

In: Monika A.B. Chao-Duivis (en M.A. van Wijngaarden), *Verantwoordelijkheid van de aannemer/leverancier voor bouwstoffen en hulpmiddelen. Onvoorziene omstandigheden, Serie Bouw- en Aanbestedingsrecht*, nr. 17, 2016, *Voorwoord*

Voorwoord

J.M. van Dunné

Het kostte weinig nadenken om de uitnodiging van de auteur te aanvaarden om een Voorwoord te schrijven bij dit deel van de Serie Bouw- en aanbestedingsrecht. Een oude Serie, door Maarten van Wijngaarden in de jaren '80 van de vorige eeuw begonnen en intussen een vaste plaats in het bouwrecht verkregen, die nu in een nieuw jasje en een nieuwe opzet verschijnt. Gebleven is de doelstelling zoals te kennen uit het Voorwoord bij het eerste deel in 1983: “de behandeling van de belangrijkste onderwerpen uit het bouwrecht in deeltjes van beperkte omvang, doch tamelijk uitputtend”. Die omvang is, met de ontwikkeling van het bouwrecht, gestaag toegenomen, zelfs zozeer dat de onderwerpen van dit deel uit het oorspronkelijke deel (nr. 15) gelicht zijn en in een apart deel werden ondergebracht, nr. 17. De vorige druk dateert van 2006, ook al van dezelfde bewerker, Monika Chao, en dit alles toont aan welke ontwikkelingen het bouwrecht in theorie en praktijk heeft doorgemaakt in het afgelopen decennium. Die onderwerpen, de aansprakelijkheid van de aannemer voor bouwstoffen en de onvoorziene omstandigheden, maakten het ingaan op het verzoek om een Voorwoord te schrijven heel aantrekkelijk: beide onderwerpen liggen mij als bouwrecht-civilist zeer na aan het hart. Over het laatste onderwerp heb ik na mijn preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht in 1998 nog veel geschreven, in de periode daarvoor was dat het geval met de aansprakelijkheid voor bouwstoffen - mijn eerste artikel in *Bouwrecht* was al daaraan gewijd, in 1978. Tenslotte speelden nog mee, de persoon van de bewerker die ook in dit deel haar bekende degelijkheid heeft laten zien, maar ook de nieuwe omslag die de huidige uitgever aan de serie gegeven heeft met een iconisch beeld van Rotterdam als bouwstad. Wanneer men dit vergelijkt met de bouwwerken op de omslag van de eerste druk van de serie realiseert men zich welke dynamische ontwikkelingen zich op dit terrein hebben afgespeeld in de afgelopen tijd.

Dat geldt ook het bouwrecht zelf, daarover enkele opmerkingen als introductie bij dit deel van de Serie. Beide onderwerpen van dit deel, aansprakelijkheid voor bouwstoffen en onvoorziene omstandigheden, hebben op het eerste gezicht weinig met elkaar te maken. Maar dat is slechts schijn. Voor ik dat ga toelichten, eerst een aanloop in meer brede zin. Eén van de factoren die de sterke ontwikkeling van het bouwrecht, in omvang en diepte, teweeg gebracht hebben is de relatie tot het algemene verbintenissenrecht, en wel het contractenrecht en het aansprakelijkheidsrecht. Op die terreinen is heel veel gebeurd de laatste decennia, zowel in wetgeving als jurisprudentie. Het Nieuw BW is hier de blikvanger, bij beide onderwerpen van dit deel heeft dat wetboek sporen getrokken: voor de onvoorziene omstandigheden noem ik slechts art. 6:258 BW waarbij de strijd die in 1926 ontstond tussen de Hoge Raad en de rest van rechtsgeleerd Nederland over aanvaarding van *imprévision* beslecht werd.

Aanneming van werk is een bijzondere overeenkomst en de relatie met het algemene verbintenissenrecht is daarmee een gegeven. Niet alleen is dat het geval, die inbedding vormt ook een verrijking voor het bouwrecht, de bouwrechtjurist (m/v) kan daarmee zijn voordeel doen. Dan moet men dat rechtsgebied niet als een eiland zien, met eigen juridisch jargon ontleend aan gangbare algemene voorwaarden, zoals de UAV (“kostenverhoging”, die “aanzienlijk” moet zijn en tot “bijbetaling” kan leiden, e.d.). Wanneer blijkt dat de wettelijke regeling van dwingend recht is, met een andere terminologie (en dus andere inhoud?), dan is Leiden in last - of een andere, traditionele plaats.

De daarnet genoemde wetsbepaling, art. 6:258 BW, gebruikt de “redelijkheid en billijkheid” als norm, de goede trouw in moderne snit, maar ook de begrippen “aard van de overeenkomst” en de “verkeersopvatting” (“de in het verkeer geldende opvattingen”, voluit). Dit zijn drie rechtsfiguren die ook voor de bouwovereenkomst van wezenlijk belang zijn. Voor partijen in de bouw is dat eigenlijk vanzelfsprekend, het ligt hun in de mond bestorven, zij het in hun eigen taal: “zo gaan we niet met elkaar om in de bouw”, “ik mocht daarop toch vertrouwen”. Zodra echter het geschil juridisch wordt, dreigen die grondgedachten verloren te gaan en vervangen te worden door de rechtskundige terminologie en redeneringen. Ik kom dadelijk nog erop terug hoe dit bij veranderde omstandigheden toepassing vindt, maar wil er eerst op wijzen dat bij aansprakelijkheid voor bouwstoffen dezelfde rechtsbegrippen een rol spelen: de aard van de overeenkomst, de verkeersopvatting en de redelijkheid. Dat bepaalde de Hoge Raad al in 1968 in het *Fokker vliegtuigvleugel*-arrest en vond zijn neerslag in het Nieuwe BW, art. 6:77. Minstens zo belangrijk (en doorgaans over het hoofd gezien) was dat de Hoge Raad toen ook oordeelde dat het al of niet verzekerd zijn tegen een bepaald risico van belang is voor de vraag welke partij dat risico heeft te dragen (als uitvloeisel van toepassing van de drie rechtsnormen). De kern van dit alles is dat de vaststelling van de risico's van partijen, de toedeling ervan aan een bepaalde partij, een kwestie van uitleg is, volgens de hoogste rechter. Omdat daarbij van normen gebruik gemaakt wordt, gaat het hier om normatieve uitleg (uitleg naar redelijkheid en billijkheid, ‘Haviltexen’ dus, op basis van het gewekte vertrouwen over en weer). Hierbij helpt het inzicht dat met de term ‘overeenkomst’ niet alleen het document aangeduid wordt, maar ook de *rechtsverhouding* van partijen. Uitleg van het eerste (het ‘contract’) is slechts een onderdeel van het laatste, de vaststelling daarvan gaat dus veel verder dan de tekst die opgesteld werd door partijen.

Deze benadering - nu weer terug naar het andere onderwerp - is niet anders bij de onvoorziene omstandigheden. Artikel 6:258 BW werkt, als gezegd, met dezelfde drie rechtsbegrippen, alle als norm op te vatten. De “redelijkheid en billijkheid” is uiteraard een norm, bij de andere twee is dat iets ingewikkelder. Het ‘gebruik’ is van oudsher een rechtsbron, in het *Algemeen Deel* van Scholten wordt daaraan veel aandacht gegeven. Bij een bepaalde soort overeenkomst, zoals aanneming van werk, speelt de aard van die overeenkomst een rol (een “resultaatsverbintenis”): de opvattingen die in het (handels-)verkeer erover bestaan zijn van betekenis voor de uitleg van de overeenkomst. Dus ook voor de toerekening van het risico van gewijzigde omstandigheden, de staalprijs vliegt omhoog vanwege hoogconjunctuur: komt dat voor rekening van de aannemer of van de opdrachtgever?

Die vraag wordt intussen niet gemakkelijker wanneer de rechter of arbiter te maken heeft met een contractsbepaling (zoals par. 47 UAV 2012/1989) tegenover een wetsbepaling van dwingend recht (art. 6:258 BW), geflankeerd door de bijzondere bepaling van art. 7:753 BW, voor het bouwrecht geschreven. In dit deel van de Serie komt die problematiek uitvoerig aan de orde, bij de Regelingen (Hfdst. 3) en de Rechtspraak (Hfdst. 4). Dat is een heel boeiende materie, door Monika Chao goed in beeld gebracht, en ook heel illustratief voor hetgeen ik

hier probeer te zeggen over de verknochtheid van het bouwrecht met het algemene verbintenissenrecht. Twee voorbeelden.

Het eerste heeft betrekking op het leggen van de grens: wanneer is de werking van onvoorziene (in de betekenis van: gewijzigde) omstandigheden zo groot dat een beroep op aanpassing van de overeenkomst, c.q. bijbetaling gerechtvaardigd is? De maatstaf is hier de redelijkheid en billijkheid (BW) of het ‘aanzienlijk’ zijn van de kostenstijging (UAV). Maar wat zegt dat nu eigenlijk?

Op het laatste terrein heeft de rechtspraak (zowel van de RvA als de rechtbanken) bij toepassing van par. 47 UAV 1989 de afgelopen decennia zijn weg gezocht, hetgeen uitgemond is in “de 5%-regel”. Ik heb dat ooit als een “vuistregel” aangeduid (overigens van 2 tot 5%) die in de rechtspraak aanvaard werd. In de voorliggende druk is de ontwikkeling van de afgelopen 10 jaar weergegeven, in doctrine en rechtspraak. Het deed mij deugd dat het Hof Den Haag in 2012 heeft bepaald dat de “5%-regel” een open norm is die nader ingevuld moet worden aan de hand van de omstandigheden van het geval (arrest van 31 jan. 2012, inzake Saturn; Rb. Rotterdam heeft dat gedaan en bij vonnis van 19 sept. 2012 het beroep op par. 47 afgewezen). Het gaat mij er hier om dat dit een voorbeeld is van de werking van de aard van de overeenkomst, de in die branche gangbare opvattingen en een redelijke toerekening van risico’s.

Hoe verhoudt zich dit nu tot toepassing van de wettelijke bepaling op dit terrein, art. 6:258 BW? De aansluiting van het bouwrecht op het contractenrecht van Boek 6, op dit punt dwingend voorgeschreven door de wetgever, is niet zonder gevaren. Indien men zich richt op de gangbare opvatting dat dit artikel met “grote terughoudendheid” gehanteerd moet worden, waardoor het sinds de invoering vrijwel niet is toegepast, kan de gedachte postvatten dat er een zeer hoge drempel aangebracht moet worden voor een beroep op aanpassing van de overeenkomst bij gewijzigde omstandigheden. Een gedachte waarvoor in de Asser-serie steun gevonden kan worden. Aldus oordeelde ook de Raad van Arbitrage in zijn uitspraak van 16 februari 2016 in een staalprijszaak. Indien men zich echter door lid 2 van het artikel laat leiden, met de verwijzing naar de aard van de overeenkomst en de verkeersopvatting, kan het bestaande gebruik bij aanneming van werk in beeld komen, waar al jaar en dag een lage drempel gehanteerd wordt, die tot de “5%-regel” geleid heeft (als open norm). Daarvoor is bovendien steun te vinden bij de Toelichting van de wetgever (uit 1976) op het artikel: niet alleen wordt daar zoals bekend de ‘terughoudendheid’ genoemd, opvallend is dat als voorbeelden van aanpassing van een overeenkomst gegeven worden de “schaarste van grondstoffen (bij koop, import)” en de “invloed van geldontwaarding”. Dat maakt aansluiting bij de bouwrechtelijke rechtspraak van de afgelopen halve eeuw tot een gangbare weg. De ‘terughoudendheid’ is immers een algemene opwekking van de wetgever aan de rechter wanneer van toepassing van de norm van redelijkheid en billijkheid sprake is, in algemene artikelen (6:2 en 6:248 BW) en bijzondere, zoals de matiging van boetebedingen (art. 6:94 BW). Niets aan de hand, dus. “Het is niet alle dagen Kermis” (met gratis schieten), wil de wetgever maar zeggen. Het was overigens ook bedoeld als verdediging van de NBW-wetgever tegen alle kritiek in die tijd tegen Boek 6, met zijn vloed aan ‘vage normen’.

Daarmee kom ik tot een afronding. De betekenis van de norm van redelijkheid en billijkheid (goede trouw) is een aardig eindpunt. Indien men zich afvraagt wat het bouwrecht met zo’n vage (want ‘open’) norm te maken heeft is daar het voorbeeld van het moderne bouwcontract NEC3 (New Engineering Contract-3), in de U.K. ontstaan en aan een opmars bezig in Europa en Azië, waarin een plaats is ingeruimd voor *good faith* als overkoepelend beginsel bij het vaststelling van de verplichtingen van partijen tegenover elkaar.

Tegen die achtergrond spreek ik de verwachting uit dat dit Deel 17 van de SBA-Serie zijn weg in de bouwpraktijk zal vinden.

Rotterdam, september 2016

Jan van Dunné