanzienlijk geacht wordt. Het betrof ruim een-derde van het totaal te verwerken staal, zodat onderaannemer bij eindafrekening mogelijk recht zou hebben op een bedrag van maximaal € 300.000,-. In het vrijwaringsgeschil tussen de hoofdaannemer en opdrachtgever over kostenverhogende omstandigheden bepaalden arbiters dat dit bedrag tegenover de aanneemsom van € 17.633.000,- slechts een prijsstijging van ca. 1.7% oplevert, hetgeen geen aanzienlijke kostenverhoging is en dus geen beroep op paragraaf 47 kan rechtvaardigen.

(No.2) In appèl, een uitspraak van 29 augustus 2006, blijft dit laatste vonnis in stand, met enkele belangrijke aanpassingen.<sup>44</sup> Het prijsvastbeding wordt ook door appèlarbiters gezien als een uitdrukkelijke uitsluiting van een risicoregeling hetgeen volgens de vaste jurisprudentie niet in de weg kan staan aan een beroep op paragraaf 47 UAV. Uitvoerig wordt ingegaan op de ontwikkeling van de staalprijsen vanaf april 2002 (101,4) naar januari 2004 (116,7), februari 2004 (140,6) vervolgens mei 2004 (203) en juli 2004 (197,5). Dit leidt tot de conclusie:

(32.) ... ‘De enorme prijsstijgingen die zich in de periode vanaf maart 2004 hebben voorgedaan zijn naar het oordeel van appèlarbiters dan ook van een geheel andere orde dan de gestage prijsontwikkeling, als gevolg van de toenemende vraag uit China, die zich voorafgaand aan het tot stand komen van de overeenkomst reeds in gang heeft gezet. Uit de hoogte van de prijsindexcijfers moet afgeleid worden dat de prijsstijging die zich vanaf maart 2004 voordeed extreem is geweest. Uit

<sup>43</sup> BR 2004, p.888, in kort geding; RvA 9 december 2004, no. 26.658, BR 2005, p.244, bodemgeschil. Beide vonnissen zijn besproken in BR 2005/0403, p.288 door Herber, in: ‘Staalprijsen, ofwel de invloed van China op de Nederlandse bouwrechtspraak’. Met reactie van Sans Prieto, t.a.p. 2005, p.706 en Naschrift van Herber, BR 2005/0806. Vgl. ook Boonstra, t.a.p. 2008, p.766.

<sup>44</sup> RvA 29 augustus 2006, no.’s. 70.981, 70.990, BR 2006/1105, m.nt. Herber.

het gegeven dat eerst vanaf juli 2004 de prijs weer is gezakt, doch dat deze tot in december 2004 ruim boven het niveau van januari 2004 is gebleven, leiden arbiters af dat de prijsstijging bovendien van lange duur is geweest.

33. Naar het oordeel van appèlarbiters diende N. (onderaannemer, JMvD) bij het aangaan weliswaar rekening te houden met de toenemende vraag naar wapeningsstaal vanuit China en de daarmee gepaard gaande hogere prijsfluctuaties. De mate waarin deze vraag nog verder zou toenemen en tot een dergelijke extreme prijsstijging zou leiden, was naar het oordeel van appèlarbiters echter niet te voorzien. Op het moment van het sluiten van de overeenkomst was nog geen aanleiding om te vermoeden dat de toenemende vraag uit China tot iets anders dan voortzetting van de reeds tot dan toe voorgedane prijsstijgingen zou leiden. Dit geldt te meer daar de prijzen bij het sluiten van de overeenkomst weer enigszins gedaald waren, ondanks dat de voorspelling was een stijging van € 30,- voor de komende maand. De voormelde extreme prijsstijging in 2004 van een zo lange duur is derhalve niet in de overeenkomst verdisconteerd, noch behoorde zij dat redelijkerwijs te zijn.'

Voor onderaannemer hielden deze omstandigheden 'een meer dan gebruikelijk risico' in van prijsstijgingen in de staalmarkt als kans waarmee zij rekening moest houden. Appèlarbiters achten echter een risico van 10% zoals in eerste instantie aanvaard te laag en stellen dat bij op 20%. Uitgaande van een prijs van € 360,- (basisprijs vermeerderd met 20% ondernemersrisico) berekenen appèlarbiters de prijsstijging waarvoor onderaannemer vergoeding toekomt op € 195.171,95. Tegenover de aanneemsom van € 1.773.000,- is dat een prijsstijging van ca. 11%, die als aanzienlijk beschouwd wordt.

De hoofdaannemer blijft met het probleem zitten dat voor zijn de prijsstijging slechts 1,7% van de aanneemsom bedroeg. Hij stelt echter dat met inbegrip van vorderingen van derden uit hoofde van paragraaf 47 UAU de kostenverhogende op 3,17% komt. Appèlarbiters stellen hem in de gelegenheid om zijn stellingen nader te onderbouwen.

(No.3) In de zaak die leidde tot het vonnis RvA 19 juni 2007 was een contract uit mei 2003 in het geding.<sup>45</sup> Ook hier ging het om een onderaannemer die wapeningsstaal moest leveren voor een bedrag van € 270.000,-; het contract bedroeg € 420.000,-. Arbiters overwogen dat de situatie zoals aan de orde in de zojuist besproken jurisprudentie (RvA 29 augustus 2006) zich niet voordoet gezien het eerdere tijdstip van sluiten van de overeenkomst. In mei 2003 was voor onderaannemer namelijk 'nog geen aanleiding om toen te vermoeden dat nadien sprake zou zijn van de excessieve prijsstijgingen als gevolg van een toenemende vraag naar (wapenings)staal in China, zoals die zich begin 2004 hebben voorgedaan.' Dit brengt arbiters tot de conclusie:

'Voor onderaannemer bestond dan ook geen aanleiding om met meer rekening te houden dan met het gebruikelijke ondernemersrisico aan prijsstijgingen in de staalmarkt. Arbiters stellen dit gebruikelijke ondernemersrisico op 7,5% van de aanneemsom, geldt op de "normale" prijsschommelingen in de periode november 1995 tot en met mei 2003 zoals die blijken uit de door onderaannemer overgelegde overzichten daarvan. Voor het meerdere komt onderaannemer een beroep op paragraaf 47 UAV 1989 toe'.

Arbiters wijzen onderaannemer na aftrek van 7,5% ondernemersrisico een bedrag van € 17.035,- toe. Dit bedrag blijkt 4,05% van de aanneemsom te zijn; het percentage wordt door arbiters niet besproken.

(No.4) In hetzelfde jaar wordt een beroep op paragraaf 47 UAV vanwege de stijging van de prijs voor wegebouwbitumen door een aannemingscombinatie door arbiters in appèl

---

<sup>45</sup> Nr 27.947; **BR ?? ....**

afgewezen bij vonnis van RvA 23 november 2007.<sup>46</sup> Het werk was in oktober 1997 opgedragen en duurde tot medio 2000, waarbij prijswijzigingen van wegebouwbitumen verrekenbaar gesteld waren. Dat ging door middel van een index, vastgesteld door de Raadscommissie Risicoregeling GWW. Ook de werking van die index was inzet van het geschil. Dat zal ik als eerste aan de orde stellen; dit is namelijk een bekend thema op het terrein van aanpassing van contracten wegens gewijzigde omstandigheden, waarbij de indexregeling als risicoregeling opgevat wordt en het de vraag is of die in de weg staat aan een beroep op aanpassing van de contractprijs.

De index was tot en met mei 1998 gekoppeld aan de prijs van ruwe olie en niet aan de prijs van wegebouwbitumen; de marktprijs van bitumen volgde die van ruwe olie. Dat bleek echter eind 1997 niet meer op te gaan zodat de koppeling verbroken werd; de olieprijs daalde namelijk sterk, terwijl dat niet het geval was met de bitumenprijs. Vanaf mei 1998 werd de vaststelling van de index opgeschort en pas in maart 2000 weer ingesteld. De index werd toen gebaseerd op de gemiddelde prijs van wegebouwbitumen in de markt. De Raadscommissie heeft toen de index met terugwerkende kracht vastgesteld zodat de aansluiting met mei 1998 hersteld werd; de reeds vastgestelde index-cijfers werden echter niet aangepast.

Ten tijde van de inschrijving voor het werk was de marktprijs voor bitumen ca. 650 gulden, terwijl de eenheidsprijs 350 gulden bedroeg. De index was dus een fictieve prijs geworden. Dit had tot gevolg dat bij wijziging van de index met 1 punt de vergoeding met 3,50 gulden gewijzigd werd en niet met 6,50 gulden. De verrekening van de prijswijzigingen gebeurde immers door middel van de vaste eenheidsprijs gekoppeld aan het door de Raadscommissie vastgestelde index-cijfer. De aannemingscombinatie stelt dat zij daardoor een bedrag van € 260.000,- te weinig ontvangen heeft van de opdrachtgever (de Staat).

De appèlarbiters wijzen de vordering af, met de volgende overwegingen:

25. Arbiters overwegen hieromtrent dat partijen de toepassing van de onderhavige risicoregeling zijn overeengekomen. Op het moment van aanbesteden volgde deze risicoregeling de prijs van ruwe olie. De verrekening van de prijswijzigingen waren daarbij een deel van de werkelijke prijs van wegebouwbitumen. De referentieprijs was immers f. 350,00 terwijl de marktprijs op dat moment f. 650,00 à f. 660,00 bedroeg. Hierdoor was het reeds bij aanbesteding bekend dat de inschrijvende aannemer niet de volledige prijsontwikkeling verrekend kreeg, doch slechts iets meer dan de helft.

26. Daarbij was bij de aanbesteding bekend dat de index niet de prijs van het te verwerken product zelf volgde doch van een ander product. De combinatie heeft derhalve geaccepteerd dat haar vergoeding voor wegebouwbitumen afhankelijk was van de prijsontwikkeling van een ander product dan wegebouwbitumen en dat prijsfluctuaties voor een aanmerkelijk deel in haar risicosfeer lagen en niet vergoed werden. Aan het gebruik van het indexcijfer zaten en zitten risico's en kansen. Risico's die de combinatie heeft geaccepteerd.'

Arbiters voegen nog toe dat de bouwcombinatie de vaststelling van de index door een derde (de Raadscommissie) geaccepteerd heeft en zich heeft neer te leggen bij de wijze waarop dat gebeurd is, namelijk dat 'de reeds vastgestelde (te lage) index niet aangepast wordt'. Ook het argument van de combinatie dat het een gedictieerd contract betreft waarover niet met de Staat onderhandeld kon worden in het kader van de aanbesteding zodat de index haar opgelegd werd leggen arbiters terzijde. 'Het is aan de combinatie, als inschrijver, om de risico's welke in iedere aanbesteding aanwezig zijn, in te schatten en te prijzen. Indien zij de risico's onaanvaardbaar had gevonden had zij een (zeer) hoge prijs moeten neerleggen hetzij niet moeten inschrijven. Arbiters achten het niet hebben kunnen onderhandelen over de inhoud van de overeenkomst dan ook niet relevant in deze.'

<sup>46</sup> No. 71.129, TBR 2008/95, m.nt. Den Teuling.

Het subsidiaire beroep van de combinatie op paragraaf 47 UAV, tenslotte, wordt door arbiters verworpen met de redenering dat een bedrag van 1% van de aanneemsom geen aanzienlijke kostenverhogende vormt. Daartoe dient volgens arbiters ‘slechts naar de relatieve stijging gekeken te worden. De stijging in absolute zin is daarvoor niet toereikend’.

Ik acht het vonnis wat het primaire beroep betreft weinig overtuigend. Indien partijen zich aan een indexeringsregeling gebonden hebben die aantoonbaar niet in staat gebleken is om de omvang van de prijsstijgingen afdoende te kunnen verwerken valt moeilijk in te zien dat partijen in redelijkheid aan een dergelijk beding gebonden zijn. De gebreken van de indexering in kwestie zijn door de aannemer aangetoond (de foutieve grondslag in het verleden, die naderhand niet gecorrigeerd was toen dat aan het licht gekomen was), maar terzijde gesteld door arbiters met het argument dat de letter van het contract geldt, ‘contract is contract’. Dan is mij de benadering van de Franse en Amerikaanse rechter liever, in de eerder genoemde zaken *Shell Française – EDF* en *ALCOA*, waarin kort gezegd, de gedachte is dat een falende indexeringsregeling – bedoeld om prijsschommelingen tot 100% te regelen maar niet tot 500% - voor ongeschreven gehouden worden, terwijl de wens van partijen om de overeenkomst in geval van gewijzigde omstandigheden aan te passen overeind gehouden wordt, en de rechter dus bevoegd is om tot een redelijke aanpassing over te gaan.<sup>47</sup>

Op de afwijzing van het beroep op paragraaf 47 AV op grond van een overschrijding van slechts 1% kom ik hieronder bij mijn analyse van de rechtspraak nog terug.

(No. 5) Een jaar later komt een beroep op paragraaf 47 UAV andermaal aan de orde, in appèl: RvA 19 febr. 2008.<sup>48</sup> Het ging om de aanleg van een provinciale weg waarvoor op 11 oktober 1999 een overeenkomst gesloten werd voor een bedrag van ruim € 11,5 miljoen, waarbij geen verrekening zou plaatsvinden van wijzigingen in loonkosten, brandstofkosten en bouwstofgroepkosten. Na aanvang van het werk zijn die kosten sterk gestegen de aannemer zoekt vergoeding daarvoor van de opdrachtgever tot een bedrag van € 735.265,-. In eerste instantie hadden arbiters dat afgewezen met het argument dat de kostenverhoging tenminste 5% van de aanneemsom moet zijn.

Appèlarbiters gaan allereerst na of voldaan wordt aan de vereisten van paragraaf 47 UAV 1989, met name het aanzienlijkheidscriterium. Daartoe wordt overwogen:

‘Arbiters hanteren hierbij het uitgangspunt dat prijsverhogingen als aanzienlijk zijn aan te merken als het gemiddeld te verwachten financieel resultaat, door deze ontwikkelingen buiten de invloedsfeer van de aannemer, omslaat in een negatief resultaat. Arbiters gaan bij de kwantificering hiervan uit van een in de branche gebruikelijk netto resultaat van 2%. Arbiters overwegen voorts dat om op ondernemingsniveau een netto resultaat van 2% te halen er een bruto marge van ca. 5% op de werken gerealiseerd moet worden (het verschil tussen netto ondernemersresultaat en bruto marge op de werken wordt veroorzaakt door belastingen, ondernemersrisico en algemene kosten op ondernemingsniveau). Bovenstaande overwegingen leiden ertoe dat een project met niet voorziene prijsstijgingen ter hoogte van meer dan 5% van de aanneemsom geconfronteerd moeten worden alvorens aan het aanzienlijkheidscriterium voldaan wordt.’ (ov. 17).

Hierbij moet het gaan om werkelijk gemaakte kosten en niet om een herberekening van gecalculerde kosten door middel van indexering. Vervolgens lopen arbiters de verschillende posten na. Voor gasolie wordt bepaald dat de stijging voor sluiting van de overeenkomst (11 oktober 1999) reeds een indexcijfer had dat sterk fluctueerde met een stijging van 30 tot 40%; daarmee had aannemer rekening dienen te houden:

<sup>47</sup> Zie boven, par. 2.4, in fine.

<sup>48</sup> *TBR* 2009/95, p.462, m.nt. Herber, *provinciaalse weg*, met als voorzitter mr. B.C. Punt.



‘Weliswaar mag na een dergelijke stijging enige stabilisatie verwacht worden, maar met een stijging van ca. 10% had, volgens arbiters, toch zeker rekening gehouden moeten worden. Een prijsstijging van 10% bij brandstof is zelfs van een zodanige orde dat deze in beginsel ongeacht de exacte kennis en wetenschap van de voorgeschiedenis van de prijzen zonder meer verwacht mag worden dat wil zeggen voorzienbaar is. Aldus merken arbiters een prijsstijging in het kader van de hierna volgende rekenexercitie als onvoorzien aan voor zover deze meer dan 10% bedraagt.’(ov.141).

Dit leidt tot een kostenstijging van 296.320,- gulden. Ten aanzien van diesel blijkt er geen relevante prijsstijging geweest te zijn, terwijl voor bitumen de prijsstijging 8% was, dus beneden de 10%-norm. Alles bij elkaar komen arbiters tot een totaal bedrag van kostenstijging van € 356.190,-. Met een aanneemsom van € 11,5 miljoen ligt dit ‘duidelijk onder de brutomarge van 5% die op de werken gerealiseerd moet worden (om een netto-ondernemersresultaat van 2% te behalen). Hiermee is de prijsverhoging hoe dan ook niet aanzienlijk te noemen in de zin van paragraaf 47 lid 1 van de UAV ’89.’<sup>49</sup> De kostenstijging was 0,24% van de aanneemsom.

(No.6) In een tweede uitspraak uit 2008, van 11 maart 2008, wordt de onderhavige problematiek van uit een andere optiek benaderd, met betrekking tot een overeenkomst van begin 2004 voor de aanleg van een stuk Rijksweg voor een bedrag van ca. € 14 miljoen.<sup>50</sup> Aannemer had gesteld dat ervan uitgegaan moet worden dat het algemene risico van 2% dat hij in zijn prijs heeft opgenomen dient ter afdekking van risico’s voor het gehele werk en niet voor het risico voor de prijsstijgingen op één of enkele posten. Ook stelt hij een ondernemersrisico voor staalprijsen op 10% van de overschrijding. Aannemer had zich op een prijsstijging van staal van 58% beroepen maar had niet zijn werkelijke kosten van de aanschaf van staal opgevoerd doch zich daarbij op de CROW-index voor staalprijsen beroepen. Opdrachtgever had gesteld dat de prijsstijging ten hoogste 26,2% had bedragen, uitgaande van de marktprijs ten tijde van het aangaan van de overeenkomst, met een ondernemersrisico van 10%, op grond van de jurisprudentie.

Arbiters volgen opdrachtgever in zijn benadering en stellen dat aldus op de post staal van € 708.806,- een overschrijding waarmee geen rekening gehouden hoefde te worden € 113.409 bedraagt. Dit is 0,826% van de aanneemsom en leidt arbiters tot de volgende, afwijzende conclusie:

‘Nu beide partijen ten aanzien van de vraag of sprake is van een aanzienlijke verhoging van de kosten van het werk uitgaan van een grens van 2% van de aanneemsom komen arbiters tot de conclusie dat reeds bij hantering van die grens – los van de vraag of een verhoging van 2 per 100 aangemerkt dient te worden als “aanzienlijk”- dat de onvoorzienbare kostenverhogende omstandigheden de kosten van het werk niet aanzienlijk verhogen’ (ov. 22).

(No.7) In de zaak die leidde tot het vonnis van RvA 6 mei 2008 zoekt een onderaannemer, een staalvlechter, verhaal voor kosten van extreem gestegen staalprijsen.<sup>51</sup> De overeenkomst was op 12 januari 2004 tot stand gekomen, de offerte was van 3 september 2003. De CROW-index was van januari 2004 tot juni 2004 gestegen van 116,7 tot 203,6. De onderaannemer had een ondernemersrisico van 20% aangenomen, met verwijzing naar het eerder besproken vonnis RvA 29 augustus 2006, dat betrekking had op een overeenkomst van 21 oktober 2003.

<sup>49</sup> In zijn noot, nr. 7, zet Herber vraagtekens bij de berekening met behulp van een brutomarge van 5%, leidend tot een winst van 2%. Dan zouden de posten belastingen, ondernemersrisico en algemene kosten samen 3% bedragen.

<sup>50</sup> No. 28.697, *Rijksweg 50*.

<sup>51</sup> No. 28.276, *TBR 2008/166*, m.nt. Herber.

Arbiters sluiten zich daarbij aan; de vordering bedraagt € 38.820,-, na verrekening met 20% en wordt met een kleine correctie toegewezen. Het percentage van de aanneemsom speelt geen rol en is onbekend.

Ik geef hierbij vast de kanttekening dat arbiters het percentage van 20% ondernemersrisico niet zelf bepaald hebben maar dat overgenomen hebben van eiser, de onderaannemer. In zijn noot verbaast Herber zich terecht over de hantering van dat percentage, aangezien eiser een regulier staalvlechter was en anders dan in de zaak uit 2006 niet in staal handelde, dus weinig kennis van de staalmarkt aan te rekenen viel. Ik kom hieronder nog op dit thema terug.

(No.8) Dan zijn er drie vonnissen van rechtbanken te bespreken uit de periode 2007 tot 2009. Het is interessant om te zien hoe de burgerlijke rechter met ons onderwerp omgaat, hoewel sommige rechters ook als RvA-arbiter van zich hebben doen spreken. Dat maakt de vergelijking des te interessanter.

In de eerste zaak, die geleid heeft tot het vonnis Rb.'s-Gravenhage 1 aug. 2007, zoekt een hoofdaannemer verhaal voor gestegen staalprijzen met een beroep op paragraaf 47 UAV en op artikel 753 van Boek 7 BW.<sup>52</sup> De overeenkomst is van 3 oktober 2003, de aanneemsom was € 34,8 miljoen, prijsvast tot einde werk. Arbiters zijn van oordeel dat die laatste regeling niet in de weg staat aan een beroep op paragraaf 47 UAV, op een wijze die boven al ter sprake gekomen is, in par. 3.1. Ook kwam daarbij het thema van de relatie tussen artikel 753 van Boek 7 BW en paragraaf 47 UAV aan de orde, waarop de rechtbank ook is ingegaan. Het wordt van belang geacht dat partijen in hun overeenkomst een ondernemersrisico van 1% zijn overeengekomen. Aansluitend bij de benadering van Rijkswaterstaat die een grens van 2% hanteert, komt de rechtbank tot het standpunt dat in casu een prijsstijging van boven 1% voor vergoeding in aanmerking kan komen, hetgeen een bedrag van € 348.200,- is. De vorderingen die gebaseerd zijn op het zoeken van verhaal op opdrachtgever vanwege prijsstijgingen die door onderaannemers geclaimd zijn worden echter gekort met een risico van 10%, en leiden tot een bedrag van in totaal € 715.855. Na aftrek van 1% van de aanneemsom resteert dan € 367.655 aan schade voor de hoofdaannemer, welk bedrag toegewezen wordt.

(No.9) De Rotterdamse rechtbank heeft bij vonnis van 16 juli 2008 een aanpassing van staalprijzen te beoordelen met betrekking tot een overeenkomst die op 24 februari 2004 gesloten was (offerte van 3 oktober 2003).<sup>53</sup> De aanneemsom was € 177,8 miljoen; er was een risicoregeling overeengekomen met betrekking tot kosten van lonen, brandstoffen en bouwstoffen. De rechtbank vindt allereerst dat die regeling niet in de weg staat aan een beroep op paragraaf 47 UAV en bespreekt vervolgens de relatie tussen die paragraaf en artikel 258 van Boek 6 BW, op een wijze die boven al ter sprake is gekomen in par. 3.1. De slotsom is hierbij:

‘De rechtbank is derhalve van oordeel dat excessieve prijsstijgingen van staal omstandigheden kunnen opleveren 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. Relevant is in dit verband of bij de bepaling van de inschrijvingssom rekening moest worden gehouden met de mogelijkheid dat dergelijke prijsstijgingen zouden optreden. Zulks ligt niet in de rede in dien het prijsstijgingen betreft die door (experts in) de industrie niet op dat moment en/of in die mate werden verwacht en die buiten de marges van in het verleden opgetreden prijsfluctuaties vallen’. (ov. 3.12).

<sup>52</sup> LJN: BB9842, inzake winkelproject *Musiskwartier te Arnhem*, met B.C. Punt als president van de kamer.

<sup>53</sup> LJN: BD9020, *Saturn c.s. – Gem. Rotterdam*, inzake *RandstadRail-project*, met C. Bouwman als president van de kamer; *TBR* 2009/95, p.462, m.nt Herber. In die noot wordt ook besproken: RvA 19 febr. 2008, No.71.215, waarin ook van de 5%-norm uitgegaan wordt (zie boven no. 5).

Bij de beoordeling of een ‘surplus’, in de zin van ‘niet in de overeenkomst verdisconteerde kostenverhogende omstandigheden’, voldoet aan het criterium ‘aanzienlijk’ van paragraaf 47 UAV komt de rechtbank tot het oordeel dat dit het geval is bij een kostenverhoging van 5% of meer van de aanneemsom. Daarvoor vindt de rechtbank steun in de arbitrale jurisprudentie en literatuur. Een lager percentage acht de rechtbank ‘ongewenst’ en zij vervolgt:

‘Paragraaf 47 UAV 1989 biedt immers slechts een basis voor een extra vergoeding indien er sprake is van kostenstijgingen door niet verdisconteerde en niet tot het normale ondernemersrisico behorende omstandigheden die de kosten van het werk aanzienlijk verhogen. In de literatuur wordt aangenomen dat het woord aanzienlijk in relatie tot de kosten van het werk een signaal vormt dat bij de beoordeling of er reden is tot bijbetaling terughoudendheid geboden is. De rechtbank acht het hanteren van een hoger percentage dan 5 evenzeer ongewenst, nu de inschrijvende partijen daar op basis van de inhoud van het bestek en de bestaande jurisprudentie en literatuur ten tijde van de inschrijving niet op bedacht hoefden te zijn’. (ov.3.16)

Het moet tenslotte om concrete schade van de aannemer gaan; daarbij wordt aangenomen dat deze zich niet tevoren hoefde in te dekken tegen het risico van excessieve stijging van staalprijsen. Het overhevelen van dat risico op onderaannemers wordt afgewezen aangezien deze zich tegenover de aannemer eveneens op paragraaf 47 UAV kunnen beroepen. De rechtbank gelast een comparitie van partijen. Tegen dit tussenvonnis is hoger beroep ingesteld.

(No.10) De Rechtbank Amsterdam wordt een geval voorgelegd met betrekking tot een aannemingscombinatie die een brug bouwt voor een bedrag van € 8,7 miljoen waarbij stijgende staalprijsen weer parten spelen, dat leidt tot een vonnis van 15 april 2009.<sup>54</sup> De overeenkomst werd na een aanbesteding in september 2003, op 18 december 2003 gesloten; aannemer had daarin een eigen risico begroot op 4%. Hij komt in de problemen met het aantonen van de concrete kostenstijging van de verschillende staalproducten, de rechtbank wijst het beroep dat hierbij gedaan wordt op indexen af. Tenslotte is volgens de rechtbank een totaalbedrag van € 185.519,- aan prijsstijgingen aangetoond met betrekking tot constructiestaal en € 71.921,- voor betonstaal.

Oprachtgever had gesteld dat een ondernemersrisico van 20% gehanteerd moest worden vanwege de deskundigheid van de combinatie, hetgeen door de rechtbank afgewezen wordt: zij acht een risico van 10% redelijk en billijk onder de gegeven omstandigheden (ov. 4.9), en dat percentage wordt in mindering gebracht. Die omstandigheden werden eerder door haar omschreven als: een stijging van staalprijsen van een GWW 1995-index van 116,6 ten tijde van de aanbesteding naar 142,2 in maart 2004 en 159,4 in april 2004 toen nog een deel van het staal moest worden besteld. Over de deskundigheid van de combinatie zei de rechtbank dat zij bestaat uit bouwbedrijven die wel op grote schaal met staal bouwen en staal bewerken maar

‘dat maakt niet dat aan haar dezelfde kennis van de staalmarkt kan worden toegerekend als staalproducenten en –handelaren hebben, die zich nagenoeg uitsluitend met de prijs van staal bezighouden. Dat de Combinatie wist van de op handen zijnde excessieve staalprijsstijging is niet gebleken. Mogelijk circuleerden in de vakliteratuur al wel berichten over naderende prijsstijgingen, maar gesteld noch gebleken is dat de hier aan de orde zijnde excessieve prijsstijgingen tot uitdrukking kwamen in de prijsontwikkeling op dat moment, zodat niet kan worden gezegd dat de Combinatie daarmee rekening had kunnen of behoren te houden’(ov. 4.6).

<sup>54</sup> TBR 2009/148, *stalen brug*, m.nt. Herber, met J.M. Vrakking als voorzitter van de kamer.

Aan de aanzienlijkheid van de kostenverhoging worden door de rechtbank interessante beschouwingen gewijd. Opdrachtgever had gesteld dat een percentage van 5,6 % aangehouden diende te worden, maar dat wordt door de rechter niet overgenomen. Ik laat de overwegingen hier volgen:

14.11 (.....) ‘De rechtbank oordeelt als volgt. Noch in de jurisprudentie van de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven, noch in die van de burgerlijke rechter is op dit punt een vast criterium ontwikkeld. Dat, zoals de gemeente heeft betoogd, de kostenverhoging moet worden afgezet tegen de aanneemsom en dat deze ten minste 5,6 procent moet zijn, staat dan ook niet vast. Andere criteria, zoals de verhouding van de kostenverhoging tot de in de aanneemsom opgenomen risicopost of de verhouding daarvan tot een redelijke winstmarge, worden eveneens gehanteerd. De rechtbank is van oordeel dat evenals in andere gevallen waarin de rechtsverhoudingen tussen partijen door de redelijkheid en billijkheid worden beheerst de vraag moet worden beantwoord of in dit concrete geval – gelet op alle omstandigheden – de kostenverhoging van het werk aanzienlijk is.

4.12 De in deze zaak relevante omstandigheden luiden als volgt. Vast staat dat sprake is van een stalen brug die rust op landhoofden waarin weer een aanzienlijke hoeveelheid staal is verwerkt, zodat een stijging van de staalprijs al spoedig van invloed zal zijn op de kosten. Uit de hiervoor onder 2.10 genoemde brief van de Combinatie kan worden afgeleid dat de Combinatie een eigen risico van 4 procent over de koop van het staal heeft verdisconteerd, terwijl de daadwerkelijke prijsstijging een veelvoud daarvan heeft bedragen. Daar komt bij dat het werk openbaar is aanbesteed en dat de Combinatie daarop in concurrentie heeft ingeschreven, waarbij de Combinatie onbetwist heeft gesteld dat de marktomstandigheden ten tijde van de inschrijving zodanig waren dat er geen ruimte bestond om grote risicoposten op te nemen voor eventuele prijsstijgingen. De Combinatie wordt thans echter – gelet op de in 4.9 gehanteerde correctie voor het ondernemersrisico van 10 procent – geconfronteerd met een veel hogere risicopost. De aangetoonde prijsstijging bedraagt, met inachtneming van deze correctie, bovendien 2,66 procent van de aanneemsom, terwijl de Combinatie onbetwist heeft gesteld dat zij het werk met verlies zal afsluiten als de kostenverhoging niet aan haar zal worden vergoed. Met name deze laatste omstandigheid maakt dat de prijsstijging naar het oordeel van de rechtbank de kosten van het werk aanzienlijk heeft verhoogd zodat de aangetoonde kostenverhoging van EUR 231.696,- integraal voor vergoeding in aanmerking dient te komen.’

Het zal niet verbazen dat Herber, als voorstander van een harde norm van 5%, in zijn noot uiterst kritisch is over dit vonnis. Zoals ik hieronder hoop aan te tonen, ten onrechte.

#### 4.2 Conclusies ten aanzien van toepassing van het aanzienlijk-criterium van paragraaf 47 UAV 1989

Welke conclusies kunnen getrokken worden uit dit overzicht van de arbitrale en civielrechtelijke jurisprudentie ten aanzien van het criterium dat de prijsverhoging aanzienlijk moet zijn? In mijn analyse zal ik eerst het *ondernemersrisico* bespreken, plat gezegd is dat de *10%-norm* en is dat een harde norm? Mijn conclusie is dat het hier om een open norm gaat, een *vuistregel*, net zoals ik indertijd over de 5%-norm (in verhouding tot de aanneemsom) betoogd heb. Die 10%-norm moet steeds in het licht van de omstandigheden nader ingevuld, verfijnd worden, hetgeen tot een lager percentage, maar soms ook tot een hoger percentage kan leiden.

Wat zijn die omstandigheden? Om te beginnen de deskundigheid van de aannemer, zijn kennis van de staalmarkt (of bouwstoffenmarkt), en daarmee de voorzienbaarheid van de prijsstijgingen zoals die zich excessief ontwikkeld hebben. In het eerste vonnis, uit 2004, was de 10% gekoppeld aan de prijsstijgingen die reeds voor sluiting van de overeenkomst aan de gang waren, dus in zekere mate voorzienbaar waren. In appèl (no.2) leidt die voorzienbaarheid tot bijstelling van het percentage tot 20% vanwege een andere waardering van de omstandigheden door arbiters. Kortom, voor aanneming van 10% risico moet reeds sprake zijn van een mate van voorzienbaarheid van de excessieve prijsstijging. Dat blijkt uit

vonnis no.3, uit 2007, waarbij van minder voorzienbaarheid sprake was – de overeenkomst stamt van mei 2003, en niet van september of december 2003, zoals in de andere zaken – zodat het percentage op 7,5% gesteld wordt. In vonnis no.5 komen arbiters weer tot 10% omdat er al prijsstijgingen van 30 tot 40% plaats vonden met betrekking tot gasolie ten tijde van de sluiting van de overeenkomst, terwijl vanwege prijsstijgingen bij brandstoffen op zich reeds 10% een redelijk percentage is om te hanteren. In vonnis no.6 zien wij het percentage van 10% gebruikt bij staal op initiatief van de aannemer, geen wonder want de overeenkomst dateert van begin 2004 en dan is het prijzencircus al in beweging. Ook de opdrachtgever beroept zich op 10%, op grond van de arbitrale jurisprudentie. Als de schaal in vonnis 7 uit 2008 weer uitzwenkt naar 20% gebeurt dat op initiatief van de aannemer die zich richt op het vonnis van 29 augustus 2006 (vonnis no. 2). Ten onrechte, want de aannemer in kwestie was een eenvoudig staalvlechter en niet een typische speler op de staalmarkt.

De rechtbankvonnissen voegen hier betrekkelijk weinig aan toe. In vonnis 8, uit 2007, houdt de rechter zich aan de 1%-norm die partijen overeengekomen waren; tegenover onderaannemers wordt echter de 10%-norm gehanteerd, zonder verdere toelichting. Vonnis no. 10, uit 2009, daarentegen heeft meer te bieden. De aannemer had een 4%-norm aangevoerd, maar nagelaten om die te onderbouwen. De rechter aanvaardt de 10%-norm, en baseert die op de onverwachte enorme stijgingen van de staalprijs (de overeenkomst was van december 2003, aanbesteding van september 2003) gecombineerd met de beperkte kennis van de staalmarkt van de aannemingscombinatie als afnemer van die markt maar geen speler op de markt, kort gezegd. Ook hier is de 10% geen vanzelfsprekend percentage, maar een maatstaf die onderbouwd moet worden.<sup>55</sup>

Ik meen hiermee aangetoond te hebben dat de norm van 10% prijsstijging van bouwstoffen als ondernemersrisico slechts een *vuistregel* is en geen harde norm die direct toegepast kan worden, ongeacht de omstandigheden. Het behoeft geen betoog dat 20% een percentage is dat buiten het gangbare patroon past en enkel in bijzondere omstandigheden om toepassing vraagt.

Dan nu de vraag naar aanzienlijkheid als gebaseerd op een *percentage van de aanneemsom*, veelal als *5%-norm* geformuleerd. Ik loop de vonnissen op dezelfde wijze langs.

In het eerste vonnis uit 2004 wordt het percentage van 5,6 voor de onderaannemer toereikend geacht, maar ten aanzien van de aannemer is 1,7% te laag voor een beroep op aanzienlijke kostenstijging. In appèl, vonnis no.2 uit 2006, wordt het percentage voor de onderaannemer gesteld op 11% en ruim voldoende geacht, terwijl de hoofdaannemer die op 1,7% was blijven steken, toegelaten wordt om te bewijzen dat het alles tezamen om 3,17% gaat. Wij mogen aannemen, gezien het beginsel van proceseconomie, dat dit laatste percentage door arbiters toelaatbaar geacht wordt. In vonnis no.3 uit 2007 wordt het onderhavige percentage in het geheel niet gehanteerd. De kosten van prijsverhoging worden toegewezen voor een bedrag dat 4,05% van de aanneemsom blijkt te zijn.

In vonnis no. 4 eveneens uit 2007 wordt de zaak afgedaan op de werking van de indexeringsclausule, op weinig overtuigende wijze, en doet tenslotte de vaststelling dat slechts 1% in het geding was de deur dicht. Mijns inziens had bij een juiste beoordeling en uitleg van de indexeringsregeling de balans in het voordeel van de aannemer kunnen doorslaan (zie boven) bijvoorbeeld op grond van artikel 258 van Boek 6 BW (juncto artikel 248, beginsel van redelijkheid en billijkheid). Indien men op dat punt aarzeling heeft, zou een combinatie van factoren in het voordeel van aannemer kunnen werken, als compensatie voor het lage percentage van 1%. Het gaat nog steeds over een kwart miljoen euro aan kostenstijging,

<sup>55</sup> Ik liet de vonnissen 4 en 9 buiten beschouwing omdat deze kwestie zich daarbij niet voordeed.

terwijl de winst op het contract op 2% gezet kan worden, dus de helft van de winst is hier in het geding.

In vonnis no.5 wordt de winstverwachting, van 2%, uitdrukkelijk aan de orde gesteld, hetgeen zou corresponderen met een bruto winstmarge van 5%, waarbij belastingen, ondernemersrisico en algemene kosten inbegrepen zijn. Ik deel de verbazing van Herber in zijn noot dat voor die laatste categorie dus 3% overblijft. Een post van 10% AK is toch vrij gangbaar dacht ik, en dan hebben we het nog niet eens gehad over het ondernemersrisico en belastingen. Wij hebben het hier over de ‘staart’ van de offerte van de aannemer. Ik denk dat wij kunnen vaststellen dat de rechtbank niet zo sterk is in het maken van staartsommen.

Wat de lage winstmarge betreft is de bouw een geval apart; in de aanleg van technische installaties en constructies is het percentage aanzienlijk hoger, bij de exploitatiecontracten is een winstpercentage van 15% in mijn ervaring niet ongebruikelijk. In de schoonmaakbranche is de gebruikelijk winstmarge 5%. De 2% winst voor bouwcontracten, met een onbeperkt risico van de aannemer ten laste van zijn gehele vermogen – anders dan architecten en bouwkundig adviseurs – is al met al een marginale zaak. Voeg daar de corrigerende werking van sterke concurrentie bij de aanbesteding aan toe en het is duidelijk dat er voor aannemers weinig vlees aan het bot zit.<sup>56</sup> In tijden van overcapaciteit of economische neergang wordt dat alleen maar sterker; het onder de kostprijs inschrijven en hopen op meerwerk of claims is een internationaal al te bekend verschijnsel.<sup>57</sup> Het is bron van veel arbitrages en advieswerk, laat ik niet teveel mopperen.

Wat hiervan zij, ik heb moeite om de redenering van arbiters op dit punt te volgen. Ook is mij niet direct duidelijk wat de 5% bruto winst-marge, indien al juist, precies van doen heeft met de aanzienlijkheidsnorm bij kostenverhogende omstandigheden. In ieder geval is het bedrag aan gevorderde kostenstijging slechts 0,24% van de aanneemsom, dus toch al geen sterke zaak.

Vonnis no. 6 uit 2008 springt eruit omdat partijen een risico van 2% overeengekomen waren. Bij een prijsstijging van staal van 26,6% wordt na aftrek van 10% ondernemersrisico zonder dat er verdere bijzondere omstandigheden zijn, het percentage van 0,826% geen sterke kaart voor de aannemer. In vonnis no. 7 eveneens van 2008 speelt het onderhavige percentage geen rol voor arbiters en blijft het zelfs onvermeld in het vonnis. In het rechtbankvonnis van 2007, no. 8, staat een overeengekomen percentage van 1% centraal; het overschrijdende bedrag wordt toegewezen, na aftrek van 10%. In vonnis no.9 uit 2008 wordt de 5% strikt gehanteerd, met beroep op jurisprudentie en literatuur. Tenslotte het uitvoerige vonnis no. 10 van 2009 waarin de rechtbank aangeeft welke omstandigheden van belang zijn voor de vaststelling van het percentage: de omvang van de stijging tegenover het aangenomen eigen risico (4%), de openbare aanbesteding en concurrentie tussen inschrijvers waardoor geen hoge risicoposten opgenomen konden worden, het lijden van verlies op het project. Onder die omstandigheden acht de rechtbank een percentage van 2,66% toereikend en wijst de kostenverhoging integraal toe.

Wat leert ons dit overzicht? Er is om te beginnen geen sprake van de vaste hantering van 5% als harde norm. In twee zaken speelt de norm zelfs in het geheel geen rol (waarbij het in één ervan ging om 4,05%), in een derde zaak werd 3,17% voldoende geacht, in een vierde viel het weg onder de overeengekomen 1%-norm en in een vijfde geval was 2,66% voldoende. Het

---

<sup>56</sup> Dit is uiteraard een globale beschouwing; ik weet natuurlijk dat een grote aannemer ook op andere wijze aan winst kan komen. Het goed beheren van grote geldstromen tijdens de bouw is een onderdeel daarvan; ook kunnen onderhoudscontracten en exploitatieovereenkomsten heel lucratief zijn, et cetera.

<sup>57</sup> In de UK is een aantal jaren geleden een zware werkgroep ingesteld die met plannen gekomen is om in de bouw tot prijsverbetering te komen, die ingevoerd zijn en naar ik hoor succes hebben. De claimcultuur was daar dan ook geheel uit de hand gelopen.

gaat dus om de helft van de uitspraken. Dit komt overeen met het beeld van de rechtspraak van vóór 1998, het jaar van het onderzoek voor mijn preadvies Vereniging voor Bouwrecht, toen ook toepassing van 2% of 3% regelmatig voorkwam. Vandaar dat ik indertijd de 5% als *vuistregel* voorgesteld heb, en niet als harde norm (zie boven, par. 2.5).

Wanneer de 5%-maatstaf wél gebruikt wordt in de zojuist onderzochte rechtspraak, gebeurt dit zonder veel omwegen of met een beroep op jurisprudentie en literatuur. Wat het laatste betreft wordt in noten en commentaren doorgaans naar mijn preadvies uit 1998 verwezen, dat is dus *onjuist*, evenals het beroep dat arbiters of rechters daarop doen. Wat het beroep op de jurisprudentie betreft meen ik aangetoond te hebben dat dit eveneens *onjuist* is voor het afgelopen decennium, evenals voor de eraan voorafgaande decennia. Het beeld van de rechtspraak is veel genuanceerder, en geeft in ieder geval geen steun aan de gedachte dat hantering van een harde 5%-norm algemeen aanvaard is.

Nu wij ruim tien jaar verder en wijzer zijn, lijkt het mij verstandig om lering te trekken uit het afgelopen decennium. Ik zou mijn voorstel willen herformuleren en actualiseren, en kom dan tot risicopercentages van *2 tot 5%* wat de verhouding tot de aanneemsom betreft, en van *7 tot 10%* met betrekking tot de prijsstijging van het materiaal in kwestie. Dan wordt meteen duidelijk dat het klakkeloos toepassen van een percentage hierbij niet aan de orde is maar dat in het voorliggende geval die maatstaf nader geconcretiseerd moet worden, dat wil zeggen aan de hand van alle omstandigheden nader vastgesteld. Zoals in het laatste rechtbankvonnis, het Amsterdamse vonnis van 2009 op aanschouwelijke wijze gebeurde.

Een bijkomende voordeel van deze aanzienlijkheidsmaatstaven is dat aangesloten wordt op de gangbare winst-marge in de bouw van 2%. Dat zou betekenen dat in beginsel het risico voor de aannemer ophoudt wanneer de winstmarge overschreden wordt, dat wil zeggen, de winst ingeleverd wordt. Een voor de hand liggende tegenwerping zou zijn dat het toch niet zo kan zijn dat het uitgangspunt is dat een aannemer nooit met verlies hoeft werken. Dat is echter niet de consequentie van mijn standpunt: hij hoeft niet met verlies te werken als gevolg van hem niet toe te rekenen omstandigheden, te weten extreme prijsstijgingen van bouwmaterial (en andere omstandigheden die een beroep op paragraaf 47 UAV kunnen rechtvaardigen). Er blijven genoeg mogelijkheden over voor de aannemer om verlies op een contract te maken: calculatiefouten, mismanagement, uitvoeringsfouten, verkeerde selectie van bouwmaterial of onderaannemers, e.d. Maar dan heeft hij dat aan zichzelf te wijten, het normale ondernemersrisico dus.

Wanneer men mijn opvatting minder gelukkig vindt, bedenke men dat de lage winstmarge van slechts 2% hier de kern van alle problemen is. Indien dat bijvoorbeeld 15% zou zijn, zoals in de sfeer van installatiebouw en commerciële vervolcontracten voorkomt, zou de aannemer meer draagkracht en veerkracht hebben om zwaar weer bij de prijsontwikkeling te doorstaan. Wat hij er in het ene project op verliest kan hij met een ander project weer goedmaken (in een marktmodel waarbij de concurrentie niet tot een vertekend beeld leidt). Ik herinner mij dat toen in de jaren '70 en '80 de praktijk van opzetcontracten bij inschrijvingen aan de orde was, waarbij het maken van een opzet op de prijs door de inschrijvende aannemers gedaan werd om commercieel te overleven (vervolgens door de overheid geïnstitutionaliseerd, en daarna zoals bekend door Brussel verboden) in de staalconstructiebranche geen opzetten gemaakt werden. Ik heb mij altijd afgevraagd waarom dat daar anders ging; misschien had dat met de winstmarge te maken.

Mijn benadering van het aanzienlijkheids criterium heeft tot gevolg dat een eenvoudige *hard and fast rule* niet beschikbaar is, en de arbiter of rechter moet motiveren waarom het percentage in kwestie gebruikt wordt, bijvoorbeeld 5%, of 3%. Een goed voorbeeld daarvan is zoals gezegd het laatste vonnis, no. 10, van de Rechtbank Amsterdam, waarin met kracht van

argumenten beslist wordt dat een percentage van 2,66 toelaatbaar is. Nu heeft Herber, groot voorstander van een vaste norm van 5% (met abusievelijk een beroep op mijn preadvies) zware kritiek geuit op dat vonnis, hij was net zo blij met vonnissen waarbij de 5% omarmd leek te zijn (einde discussie, rechtszekerheid!) met het argument dat het lijden van verlies door de aannemer nooit een argument kan zijn. Dat zou alleen maar inschrijven tegen een te lage prijs aanmoedigen. Die kritiek lijkt mij niet overtuigend, omdat de rechter zich hier niet uitsluitend op de verliesfactor baseert, maar dat in combinatie met de overige omstandigheden doet (zie boven). Daarnaast, maar dit ten overvloede, zou het geen kwaad kunnen als de praktijk van op de laagste prijs werk gunnen door opdrachtgevers, als bron van veel kwaad, op deze wijze tegenwicht geboden wordt.

Toepassing van een rechtsregel op het beroep van een aannemer op kostenverhogende omstandigheden dat op de UAV gebaseerd is, vraagt net als bij het invoeren van de regel uit het BW om maatwerk, gezien de concrete omstandigheden. Het verheugt mij dat Boonstra in zijn eerder aangehaalde artikel uit 2008 van dezelfde opvatting uitgaat. Over het hanteren van die rechtsregel nog het volgende.

Normen dienen de mens, vaste normen de op vastigheid gerichte mens. Niets mis mee, zegt de Groninger. Maar dan, voor de ontwikkelde mens hoogstens als uitgangspunt, de *starting point of legal reasoning*, dat wil zeggen: als men op 2 tot 5% of hoger zit qua kostenverhoging, heeft men een sterke positie; zit men eronder, dan moet er veel uitgelegd worden, met een erbij behorend bewijs- en procesrisico. Dat geldt eveneens voor de eerder besproken 7 tot 10%-norm voor ondernemersrisico ten aanzien van de prijsstijging van de bouwstoffen. Dergelijke normen zijn van groot belang om richting te geven aan onderhandelingen tussen partijen.

Dit standpunt heeft ook consequenties voor de wijze waarop arbiters of rechters tot hun oordeel komen, de motivering van het vonnis. Het gaat niet aan om met een eenvoudig beroep op jurisprudentie en literatuur een norm van 5%, c.q. 10% ten tonele te voeren, een beroep dat naar ik meen aangetoond hebben bovendien zonder grond is. Indien een aanvullende motivering ontbreekt, is dat mijns inziens een motiveringsgebrek, waarvoor de mogelijkheid van vernietiging van het arbitraal vonnis open staat.<sup>58</sup>

Na afsluiting van dit artikel werd ik van bevriende zijde gewezen op een niet-gepubliceerd NAI-vonnis uit 2008 over gestegen staalprijzen dat uitstekend past in het door mij geschetste beeld van de jurisprudentie en de conclusies die ik daaruit getrokken heb.<sup>59</sup> Het gaat hierbij om een medio oktober 2003 gesloten contract als onderdeel van de aanleg Betuweroute (Spoor en Bovenleiding) voor een prijs van ca. € 104 miljoen; in het bestek was detailengineering opgenomen. Arbiters waren van oordeel dat de stijging van de staalprijzen met 22% in de periode december 2003 – maart 2004 niet te voorzien was; met een prijsstijging van staalproducten van 5% had de aannemer redelijkerwijze rekening kunnen houden, en dat percentage wordt op zijn claim in mindering gebracht. Het aanzienlijkheidscriterium wordt bepaald op 2% van de aanneemsom, als *het risico waarmee de aannemer normaliter rekening houdt*. De vastgestelde prijsstijgingen bedroegen in totaal € 2.440.952,-, hoger dus dan 2% aanneemsom: € 2.077.922,-, met het gevolg dat het eerste bedrag toegewezen wordt (excl. BTW). In de overeenkomst was een risicovoorziening van 0% opgenomen; bij wijzigingvoorstellen mocht volgens bestek 5,25% Algemene kosten, Winst en Risico in rekening gebracht worden. Arbiters wijzen de door aannemer gevorderde

<sup>58</sup> Ingevolge art. 1057 lid 4 sub *e*, jo. 1065 lid 1 sub *d* en *e* Rv. en de jurisprudentie daarover; vgl. Sanders, t.a.p., p.135 e.v. Zie ook art. 6 EVRM. Ik hoop in de nabije toekomst aan dit onderwerp een artikel te wijden, aangezien dit aspect naar mijn indruk in de praktijk van de bouw-arbitrage weinig bekendheid geniet.

<sup>59</sup> Vonnis van 11 juli 2008, NAI 3380, *Strukton c.s. / ProRail*, met B.C. Punt als voorzitter. Ik ben Bob van den Berg van ProRail erkentelijk voor het ter beschikking stellen van het vonnis.



verhoging met dat percentage af, aangezien het hier geen meerwerk betreft maar een nadeelcompensatie op grond van paragraaf 47 UAV.<sup>60</sup>

Ik merkte daarnet op dat dit vonnis zo goed past in het door mij ingenomen standpunt met betrekking tot de vergoeding van aanzienlijke kostenstijging. Met dit verschil, dat ik uitging van de 2% winstmarge, terwijl arbiters hier 2% risicomarge als grondslag nemen voor de grens waar ‘aanzienlijke’ kostenstijging begint. Twee zijden van dezelfde medaille, lijkt mij.

#### 4.3 De Westerscheldetunnel-zaak, RvA 18 juni 2009

De aanleg van de Westerscheldetunnel heeft tot vijf arbitrages geleid, waarvan één het beroep op paragraaf 47 UAV 1989 wegens de extreme stijging van materiaal- en loonkosten betrof, in appèl beslist bij vonnis van RvA 18 juni 2009.<sup>61</sup> Het was geboorde tunnel, Design & Construct uitgevoerd door een aannemerscombinatie voor een contractssom van ca. 490 miljoen euro.<sup>62</sup> Partijen hadden voor lonen en bouwstoffen een risicoregeling opgenomen waarin naar de door CBS vastgestelde indexreeksen verwezen werd (art. 31). Al tijdens de uitvoering van het werk, in november 2001, stelt de aannemer de discrepantie aan de orde tussen de werkelijke kostenstijgingen van lonen en beton/cement en de op grond van de risicoregeling artikel 31 verkregen vergoedingen. Naderhand wordt een KPMG-rapport overgelegd waarin dat verschil begroot wordt op in totaal ca. € 40 miljoen. Op grond van artikel 31 werd tussen partijen een bedrag van in totaal ca. € 86 miljoen afgerekend. In eerste instantie wordt de vordering tot bijbetaling door arbiters afgewezen.

In appèl komen arbiters tot eenzelfde oordeel. Het argument van aannemer dat de prijsontwikkeling door haar niet zou zijn voorzien en niet kon worden voorzien wordt verworpen omdat ‘de gevolgen van economische groei – hogere lonen en prijzen – juist zijn afgedekt door de risicoregeling van artikel 31 en dus wel zijn voorzien en verdisconteerd’ (ov. 9.3). De Raad vervolgt dan:

9.4 K. beklagt zich verder over een opwaartse druk op de markt omdat de Staat (grootaandeelhouder in de NV) – tezelfdertijd enkele andere grote infrastructurele werken deed aanbesteden, zoals de Betuwelijn en de Hogesnelheidslijn.

K. wist daar echter tijdig van, zoals ook blijkt uit haar brief van 19 juli 1995 (...), dus vóór de opdracht van het werk krachtens de overeenkomst van juni 2006.

K, kan dus reeds daarom niet volhouden dat deze marktsituatie voor haar onvoorzienbaar was.

9.5 Dit alles moet al tot het oordeel leiden dat het beroep op par. 47 UAV moet worden verworpen, en dat de grieven terzake falen.

Het door arbiters in overweging 9.3 gestelde, de risicoregeling die aan een beroep op paragraaf 47 UAV in de weg zou staan, is volkomen in strijd met de vaste jurisprudentie zoals

<sup>60</sup> Het hanteren van 5,25% voor AK, W en R door ProRail bij grote projecten zou de reden kunnen zijn waarom arbiters in het eerder besproken vonnis RvA 19 febr. 2008 (no. 5), met eveneens mr. Punt als voorzitter, de rekensom volgen dat voor 2% winst een ‘bruto marge’ van 5% nodig is.

<sup>61</sup> RvA 14 juni 2009, no. 71.315 (Geschil II), *Kombinatie Middenplaat Westerschelde VOF – NV Westerscheldetunnel*, TBR 2009/..., m.nt. S. Könemann, een appèlvonnis. Het vonnis waarvan beroep is: RvA 11 oktober 2007; ik vermeld hierbij dat ik als adviseur van de aannemer bij deze zaak in eerste instantie betrokken was.

<sup>62</sup> Bij het boren ging veel mis: op een diepte van ca. 60 m. onder waterniveau bleken zandlagen van tientallen miljoenen jaren oud zich anders te gedragen dan te verwachten was, met ernstige vervorming van de boorschilden tot gevolg. De aannemer trachtte de schade van ca. 28 miljoen euro op de opdrachtgever te verhalen met een beroep op paragraaf 47 UAV 1989. Bij appèlvonnis RvA 4 juli 2008 (Geschil IV), TBR/199, p.1052, m.nt. F.G. Horsting, werd de vordering afgewezen, o.m. vanwege een bestaan van een boorrisicoregeling in de overeenkomst (waarin nota bene een beroep op paragraaf 47 opgenomen was, zie ook boven). Bij deze procedures was ik eveneens als adviseur van aannemer betrokken. Voor een kritische bespreking van dit vonnis verwijs ik naar mijn bijdrage aan de Afscheidsbundel voor Matton van den Berg, KUB Tilburg, april 2010.

eerder besproken.<sup>63</sup> Iedere motivering ontbreekt waarom dat het geval zou zijn. De gevolgen van de economische groei, hogere lonen en prijzen, zijn juist *niet* ‘afgedekt’ door de indexeringsregeling. Zoals de Raad van Arbitrage het al in 1985 verwoordde en in 2004 herhaalde: ‘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’. Door dit te miskennen zijn appèlarbiters niet aan de vraag toegekomen of wellicht het falen van de risico- annex indexeringsregeling een beroep op kostenverhogende omstandigheden mogelijk zou maken.

Van groot belang hierbij is de vraag wat nu precies door partijen ‘afgedekt’ werd met de overeengekomen indexeringsregeling. De bouwcombinatie heeft naar voren gebracht dat de opdrachtgever (de Staat), blijkens een brief van mei 1995, uitging van ‘een werkelijke stijging in de periode 1992-1994 van ca. 2% en een verder mogelijke stijging in de komende jaren van eveneens 2%’. Het aanbod was op prijspeil 1992 gebaseerd. Nu wilde de bouwcombinatie het risico eigenlijk afkopen met een afkoopsom van 241 miljoen gulden; de Staat voelde daar niet voor, want op basis van 2% stijging in de komende jaren zou dat een vergoeding van 142,2 miljoen gulden zijn, zodat het prijsverrekeningsstelsel de voorkeur had. Over de te hanteren indices van die regeling waren partijen verdeeld; in mei 1996 schrijven aannemers aan de Staat: ‘Gezien de extreem lange periode verlopen tussen de oorspronkelijke aanbiedingsdatum en de vermoedelijke startdatum en vervolgens de ongewoon lange looptijd van de overeenkomst is een niet goed passende indexeringsregeling niet te aanvaarden’.<sup>64</sup> Op 29 juni 1996 wordt de overeenkomst gesloten, met de oplevering eind 2003.

Ik laat de overwegingen van arbiters in eerste aanleg over de wijze van omgaan met de indexeringsregeling, die in appèl overgenomen werd, rusten; dat is een onderwerp op zich. De bouwcombinatie heeft in appèl gesteld dat met betrekking tot lonen onder de contractindex € 45,9 miljoen verrekend is, terwijl op basis van de CBS GWW-loonsommenindex het bedrag € 28,3 miljoen hoger geweest zou zijn, dat is 5,77% van de aanneemsom. In plaats van de 2% stijging per jaar waarvan beide partijen zijn uitgegaan bij het sluiten van de overeenkomst ging het gemiddeld om 6,29% (44% over 7 jaar), dus ruim het drievoud.

Appèlarbiters nemen in een obiter dictum-overweging de zienswijze van arbiters in eerste aanleg over dat er afdoende feitelijke onderbouwing van de kostenstijging ontbreekt.<sup>65</sup> Van de loonkosten had meer dan 50% betrekking op Duitse werknemers, hetgeen onderbelicht gebleven is; het KPMG-rapport had betrekking op de kosten van de werknemers van de bouwcombinatie zelf. Ook had de bouwcombinatie zich tegen onderaannemers en leveranciers voor eventuele prijsrisico’s moeten indekken. De bouwcombinatie had de kostenstijging met behulp van een abstracte verrekeningsmethode berekend, en dat maakt het niet anders, oordelen arbiters. Ook is onduidelijk gebleven in hoever de kostenverhogingen van onderaannemers van de combinanten aan de bouwcombinatie doorberekend zijn, via de back-to-back clause, zoals ter zitting gebleken is. De combinanten hadden het werk voor ca. 50% in onderaanneming uitgevoerd. Dit geldt ook voor de overige onderaannemers die de bouwcombinatie later ingeschakeld heeft.

De vraag rijst wel, waarom bij de gesignaleerde onduidelijkheid geen bewijsopdracht gegeven kon worden, aangezien bewijs aangeboden was. Voor de afwijzing daarvan is geen

<sup>63</sup> Aldus ook Könemann in haar noot, maar zij ziet toch verzachtende omstandigheden. Zoals hieronder nog zal blijken, deel ik die laatste opvatting niet.

<sup>64</sup> Deze gegevens zijn ontleend aan de pleitnota van de advocaat van de bouwcombinatie, mr. Gerretsen, mij welwillend ter beschikking gesteld.

<sup>65</sup> Ov. 10.1, ‘Terzijde en ten overvloede’. In haar noot heeft Könemann terecht kritiek erop dat dit in een obiter dictum overwogen wordt. Het onderwerp is immers dragend voor een beslissing.

motivering te vinden. Dat geldt ook een belangrijke stelling van de bouwcombinatie, namelijk dat tijdens de uitvoering de opdrachtgever de bouwcombinatie gerust gesteld had dat de problemen van extreme loon- en prijsstijgingen ‘opgelost zouden worden’, in een VOTO-overleg (voeten-op-tafel-overleg).

De appèlarbiters wijzen ten slotte nog een beroep van de aannemer op dwaling af, op even weinig overtuigende wijze. Er zou geen sprake van dwaling zijn, gezien de risicoregeling die aanvaard werd. De dwaling zou niet verschoonbaar zijn en voor risico van de aannemer blijven, omdat ‘zij had kunnen nagaan of de door hemzelf voorgestelde CBS-indexreeksen voldoende aansloten op de aard van de overeenkomst. Kennelijk heeft zij dat ook gedaan, gezien de uitvoerige regeling zoals die is opgenomen in artikel 31 van de overeenkomst’ (ov.11.1). Dit heeft tot gevolg, concluderen arbiters, dat indien zij zich vergist, of gedwaald heeft, die dwaling niet verschoonbaar is en voor eigen risico komt.

De bouwcombinatie had ook gesteld dat haar dwaling niet in een toekomstige eigenschap lag maar in de omstandigheid dat de indexreeksen zouden voorzien in een redelijke en billijke compensatie voor loon- en prijsstijgingen en dat deze de daadwerkelijke marktontwikkelingen zouden weerspiegelen. Deze eigenschappen bleken zij niet te bezitten. Arbiters leggen dit terzijde met een opmerkelijke overweging:

‘Wat hiervan zij, als dit betoog al juist zou zijn gaat het naar het oordeel van appèlarbiters juist wel om een toekomstige omstandigheid, ten aanzien waarvan een beroep op dwaling is uitgesloten (6:228 lid 2 BW). Immers in dat geval zouden de indexreeksen nadien niet meer aan de verwachtingen van K. hebben voldaan, terwijl zij dat ten tijde van het afsluiten van de overeenkomst nog wel deden.

Appèlarbiters overwegen daarbij ook nog, dat een gekozen systeem (welk systeem dan ook) voor verrekening van loon- en prijsstijgingen nooit (vooraf) de garantie kan bieden dat het precies zal aansluiten bij loon- en prijsstijgingen, zoals die zich in de toekomst als gevolg van maatschappelijke en economische invloeden gaan ontwikkelen, zodat K., die zich dat gerealiseerd moet hebben, zich daarom niet op dwaling kan beroepen’ (ov.11.2)

Een aantal dingen valt hierbij op. Appèlarbiters doen voorkomen of de bouwcombinatie uit vrije wil de indexeringsregeling voorgesteld had, terwijl zoals gezegd zij liever een afkoopsom opgenomen zag, en partijen bovendien van mening verschilden over de te kiezen indexreeksen. Die afkoopsom is een illustratie van de aannemer die zijn ‘vrees gaat prijzen’; de opdrachtgever vond die prijs echter te hoog, wees afkoop van risico af en koos voor een indexering van lonen en prijzen. Overigens, ook in geval van een overeengekomen afkoopregeling staat een beroep op bijbetaling ex paragraaf 47 UAV open, volgens vaste jurisprudentie.

Opmerkelijk is ook dat arbiters het over niet ‘precies aansluiten’ bij de werkelijke loon- en prijsstijgingen van de gewraakte indexeringsregeling hebben, terwijl het gaat om een gat van ca.€ 40 miljoen, ruim 8% van de aanneemsom.

Wat de overweging van arbiters over de toekomstverwachting betreft, korter door de bocht en minder overtuigend kan haast niet: op die wijze zou nooit een beroep op dwaling kunnen slagen. Bij dwaling gaat het immers het altijd om omstandigheden die zich na sluiting van de overeenkomst, dus in de *toekomst* voordoen. Een beroep op dwaling over toekomstige omstandigheden kan wel degelijk relevant zijn, mits zij een grondslag vindt in feiten en omstandigheden die gelegen zijn in de situatie ten tijde van het sluiten van de overeenkomst. Vandaar dat artikel 228 lid 2 BW een dwalingsactie afwijst indien deze *uitsluitend* een toekomstige omstandigheid betreft. Het vervolg van dat lid is minstens zo interessant: ‘of die in verband met de aard van de overeenkomst, de in het verkeer geldende opvattingen of de omstandigheden van het geval voor rekening van de dwalende behoort te blijven’. Wij zien

hier dus alles terug dat bij de toepassing van *imprévision*- bepalingen, inclusief paragraaf 47 UAV van belang is en eerder besproken werd.

Arbiters hebben nagelaten om enige overweging hieraan te wijden, met als gevolg dat veel onder tafel gevallen is. De dwaling van de bouwcombinatie had allereerst betrekking op het functioneren van de indexeringsclausule, namelijk dat deze loon- en prijsstijgingen op een deugdelijke manier zou kunnen verwerken, dat wil zeggen, ook bij extreme stijgingen. Wij kwamen die problematiek hierboven tegen, hoe de buitenlandse rechters hiermee omgaan (in *ALCOA* en *Shell Française*).<sup>66</sup> Verder is de wijze van totstandkoming van die indexeringsregeling, die door mij zojuist beschreven werd, van groot belang, evenals de vraag hoe risico's volgens gebruiken in de bouw tussen partijen op redelijke wijze verdeeld moeten worden.

Ik zie af van een uitwerking van het dwalingsvraagstuk omdat dit buiten het bestek van dit artikel gaat.<sup>67</sup> Het bovenstaande kan in ieder geval de conclusie dragen dat appèlarbiters ook op het punt van afwijzing van het beroep op dwaling niet hebben kunnen overtuigen.

Het bestek kwam net ter sprake. Met deze Westerschelde-dissonant kom ik aan het einde van dit verhaal. Een verhaal dat zelf geen einde kent. Maar dat ligt aan de omstandigheden die nu eenmaal de neiging hebben veranderlijk te zijn. En soms kostenverhogend.

---

<sup>66</sup> Zie boven, par. 2.1. Vgl. ook in par. 4.1 het teleurstellende arbitrale vonnis No.4, en mijn opmerkingen daarover.

<sup>67</sup> Ik verwijs de geïnteresseerde lezer naar mijn *Verbintenissenrecht 1*, p.555 e.v. Voor de relatie tussen dwaling (met schadevergoeding ex art. 6:230 BW) en onvoorziene omstandigheden is het arrest *Luycks – Kroonenberg*, HR 28 november 1997, *NJ* 1998, 659, m.nt. WMK van groot belang, zie mijn boek op p.775 e.v.