

RvA nr. 32.640, 18 aug. 2011, Holterman Wapeningsstaal B.V. / Slokker Bouwgroep B.V. (kostenverhogende omstandigheden)

[.....]

Met noot J.M. van Dunné, Red.

NOOT

Kostenverhoging als gevolg van gestegen staalprijzen; aanpassing van de overeenkomst, ook in geval van dalende staalprijzen? Par. 47 UAV; art. 6:258 BW

Inleiding

1. Het geschil van partijen dat tot dit arbitrale vonnis heeft geleid is een variant op het thema van aanpassing van een bouwovereenkomst als gevolg van gestegen staalprijzen, hetgeen in het bouwrecht bekend staat als ‘kostenverhogende omstandigheden’ (par. 47 UAV), en in het algemene contractenrecht als ‘onvoorziene omstandigheden’ (art. 6:258 BW; ik laat art. 7:753 BW, als *trait d’union*, hier rusten). In beide gevallen gaat het om *gewijzigde* omstandigheden, die van zo’n ernstige aard zijn dat het in samenwerking met de redelijkheid en billijkheid (alias: goede trouw) zou zijn om de overeenkomst ongewijzigd in stand te laten.

Dit thema behoort al enige jaren tot de spraakmakende onderwerpen in het bouwrecht, waaraan deze auteur al enkele malen een bijdrage heeft mogen leveren. Vandaar de uitnodiging van de redactie om dit vonnis van een noot te voorzien, hetgeen helaas enige tijd geduurd heeft als gevolg van onvoorziene drukke omstandigheden. Maar terzake, wat komt hier zoal aan de orde? In deze zaak werden partijen overvallen door een extreme stijging van de staalprijzen nadat zij medio 2007 een (raam)overeenkomst gesloten hadden, tot zover niets bijzonders, althans die situatie heeft vaker tot jurisprudentie geleid, de afgelopen jaren. Wat nieuw is aan deze casus, is dat partijen na een jaar (in 2008) een overeenkomst sluiten om het hoofd te bieden aan het probleem van de gestegen staalprijzen en vervolgens met een *daling* van die prijzen geconfronteerd worden. Dat hadden zij niet voorzien, maar belangrijker nog, daarvoor hadden zij geen voorziening in hun tweede overeenkomst opgenomen en nu doet de vraag zich voor of die overeenkomst aangepast kan worden, op grond van de gewijzigde omstandigheden. En hoe staat het dan met de eerste overeenkomst, blijft die ongewijzigd? Een kleine complicatie is, dat partijen een dergelijke wijziging, in welke richting dan ook, in beide overeenkomsten uitdrukkelijk uitgesloten hadden, in algemene termen, respectievelijk met vermelding van de artikelen in kwestie. Wat daarvan te denken?

Arbiters krijgen die vraag voorgelegd, aanpassing of handhaving van het contract?, maar ook de kwestie van de beëindiging ervan door middel van diverse acties: ontbinding wegens wanprestatie, vernietiging op grond van dwaling en misbruik van omstandigheden, nietigheid wegens strijd met de wet, e.d. Een verdere complicatie is dat hier van twee overeenkomsten sprake is, gesloten voorafgaand en tijdens de staalprijzenstijging, waarbij de eerste overeenkomst een *raam*overeenkomst was, die nog niet geheel uitgevoerd was. Niet alleen het verleden, ook de toekomst van de contractspartijen was dus in het geding.

Bij mijn bespreking van het bovenstaande vonnis zal ik op de hier genoemde onderwerpen ingaan, waarbij het vooral gaat om de contractsvrijheid van partijen, de ruimte die zij hebben om een passende regeling voor onvoorziene omstandigheden te treffen, en de ruimte die wetgever (UAV of BW) hun daartoe geeft. Anders dan zij dachten, kan art.6:258 BW inzake

onvoorzien omstandigheden niet uitgesloten worden, de vraag is of dat erg is. Welke grenzen worden in dat artikel gesteld? Iets anders nog, de tweede overeenkomst die partijen gesloten hebben is als een vaststellingsovereenkomst gekwalificeerd, maar hadden zij niet beter een aanpassingsclausule kunnen overeenkomen, zoals de zogenaamde *hardship clause*?

De casus en het oordeel van arbiters

2. Het feitencomplex is behoorlijk complex, ik ga dat niet in detail weergeven maar beperk mij tot de hoofdlijnen. De lezer wordt gevraagd om van de weergave van de feiten in het vonnis kennis te nemen, of die erop na te slaan bij hetgeen hier volgt, indien nodig.

De partijen, Holterman Wapeningsstaal B.V. (verder: 'leverancier') en Slokker Bouwgroep B.V. (verder: 'aannemer'), hebben op 7 juli 2007 een raamovereenkomst gesloten met betrekking tot het leveren en installeren van betonstaal in 5 aan aannemer opgedragen en/of op te dragen projecten in Amsterdam IJburg. Daarbij is bepaald (art. 2) dat de aanneemsom vastgesteld wordt op grond van de definitieve werkzaamheden/leveringen, verrekend tegen de in de overeenkomst opgenomen verrekenprijzen, die vast zijn tot aan het einde van het werk. Daarbij geldt dat "per project een projectovereenkomst gemaakt wordt, met een benaderde aanneemsom." De verrekenprijzen voor levering en installatie € 1.108,- per ton voor de onderbouw en € 1.208,- voor de bovenbouw. In totaal was met de raamovereenkomst een bedrag van ca. € 3,3 miljoen gemoeid.

Hoe was het gegaan met de staalprijzen? Ten tijde van het sluiten van deze raamovereenkomst was de basisprijs van staal € 830,- terwijl de Grymafer, de index die de ontwikkeling van staalprijzen aangeeft toen op 565 stond. Bij de hier volgende schets van de ontwikkelingen zal ik volstaan met het aangeven van de Grymafer, in combinatie met het percentage van de basisprijs in juli 2007.

Bij de eerste levering, oktober 2007 stond de Grymafer op 505 (89%), waarna de prijzen gingen stijgen: in april 2008 was de Grymafer 775 (137%). Partijen kwamen in gesprek over een nadere overeenkomst op 29 mei 2008, die op 8 juli 2008 tot stand gekomen is; in juni was de Grymafer tot 983 (174%) gestegen, in juli daalde dat licht tot 935 (165%).

Wat hield die tweede overeenkomst in, hoe gingen partijen met de sterke stijging van de staalprijs om? Zij zijn het volgende overeengekomen, hetgeen later in de arbitrage centraal zal staan:

"Door bijbetaling van € 440,- per ton op het project Amsterdam IJburg 156 woningen blok 26, worden onderstaande projecten uitgesloten van een prijsbijstelling. Deze bijbetaling is gebaseerd op het verwerken van 1135 ton staal. Bij meer verbruik zullen de reeds overeengekomen prijzen blijven gelden met bijbetaling van € 0,44 cent/kilo met een maximale overschrijding van 100 ton. Hierbij zullen de geldende dagprijzen berekend worden en conform de GRYMafer index worden verrekend. Bij minder verbruik, zal een eenmalige uitkering plaats vinden, welke ervoor zorg draagt dat er een vergoeding van totaal € 500.000,- ontstaat.

Deze overeenkomst geldt alleen voor onderstaande projecten en sluit verder beroep op paragraaf 47 van de UAV en 7:753 BW, 6:228 BW en 6:258 BW uit, tevens zijn partijen overeengekomen dat de onderaannemer door ondertekening van deze overeenkomst afziet van alle aanspraken op bijbetaling als gevolg van alle kosten verhogende omstandigheden c.q. onvoorziene omstandigheden die verhoging van de contractprijs tot gevolg heeft c.q. kan hebben, voor genoemde projecten [uit]."

De projecten die hier genoemd worden zijn de 5 projecten van de raamovereenkomst uit 2007, alsook 3 andere.

Dan gaat de staalprijs, die in juli 2008 al licht gedaald was, nog sterker dalen: in augustus 2008 is de Grymafer 870 (154%) en in september 2008 is dat 730 (129%). Daarna zet het zakken van de prijs door; bij de laatste levering, in september 2009, is de Grymafer 450 (80%) geworden, en daarmee onder de basisprijs van juli 2007 gekomen, toen de raamovereenkomst gesloten werd. De marktprijs van alle leveringen was toen € 1.848.790,- en de door de leverancier (Holterman Wapeningsstaal) ontvangen prijs bedroeg € 1.742.611,-. Het werkelijke verlies van de leverancier is daarmee € 106.179,-.

Wanneer de arbitrage begonnen wordt, april 2011, staat de Grymafer op 547, hoger dan bij de laatste levering van september 2009 (450), en iets lager dan aan het begin, juli 2007 (565). Het werk heeft stilgestaan, het project waarop de prijsbijstelling zou worden verrekend is nog niet aan aannemer (Slokker Bouwgroep) opgedragen. De laatste wil niet aan de nadere overeenkomst van juli 2008 gehouden worden terwijl de wederpartij, de leverancier, daar anders over denkt, en in arbitrage gaat.

De leverancier vordert nakoming van de nadere overeenkomst van juli 2008, met als gevolg dat wanneer het project 156 woningen te Amsterdam IJburg blok 26 geen doorgang zal vinden zij recht heeft op betaling van € 500.000,-. Ten aanzien van dat project eist zij eveneens dat zij door de aannemer aan de leverancier met een termijn van 6 weken te kennen geeft wanneer het project van start gaat, met het oog op de voorbereiding.

De aannemer vordert daarentegen de ontbinding van de overeenkomst van juli 2008, evenals de raamovereenkomst van juli 2007 met betrekking tot het project, op grond van onder meer onvoorziene omstandigheden. Verder eist zij vernietiging van de juli 2008 overeenkomst, evenals de raamovereenkomst van juli 2007 met betrekking tot het project, op grond van dwaling, misbruik van omstandigheden en strijd met de redelijkheid en billijkheid.

In haar verweer neemt aannemer het standpunt in dat in de raamovereenkomst geen verrekening van prijzen was afgesproken. De stelling dat de leverancier geen verlies geleden zou hebben wordt door arbiters verworpen; zij stellen dat verlies vast op € 106.180,-, een verlies dat groter zou zijn geweest indien de staalprijs verder gestegen zou zijn, in plaats van gedaald.

3. Arbiters wijzen de eis tot ontbinding van de raamovereenkomst en van de nadere overeenkomst af, ik laat dat verder rusten. De dwalingsactie ondergaat eenzelfde lot, aangezien bij aannemer geen sprake is van een onjuiste voorstelling van zaken, de mogelijkheid van bijbetaling is bekend vanwege par. 47 UAV. Interessant is nog de overweging van arbiters dat aannemer ook zelf over Grymafer beschikt en daardoor in staat was om zelf de juiste afweging te maken en niet afhankelijk was van de leverancier om haar voor te lichten (ov.21). Ik kom hieronder nog op dit punt terug, in verband met de waarschuwingsplicht van par. 47 UAV.

Het beroep op misbruik van omstandigheden wordt door arbiters eveneens afgewezen, terecht, aannemer was immers met de aanpassing in de vorm van de nadere overeenkomst akkoord gegaan, terwijl van een zwakke positie niet gebleken was, noch dat zij onder druk gezet was door de leverancier.

Bij het aan de orde stellen van de problematiek van kostenverhogende/onvoorziene omstandigheden gaan arbiters eerst na wat het karakter van de nadere overeenkomst van juli 2008 is. Zij kwalificeren die als een *vaststellingsovereenkomst*, want aangeaan ter beëindiging of ter voorkoming van onzekerheid of geschil wat er tussen hen rechtens geldt, in de formulering van art. 7:900 BW. Dit wordt door arbiters toegespitst op de vaststelling van een vergoeding van € 500.000,-, hoewel de leverancier haar mogelijk nadeel toen becijferd had op ruim € 850.000,-. Hier valt het nodige op af te dingen, maar ik houd mijn commentaar

nog even aan, en zal eerst weergeven tot welke oplossing arbiters komen ten aanzien van het *imprévision*-vraagstuk.

Arbiters gaan dan over tot bespreking van de in de overeenkomst van juli 2008 uitgesloten artikelen die aanpassing van het contract mogelijk maken. Daarbij valt par. 47 UAV af, omdat het hier niet over *prijsstijgingen* gaat maar *-dalingen*, en art. 7:753 BW is niet van toepassing omdat het betrekking heeft op ‘prijsaanpassing door de aannemer, degene die het werk moet uitvoeren’. Volgens arbiters gaat dat hier niet op, omdat ‘aannemer in het onderhavige geval degene is die de werkzaamheden heeft opgedragen’. Dit is niet te volgen: in de overeenkomst van juli 2008 is de leverancier die het betonstaal ook installeert immers de aannemer, terwijl hier sprake is van onder-aanneming, met als opdrachtgever de hoofd-aannemer. In de overeenkomst van juli 2008 wordt de leverancier nota bene met ‘onder-aannemer’ aangeduid.

4. Er vloeit in elk geval geen bloed uit, want arbiters komen dan toe aan art. 6:258 BW, dat hier van toepassing is, en zijn terecht van oordeel dat dit een dwingendrechtelijk artikel is waarvan partijen geen afstand kunnen doen bij contract. Bij de behandeling van het beroep op dit artikel door aannemer laten arbiters zich leiden door het vonnis RvA 19 februari 2009, no. 71.215, met de daarin gehanteerde regel “die grofweg erop neerkomt dat een stijging van meer dan 5% kan leiden tot prijsaanpassing”. Als spiegelbeeld geldt hier volgens arbiters dat “het redelijk is indien er bij een prijsdaling een vergelijkbare mogelijkheid open staat”.

Bij de uitwerking hiervan laten arbiters zich leiden door de volgende gezichtspunten: de *prijsstijging* die in juli 2008 voor partijen de aanleiding vormde om tot prijsverhoging over te gaan waren relatief minder dan de *prijstdalingen* die nadien zijn opgetreden. Bij die nadere overeenkomst hadden partijen uitsluitend een voorziening voor prijsstijging genomen, een aanzienlijke *prijstdaling* was in de overeenkomst niet voorzien. In het najaar van 2009, toen het prijspeil was gedaald tot 80% van de oorspronkelijke prijs was sprake van onvoorziene omstandigheden in de zin van art. 6: 258 BW. Dat wil zeggen, stellen arbiters op juiste wijze, omstandigheden. ‘waarin de overeenkomst niet voorziet’ en van dien aard zijn dat de ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst naar maatstaven aanzien van redelijkheid en billijkheid niet verwacht mag worden. Het verzoek daartoe van aannemer werd door de leverancier eind december 2009 ten onrechte afgewezen, oordelen arbiters, waarbij de laatste nakoming van de raamovereenkomst en de nadere overeenkomst gevorderd had.

Dit brengt arbiters tot de beslissing dat de vaststellingsovereenkomst van juli 2008 geheel ontbonden moet worden, zij het dat zij aanleiding zien om aan die ontbinding ‘voorwaarden te stellen als bedoeld in art. 6:260 BW’. Daartoe overwegen zij dat de leverancier een verlies geleden heeft van ruim een ton. Partijen zijn bij het sluiten van de vaststellingsovereenkomst ervan uitgegaan dat de staalprijzen verder zouden stijgen en hebben daarbij slechts voorzien in compensatie van € 500.000,-, terwijl de leverancier het meerdere voor haar rekening zou nemen. Dat wordt vervolgens zo uitgelegd: “Ook voor de bereidheid om dit commerciële risico te lopen, verdient de leverancier enige compensatie”, in redelijkheid vast te stellen op een ton. Daarmee wordt de ‘voorwaarde’ die verbonden wordt aan ontbinding van de vaststellingsovereenkomst dat aannemer aan de leverancier een bedrag van € 200.000,- vergoedt.

Arbiters hebben de raamovereenkomst van juli 2007 in stand gelaten. Zij zijn van oordeel dat de vordering van de leverancier om tijdig op de hoogte gehouden te worden van de datum waarop het restant van die overeenkomst tot uitvoering zal komen gegrond is, zij het zonder toekenning van de gevorderde dwangsom (omdat aannemer ook daarbij belang heeft).

Tenslotte geven arbiters nog aan waarom de raamovereenkomst niet ontbonden wordt: zij kunnen geen uitspraak doen over het prijspeil van staal in de toekomst; het prijspeil van april 2011 wijkt niet zodanig af van het oorspronkelijke prijspeil in juli 2007 dat er op voorhand al reden is om ook die overeenkomst te wijzigen of ontbinden” (ov. 40).

Kanttekeningen bij het vonnis van arbiters

5. De *imprévision* –problematiek is in de onderhavige zaak nog iets ingewikkelder dan hij gewoonlijk al is doordat partijen een tweede overeenkomst gesloten hadden, waarin zij dachten op de gewijzigde omstandigheden ingespeeld te hebben, maar zij werden door de ontwikkelingen ingehaald, en wel in tegengestelde richting. De prijzen van staal bleken niet verder omhoog te gaan, maar juist omlaag, en aanzienlijk omlaag. Een variant op het thema, maar wel met een paar verdere complicaties.

Ik zou allereerst naar de karakterisering van de tweede overeenkomst, van juli 2008, willen kijken, als een ‘vaststellingsovereenkomst’. Die vlag blijkt de lading niet geheel te dekken, of is zo’n ‘goedkope’ vlag dat alle ladingen erdoor gedekt kunnen worden – een beeldspraak die de maritieme praktijk dacht ik goed weergeeft, maar dat terzijde. De vraag is namelijk, welke onzekerheid of dreigend geschil partijen trachtten op te heffen door middel van deze ‘vaststellingsovereenkomst’, wat stelden zij nu eigenlijk vast? En welke uitgangspunten hanteerden zij eigenlijk bij dat ‘vaststellen’? Partijen gingen ervan uit dat zij in hun overeenkomst van 2007 vaste prijzen overeengekomen waren, arbiters stellen zelfs dat de aannemer die prijzen had kunnen afdwingen (ov.22). Dat is niet juist. In de 2007-overeenkomst was weliswaar opgenomen dat de verrekenprijzen vast zijn en geen verrekening van lonen en prijzen plaatsvindt, maar wanneer par. 47 UAV niet *uitdrukkelijk* uitgesloten wordt, blijft die bepaling van toepassing en staat een beroep op kostenverhogende omstandigheden dus open. Aldus de vaste de jurisprudentie, waarover recent Matton van den Berg in zijn noot onder Hof Den Haag 15-3-2011, inzake *Musiskwartier*, TBR 2011/200. Daar komt nog bij dat art. 6:258 BW van dwingend recht is en niet door partijen uitgesloten kon worden door middel van een prijsvast-beding.

Een dergelijke ‘onzekerheid’ bestond er dus niet voor partijen, om met een vaststellingsovereenkomst te bestrijden. Maar wat wel? Partijen zagen de staalprijs stijgen, en wilde daarvoor een regeling treffen, om de zaak in de hand te houden: € 440,- per ton bijbetalen, en niet meer, en met een *cap* van € 500.000,-. Dat dicht-timmeren wordt met behulp van uitsluiting van par. 47 UAV (nu wél *uitdrukkelijk*) en art. 6:258 BW (zonder zin) gedaan. Arbiters wijzen er hierbij op, om het vaststellingskarakter te benadrukken, dat de leverancier genoeg nam met een vergoeding van max. € 500.000,-, hoewel zij ‘haar mogelijke nadeel’ op ruim € 850.000,- had becijferd. Ik kan dat niet geheel volgen, subsidiair ben daar niet van onder de indruk: geen zinnig mens kan voorspellen hoever de prijsstijgingen zullen gaan. Er was trouwens al net een daling ingezet toen partijen hun tweede overeenkomst op 8 juli 2008 tekenden. Koffiedik kijken, dus, en dat vaststellen heeft iets onwerkelijks.

Ik denk dat wij hier beter van een ‘aanvullende overeenkomst’ kunnen spreken, waarin partijen een vervolg gegeven hebben op hun eerdere overeenkomst, een leemte ingevuld hebben, uitgewerkt hebben. Belangrijker dan de vorm is hier – zoals zo vaak – de inhoud. Wat partijen beoogden te regelen vanwege de stijgende staalprijs die hen *peu nerveux* maakte, hebben zij wel hoogst onhandig gedaan. Behalve dat de nieuwe overeenkomst even rammelend was op het punt van uitsluiting van aanpassingsartikelen als de vorige (maar op andere wijze), hadden zij beter een aanpassingsclausule kunnen overeenkomen, een zogenaamde *hardship clause*. Deze heeft als kenmerk dat partijen onder bepaalde, ruim omschreven omstandigheden, overeenkomen om bijeen te komen en te gaan

heronderhandelen, als vereiste van de goede trouw. Dat kan men nog aanvullen met regels over de te volgen procedure, de assistentie van een derde (de *third party intervener*), e.d. Ik heb daar elders over geschreven, waarnaar ik verwijs (zie mijn Preadvies Ver.v.BR 1998, p.87 e.v. en mijn *Verbintenissenrecht, Deel 1*, 5^e dr., 2004, p.780 e.v.).

6. Nu partijen het niet over die boeg gegooid hebben, confronteren zij arbiters met een weinig doorzichtige nadere overeenkomst van juli 2008. Dat arbiters die overeenkomst met behulp van het *imprévision*-artikel 6:258 BW ontbinden op grond van omstandigheden waarvoor in die overeenkomst geen voorziening getroffen was (in de ambtelijke taal van de wetgever), namelijk d alende in plaats van stijgende staalprijzen, is interessant. De wijze waarop aan die ontbinding voorwaarden verbonden worden (ex art. 6:260 BW) is echter hoogst merkwaardig. De leverancier had nakoming van de 2008-overeenkomst gevorderd, in het bijzonder om het bedrag van € 500.000,- te toucheren. Daarin slaagt zij ten dele, arbiters gaan niet tot het eind mee, maar nemen toch dat bedrag serieus en passen daar een matiging op toe, tot ca. € 100.000,-. Met het vastgestelde verlies dat de leverancier op het contract had geleden, van ruim € 100.000,-, wordt in totaal het bedrag van € 200.000,- als schadeloosstelling toegewezen.

Wat hiervan te denken? Arbiters lijken het bedrag van € 500.000,- als een soort minimumgarantie te beschouwen: de leverancier stelt eenvoudigweg dat in het geval het project 156 woningen te Amsterdam IJburg blok 26 ‘geen doorgang zal vinden, zij recht heeft op betaling van € 500.000,-. Daarmee wordt het risico dat het project niet doorgaat door de leverancier/onder-aannemer geheel op de (hoofd-)aannemer/opdrachtgever gelegd, die dat project nog niet verkregen had. En dat voor een groot bedrag, terwijl dat uitsluitend bedoeld was als een *cap* voor de bijbetalingsregeling: wanneer de staalprijs astronomisch zou stijgen, zou de leverancier nooit meer dan € 500.000,- bijbetaald krijgen onder de overeengekomen prijsregeling. Ik heb wel eens betoogd dat de aannemer niet gezien moet worden als de verzekeraar van zijn opdrachtgever, en dus niet met alle, ook buitensporige risico’s opgezadeld mag worden. In de onderhavige zaak is van het spiegelbeeld sprake, in dit onderaannemingscontract wordt de opdrachtgever (hoofd-aannemer) als een verzekeraar gezien en opgezadeld met alle risico’s van de aannemer (hier: onder-aannemer). Dat lijkt te mooi om waar te zijn. Ik gaf al eerder aan dat de leverancier hierbij ook beloond wordt voor commercieel koffiedik kijken (‘het had ook € 850.000,- geweest kunnen zijn’, wanneer de teller van de bijbetalingsregeling gestopt zou zijn).

Het standpunt van arbiters staat haaks op wat zij elders in hun vonnis zeggen, wanneer een argument gegeven wordt waarom de raamovereenkomst (2007) níet ontbonden moet worden: er kan immers geen uitspraak over het prijspeil in de toekomst gedaan worden en bovendien is de staalprijs dan (medio 2011) alweer bijna terug bij af, juli 2007 (ov. 40). Dat arbiters verwachten dat de raamovereenkomst nog verder uitgevoerd gaat worden, of kan gaan worden, blijkt uit de toewijzing van de vordering van de leverancier om tijdig op de hoogte gesteld te worden van de datum van uitvoering van het restant van die overeenkomst (ov. 37).

7. Een tweede punt van verwondering is de wijze waarop arbiters de leverancier geheel schadeloosstellen voor zijn verlies van ruim een ton op de staalleveranties. Dit is wel heel kort door de bocht, er wordt daarbij geen enkele rekening gehouden met het risico dat zij loopt in dit contract. In het eerder aangehaalde arrest Hof Den Haag 15 maart 2011 wordt het ‘normale ondernemersrisico’ op 10% van de begrote staalprijzen bepaald, hetgeen ‘op de te betalen vergoeding voor de prijsstijgingen in mindering gebracht dient te worden’ (ov. 2.2). Dat is ook de vaste jurisprudentie van de Raad van Arbitrage voor de Bouw. Een goed voorbeeld is het geval van beroep op kostenverhogende omstandigheden wegens de extreem lage

waterstand in de Rijn in 1976, waar de aannemer zijn kosten: stagnatie bij aanvoer van materialen (slechts halve belading was mogelijk) en prijsstijgingen (laagwatertoeslag) vergoed kreeg, maar met aftrek van zijn ondernemersrisico (RvA 1981, BR 1981, p.869, zie daarvoor, en de overeenkomstige visie van de burgerlijke rechter, mijn Preadvies Ver.v. Bouwrecht 1998 over Onvoorziene omstandigheden, pp. 128 e.v.; 69 e .v.). Zo gaan wij met risicoverdeling om, in het contractenrecht, in en buiten de bouw.

8. Dan nog een opmerking over de wijze van toepassing van art.6:258 BW, over welke risico's het gaat. Het valt allereerst op dat arbiters op soepele wijze omgaan met de criteria voor aanpassing van het contract, alsof zij met par. 47 UAV van doen hebben, elders door hen in combinatie met de 5%-norm ('grofweg') genoemd. Dat is andere koek dan wat veelal te berde gebracht wordt over de toepassing van art. 6:258 BW door de burgerlijke rechter, waarbij sommige schrijvers nog de 50% -norm voorstaan, waarmee zij helpen om het artikel tot een dode letter te maken. De benadering van arbiters is terecht, beide artikelen zijn communicerende vaten: in art. 6:258 wordt immers verwezen, behalve naar de 'redelijkheid en billijkheid' in lid 1 naar de 'aard van de overeenkomst of de verkeersopvattingen' in lid 2, waarmee behalve par. 47 UAV ook het gewoonterecht in de bouw in beeld komt. Op grond daarvan wordt bij de aanpassing van bouwovereenkomsten wegens onvoorziene ('kostenverhogende') omstandigheden regelmatig een vuistregel van 5% gehanteerd. Een vuistregel die ik in mijn genoemde Preadvies van 1998 geïntroduceerd zou hebben, zegt men. Dat lag genuanceerder, met marges er omheen, zoals bij een vuistregel betaamt, maar belangrijker is dat ik in een recentere analyse van de bouwrecht jurisprudentie tot een *vuistregel van 2 tot 5%* gekomen ben, maar dat kwartje is nog niet gevallen (zie mijn artikel in dit blad 'Over staalprijzen en zo', TBR 2010/86, 2010/106). Dat percentage betreft overigens de verhouding tot de aanneemsom, voor de prijsstijging van het materiaal in kwestie heb ik *7 tot 10%* genoemd (zie conclusies, p.592).

Ik noemde daarnet de 'verkeersopvatting' als bron van rechtsnormen, naast de aard van de overeenkomst, in de visie van de BW-wetgever. De gang van zaken in de bouw: hoe men als fatsoenlijke contractspartijen met elkaar omgaat, doen wat je behoort te doen, wil je niet de risée van de bouwwereld worden. Wij hebben het hier over het 'gebruik', een van de algemene rechtsbronnen die wij kennen maar die bij veel juristen naar mijn indruk uit het bewustzijn is weggevallen. Ik wees er elders op dat De Grooth in zijn NJV-preadvies uit 1951 over dit onderwerp, dat de inspiratie vormde voor de opstellers van de UAV 1968, het gebruik in de bouw benadrukt heeft dat abnormale risico's ten laste van de aanbesteder worden gebracht, en niet de aannemer, terwijl dat bovendien billijk gevonden wordt (zie mijn TBR-artikel, p.484).

9. Dit is geen gratuite opmerking, het houdt in dat de zienswijze van arbiters in het hier besproken vonnis dat de aannemer zich op de onverkorte nakoming van het vaste prijzen-beding in de overeenkomst van 2007 had kunnen beroepen (ov. 22) niet in overeenstemming met het geldende recht is.

Arbiters hebben zichzelf daarmee op het verkeerde been gezet, en het is geen toeval dat zij vervolgens tot ontbinding van de overeenkomst van 2008 zijn overgegaan (met schadevergoeding), alsof dat de enige mogelijkheid was. Naast ontbinding is echter *aanpassing* van de overeenkomst mogelijk, de 'ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst' die redelijkerwijze niet verwacht mag worden, lid 2 spreekt expliciet van 'wijziging of ontbinding'. De aanpassing van de overeenkomst is het *raison d'être* van art. 6:258 (evenals van het zuster-artikel 7:753; in par. 47 UAV gaat het zelfs enkel om bijbetaling).

Maar hoe hadden arbiters dat dan moeten doen? In de lange voorgeschiedenis van *imprévision* spraken tegenstanders ervan dat de rechter ‘niet op de stoel van partijen mag gaan zitten’, dat wil zeggen naar eigen goeddunken de overeenkomst een potje gaan aanpassen. Een rechter die geen commerciële figuur is, twee linker handen heeft op dat gebied en de markt meestal niet kent (uitzonderingen zijn dan ook legendarisch, zoals President Reuder in het Rotterdam van de jaren '70). Dit geldt nog sterker in het onderhavige geval, met een raamovereenkomst die nog niet geheel is uitgevoerd (met name niet ten aanzien van het project in Amsterdam IJburg, dat centraal staat in de arbitrage) en staalprijsontwikkelingen die nog volop in beweging zijn.

Wat kunnen arbiters (rechters) dan wél doen? Terug naar de basis, zou ik zeggen, doen wat redelijke partijen eerder hadden moeten doen: een her-onderhandelingsclausule, een *hardship clause*, in het contract aanbrengen. In veel Algemene Voorwaarden is dit gewoon in het *imprévision*-artikel opgenomen. Aldus moeten partijen terug naar de onderhandelingstafel, en het is raadzaam dat arbiters ter voorbereiding daarvan de extreme kanten van de eisen over en weer terugsnoeien, *Mickey Mouse*-claims terzijde stellen. De ‘Reken-je-rijk’-claims, zoals in casu het beroep dat de leverancier deed op de *cap* van € 500.000,-, of het beroep op ‘vaste prijs = vaste prijs’ van de tegenpartij. De partijen met beide benen op de grond zetten en laten heronderhandelen. Zoals Reuder vroeger partijen in kort geding de gang op stuurde om tot een schikking te komen, en daarbij dreigend zei dat als het niet zou lukken ‘zij allebei van onder uit de zak zouden krijgen’. De combinatie van ‘litigation’ en ‘mediation’, die schering en inslag horen te zijn. Dat gebeurt nog steeds zo in Rotterdam, ik hoorde laatst van een president die tegen een partij zei dat als hij niet over 20 minuten failliet wilde zijn, maar beter nu tot een vergelijk kon komen met de tegenpartij. Dat werkt wel.

Er zijn mooie voorbeelden van de ‘*go hence and settle!*’-benadering in de jurisprudentie, zoals de *Bijenkorf II*-zaak van het Hof Amsterdam in 1982, en in het buitenland: *EDF – Shell Française* van het Hof Parijs in 1976 en in de U.S.A. de zaak *In re Westinghouse Electric Corp. Uranium Contracts Litigation*, 1978 (zie mijn *Verbintenissenrecht 1* voor vindplaatsen). De laatste arresten illustreren ook dat de rechter de heronderhandelingen begeleidt door een ‘observateur’ of ‘settlement master’ te benoemen. Dat kunnen arbiters (en rechters) in ons land natuurlijk ook doen, of partijen een derde laten benoemen voor dat doel, waarmee zij de *third party intervener clause* in het contract aanbrengen. In FIDIC-bouwcontracten is dat geïnstitutionaliseerd door *adjudication* voor te schrijven, voorafgaand aan eventuele arbitrage. In Engelse bouwcontracten, bijvoorbeeld DOM/2 voor onderaanneming, staat meestal al de naam van de adjudicator ingevuld, of de benoemende instantie.

Een arbiter of rechter kan aldus de aanpassing van een overeenkomst doen door de partijen zelf aan het werk te zetten, dat kan op de informele wijze als net beschreven, maar ook door middel van een tussenvonnis. Dat laatste is altijd al het vehikel voor partijen om tot een schikking te komen. Ik pleit andermaal voor een ruimer gebruik van de hier besproken figuur in de arbitrale en gewone rechtspraak.

Een bijkomend voordeel is, dat het risico voor het naar waarde schatten van toekomstige ontwikkelingen bij partijen zelf gelegd wordt, dan hoeft de arbiter of rechter zijn vingers daar niet aan te branden. De toekomst voorspellen blijft immers lastig, het stijgen en dalen van prijzen. Zo heb ik zelf eens meegemaakt in een arbitrage waarbij partijen (beide wereldspelers) tot een schikking gebracht waren en het eens moesten worden over sterk dalende vrachttarieven bij internationaal vervoer om de gedeelde winst te bepalen van een containeropslag-overeenkomst die beëindigd was maar nog 13 jaar te gaan had, een half jaar

ná de schikking met ontwakende reuzen in China en India geconfronteerd werden, met vervolgens een ongekende *boom* in containervervoer, en dus vrachttarieven. Het kan verkeren.

10. Tot slot nog een kanttekening bij een onderdeel van par. 47 UAV waarbij het gebruik in de bouw een rol speelt: de *waarschuwingsplicht* van lid 3. Ik doe dat naar aanleiding van het eerder aangehaalde arrest Hof Den Haag van 15 maart 2011, *Musiskwartier*, met de noot van Matton van den Berg in dit blad, waarbij ik het met zowel het hof als de annotator volkomen oneens ben. Volgens lid 3 van par. 47 UAV, evenals van art.7:753 BW (dat bij het hof voorlag), dient de aannemer die een beroep doet op bijbetaling wegens kostenverhogende omstandigheden de opdrachtgever *schriftelijk* in kennis te stellen van zijn voornemen, en wel *zo spoedig mogelijk*. Het Hof Den Haag heeft dat vereiste in alle gestrengheid toegepast: dat de aannemer wel de directie verwittigd had (die verzuimd had dit aan de opdrachtgever door te geven) mocht niet baten: de opdrachtgever had rechtstreeks in kennis gesteld moeten worden. Dat moet vanwege de ratio van het artikel, namelijk dat de opdrachtgever nog in de mogelijkheid gesteld wordt om de overeenkomst op te zeggen, hetzij een voorstel tot beperking of vereenvoudiging van het werk te doen, en dat alles om te voorkomen dat hij in financiële problemen geraakt. Mijn bezwaar hiertegen is allereerst de gekunsteldheid van de redenering, het ging hier om een bouwsom van ruim 34 miljoen Euro en een professionele opdrachtgever (Multi Veste) met dito directie (ABC Management). Bij het in financiële problemen komen van de opdrachtgever als gevolg van gestegen staalprijzen die de onderaannemer, en vervolgens de aannemer wil doorberekenen kan men dus al vraagtekens zetten, net zoals bij de onmogelijkheid om bezuinigingen op onderdelen door te voeren om binnen het budget te blijven. Dan heb ik het nog niet eens over de minderwerk-opdracht die opgelegd kan worden.

Belangrijker is echter dat het hier om een professionele opdrachtgever gaat, die de geluiden over de stijging van de staalprijs even goed uit de markt kan opvangen als de hoofdaannemer. Dan is het mij liever wat de arbiters in de hier besproken zaak zeiden over de kennis met betrekking tot de Grymafer index, die bij de opdrachtgever net zo goed aanwezig was als bij de aannemer, als professionele spelers (ov. 21). Als het om een leek als opdrachtgever gaat, en een klein bouwproject, bijvoorbeeld een woonhuis, kan dat natuurlijk anders liggen (maar dat zal geen UAV-contract zijn).

11. Het verbaast dat annotator Matton van den Berg de gestrengte toepassing van de waarschuwingsplicht door het Hof Den Haag onderschrijft. In mijn Preadvies uit 1998, eerder genoemd, heb ik bepleit om het vereiste van schriftelijke waarschuwing terzijde te stellen, met een beroep op de rechtspraak van de Raad van Arbitrage en literatuur (p.117 e.v.). In de periode 1977-1982 legde de RvA een beroep op schending van de waarschuwingsplicht regelmatig terzijde, niet alleen wanneer de opdrachtgever uit andere hoofde bekend was met de onvoorziene omstandigheden, maar ook wegens strijd met de goede trouw, bijvoorbeeld wanneer slechts mondeling gewaarschuwd was of een verwachting gewekt was dat bijbetaling zou volgen. Indien een aannemer een professionele directie schriftelijk waarschuwt, valt dat toch onder dezelfde categorie. Het gaat hier over een formaliteit, en dergelijke formele eisen horen in het huidige contractenrecht niet thuis, en zeker niet in die van de bouwpraktijk, waar men zaken met elkaar doet op mondelinge basis, en op vertrouwen. Een anomalie is ook dat volgens de dwingende regel van art. 6:258 BW, voor bijbetaling geen waarschuwingsplicht geldt. Het is jammer dat men van het Haagse arrest niet in cassatie gegaan is. Ik heb begrepen dat het cassatie-advies indertijd negatief was, het zal niet verbazen dat ik hier anders over denk.

Daarmee zijn wij aan het eind gekomen van deze noot, bij een arbitraal vonnis dat aantoont dat de problematiek van bijbetaling bij kostenverhogende omstandigheden nog niet zo eenvoudig is en tot verbazingwekkende beslissingen kan leiden.

J.M. van Dunné