

Nieuwe staalcrisis: de lakmoesproef voor § 47 UAV 1989?

door Mr. W. Boonstra¹

Honger naar ruw materiaal zoals ijzererts, cokes en schroot met name vanuit China en India en de alsmaar stijgende olieprijs – met als gevolg hogere transportkosten – zijn de belangrijkste oorzaken van de recente forse prijsstijgingen van ijzer en staal in Europa.² Hoe werkt § 47 UAV thans wanneer de aannemer de uit deze prijsstijgingen voortvloeiende kostenverhoging wil doorberekenen aan de opdrachtgever?

1. Inleiding

Het afgelopen jaar zijn de ijzer- en staalprijsen explosief gaan stijgen, hetgeen zich volgens het

CBS vanaf maart 2008 heeft voorgedaan.³ Opdrachtgevers die vóórdien hebben gecontracteerd onder de UAV 1989 voor een vaste aanneemsom en daarbij al dan niet een risicoregeling zijn overeengekomen, kunnen geconfronteerd worden met aanspraken op bijbetaling van aannemers. De betreffende werken zullen grotendeels nog in de uitvoeringsfase zijn, zodat de verwachting gerechtvaardigd is dat binnen afzienbare tijd ter zake nieuwe procedures aanhangig zullen worden gemaakt. Sinds de vorige staalcrisis heeft de Raad van Arbitrage voor de Bouw niet stilgezeten. Opvallend is verder dat ook de burgerlijke rechter zich recent heeft uitgelaten over de doorberekening van staalprijsstijgingen op basis van § 47 UAV.

1. Mr. W. (Wouter) Boonstra is advocaat bij CMS Derks Star Busmann N.V. te Arnhem en werkzaam binnen de praktijkgroep Vastgoed & Overheid. De auteur dankt mr. R.J. Kwaak voor zijn waardevolle commentaar op een eerdere versie van dit artikel.
2. Daarbij speelt ook de krappe havencapaciteit in Europa een prijsopdrijvende rol. Zie o.a. Th. Leoné, 'Krappe havencapaciteit jaagt prijzen van staal op', *Cobouw*, 26 augustus 2008, p. 1.
3. Zie www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/prijzen en bijvoorbeeld Th. Leoné, 'Recordprijzen voor metalen ijzer en staal', *Cobouw*, 2 september 2008, p. 6.

Hieronder wordt de huidige stand van zaken besproken met betrekking tot de toepassing van § 47 UAV en welke gevolgen die toepassing heeft. Daarbij zal de vraag worden beantwoord of de vanaf maart 2008 optredende explosieve stijging van de ijzer- en staalprijs kwalificeert als een omstandigheid van dien aard dat bij het vóórdien tot stand komen van een overeenkomst geen rekening behoeft te worden gehouden met de kans dat zij zich zou voordoen.

2. De criteria van § 47 UAV

Wanneer kan de aannemer met een beroep op § 47 UAV aanspraak maken op bijbetaling als de prijzen zijn gestegen? Er moeten kostenverhogende omstandigheden zijn ingetreden, aldus § 47 lid 2 UAV. Over deze omstandigheden moet de aannemer zo spoedig mogelijk de opdrachtgever schriftelijk inlichten (§ 47 lid 3 UAV). Van kostenverhogende omstandigheden is sprake, indien is voldaan aan de volgende drie criteria: (i) de omstandigheden moeten van dien aard zijn dat bij de totstandkoming van de overeenkomst geen rekening behoeft te worden gehouden met de kans dat zij zich zouden voordoen; (ii) de omstandigheden kunnen de aannemer niet worden toegerekend en (iii) de omstandigheden verhogen de kosten van het werk aanzienlijk (§ 47 lid 1 UAV).

Het tweede criterium geeft in de praktijk niet zoveel moeilijkheden. De andere twee criteria krijgen evenwel de nodige aandacht in de (arbitrale) rechtspraak.

2.1 *Het aanzienlijkheidsvereiste: Raad van Arbitrage*

De afgelopen vier jaren is nieuwe rechtspraak verschenen over de uitleg van met name het aanzienlijkheidsvereiste in verband met prijsstijgingen van bouwstoffen. De vonnissen van de Raad van Arbitrage waren tot kort geleden weinig consistent op dit punt. Inmiddels lijkt de Raad een vast criterium te hebben aangenomen voor de vraag wanneer sprake is van een aanzienlijke kostenverhoging.⁴ De Raad beantwoordt deze vraag tegenwoordig namelijk door onvoorziene prijsstijgingen uit te drukken in een percentage

van de aanneemsom en het oordeel over het aanzienlijkheidsvereiste af te laten hangen van de hoogte van dat percentage.⁵ Deze aanpak, waarbij de (extreme) prijsstijging van een product wordt gerelateerd aan de aanneemsom, past binnen de tekst van § 47 lid 1 UAV. Immers, volgens die tekst moeten de omstandigheden c.q. prijsstijgingen de kosten van *het werk* aanzienlijk verhogen.

Voor zover mij bekend heeft de Raad van Arbitrage in zijn vonnis van 11 december 1985 (*BR* 1986, p. 251) voor de eerste keer expliciet geoordeeld dat de kostenverhoging aanzienlijk is als deze een bepaald percentage van de aanneemsom is, in dit geval 5% van de aanneemsom. Deze 'tweede oliecrisis-zaak' maakt ook duidelijk dat die uitleg van § 47 UAV vervelende consequenties kan hebben voor de hoofdaannemer. De onderaannemer had in deze zaak recht op bijbetaling door de hoofdaannemer (de prijsstijging was groter dan 5% van de onderaanneemsom). Echter, de hoofdaannemer had op zijn beurt geen succes met zijn vordering tot bijbetaling jegens de opdrachtgever.⁶ De kostenstijging stond namelijk gelijk met slechts 0,6% van de hoofdaanneemsom. § 47 UAV wordt door arbiters derhalve in beide gevallen hetzelfde toegepast, maar het resultaat valt anders uit voor de hoofdaannemer, doordat hij een ander werk uitvoert dan de onderaannemer. Daardoor staan prijsstijgingen ten opzichte van de hoofdaanneemsom in een geheel andere verhouding dan ten opzichte van de onderaanneemsom.⁷ Voorbeeld: het werk van de onderaannemer is alleen het aanbrengen van een staalconstructie. De verhoging van de kosten van dit werk heeft logischerwijs een veel grotere financiële impact voor de onderaannemer dan voor de kosten van het werk van de hoofdaannemer (dat meestal het volledige bouwsel behelst). In de zaken naar aanleiding van de staalcrisis in het voorjaar van 2004 deed zich het relatieve karakter van het aanzienlijkheidsvereiste weer voelen.⁸ De onderaannemer had de hoofdaannemer aangesproken uit hoofde van kostenverhogende omstandigheden waarna de hoofdaannemer zijn opdrachtgever in vrijwaring had opgeroepen. De geschiedenis herhaalde zich: arbiters oordeelden dat de staalprijsstijging door de hoofdaannemer aan de onderaannemer vergoed moest worden,

4. Zie voor de verschillende methoden die de RvA voorheen heeft gehanteerd M.A. van Wijngaarden en M.A.B. Chao-Duivis, *Hoofdstukken Bouwrecht* (deel 15), Deventer: Kluwer 2006, nr. 897.
5. W.J.M. Herber, 'Staalprijzen, ofwel de invloed van China op de Nederlandse bouwrechtsspraak', *BR* 2005, p. 293, wijst terecht op afwijkende uitspraken als RvA 10 september 2004, *BR* 2005, p. 242 en RvA 8 november 2004, *BR* 2005, p. 322.
6. RvA 11 december 1985, *BR* 2006, mei-afl., omslag, p. 2.
7. Vgl. bijv. J.M. van Dunné, 'Acts of God', *overmacht en onvoorziene omstandigheden in het bouwrecht*, Publikatie van de Vereniging voor Bouwrecht, Deventer: Kluwer 1998, p. 139.
8. RvA 13 juli 2004, *BR* 2004, p. 888, RvA 9 december 2004, *BR* 2005, p. 244, RvA 29 augustus 2006, *BR* 2006, p. 1105, m.nt. W.J.M. Herber en RvA 17 september 2007, No. 70.981 (niet gepubl.).

terwijl de vordering van de hoofdaannemer jegens zijn opdrachtgever voor wat betreft diezelfde kostenverhoging werd afgewezen wegens het feit dat deze verhoging 'slechts' 1,7% van de hoofdaanneemsom bedroeg.⁹ De opdrachtgever van de hoofdaannemer blijft in deze gevallen buiten schot: deze hoeft niets extra te betalen voor het (staal)werk.

Slotsom is dat de door de Raad van Arbitrage gehanteerde uitleg ertoe leidt dat de hoofdaannemer in een lastig parket kan komen te zitten; onvoorziene prijsstijgingen kunnen voor zijn rekening komen, omdat hij gehouden kan zijn de onderaannemer bij te betalen maar geen bijbetaling kan verkrijgen van zijn opdrachtgever. Een advies voor de hoofdaannemer is om aandacht te besteden aan de contractuele voorwaarden in zijn verhouding met de onderaannemer, bijvoorbeeld door af te kijken van § 47 UAV en de onderaannemer alleen recht te geven op bijbetaling voor zover de hoofdaannemer daarop recht heeft ten opzichte van zijn opdrachtgever.

Hiervóór is verduidelijkt dat de Raad van Arbitrage zekerheid heeft gegeven over de wijze waarop het aanzienlijkheidsvereiste moet worden toegepast. Allerm minst eenduidig is de Raad helaas over de vraag welk percentage van de aanneemsom voldoende is om te kunnen spreken over een aanzienlijke verhoging van de aanneemsom. In ieder geval heeft de Raad § 47 UAV altijd tamelijk terughoudend toegepast, in die zin dat niet spoedig wordt voldaan aan het aanzienlijkheidsvereiste. Vandaar dat de Raad geen aanzienlijke kostenverhoging heeft aangenomen, toen door prijsstijgingen de aanneemsom met 0,8% of 1% was verhoogd.¹⁰ Dit is voorstelbaar. Interessanter is of een prijsstijging tussen 2% en 5% van de aanneemsom als aanzienlijk moet worden gekwalificeerd. Daar ligt namelijk een 'grijs gebied'¹¹ waarover de Raad van Arbitrage zich nog niet heeft uitgelaten. Tot op heden heeft de Raad één keer kunnen oordelen over de vraag of een prijsstijging van 3,33% of 3,17% een aanzienlijke kostenverhoging is.¹² De Raad kwam aan dat oordeel echter niet toe wegens motiveringsgebreken aan de zijde van de procederende aannemer. Het is dus niet gezegd dat bijvoorbeeld een kostenstijging van 4% van de aanneemsom ontoereikend is om te voldoen aan het aanzienlijk-

heidsvereiste. De Raad van Arbitrage heeft immers slechts in twee specifieke gevallen geoordeeld dat een kostenverhoging van 5% of meer in aanmerking kon komen voor het predikaat 'aanzienlijk'.¹³ Daaruit kan niet zonder meer een algemene regel worden gedestilleerd. Onlangs is gebleken dat de burgerlijke rechter daarover mogelijk andere ideeën heeft.

2.2 Het aanzienlijkheidsvereiste: burgerlijke rechter

De Rechtbank Rotterdam heeft bij vonnis van 16 juli 2008 geoordeeld over een vordering tot bijbetaling ex § 47 UAV in verband met excessieve staalprijsstijgingen in een geschil tussen een bouwcombinatie en de gemeente Rotterdam inzake het RandstadRail-project.¹⁴ Ook in deze zaak liepen partijen aan tegen de invulling van het aanzienlijkheidsvereiste. Volgens de Rotterdamse rechtbank dient als norm voor de kwalificatie 'aanzienlijke kostenverhoging' 5% van de aanneemsom te worden aangehouden. Voor dit percentage zou steun te vinden zijn in de arbitrale jurisprudentie en in de literatuur, zo overweegt de rechter. Daaraan ontleent de rechtbank twee argumenten om het hanteren van een lager respectievelijk hoger percentage ongewenst te achten. Ten eerste wordt overwogen dat in de literatuur is aangenomen dat het woord 'aanzienlijk' een signaal vormt dat terughoudendheid geboden is bij het toekennen van bijbetaling, zodat een lager percentage niet in de rede ligt.

Ten tweede behoeften de inschrijvende aannemers op een hoger percentage ten tijde van de inschrijving niet bedacht te zijn, gezien de inhoud van het bestek en de bestaande jurisprudentie en literatuur.

Ik zal beide overwegingen van de rechtbank kort langslopen.

Allereerst valt op dat de rechtbank een percentage van 5 hanteert zonder nadere motivering en enkel onder verwijzing naar bestaande arbitrale jurisprudentie. Had het niet op de weg van de rechtbank gelegen om een oordeel te geven over de vraag of wat *in concreto* als aanzienlijke kostenverhoging moet worden aangemerkt? Nog daar gelaten dat mij de verwijzing naar de jurisprudentie niet als juist voorkomt, omdat deze vrij

9. RvA 29 augustus 2006, *BR* 2006, p. 1105, m.nt. W.J.M. Herber: NB: De prijsstijging behelsde circa 17% van de onderaanneemsom.

10. Zie RvA 23 november 2007, *TBR* 2008, 95 m.nt. B.C.M. den Teuling en RvA 11 maart 2008, No. 28.697 (niet gepubl.). Vgl. ook RvA 1 februari 2005, No. 23.923 (niet gepubl.).

11. Term is afkomstig van W.J.M. Herber in zijn noot onder RvA 29 augustus 2006, *BR* 2006, p. 1105 e.v.

12. RvA 17 september 2007, No. 70.981 (niet gepubl.).

13. Zie voor de laatste/tweede keer RvA 9 december 2004, *BR* 2005, p. 244.

14. Rb Rotterdam 16 juli 2008, *LJN*: BD9020.

gering is en een 'caleidoscopisch beeld'¹⁵ oplevert, zodat daarop moeilijk een concrete norm kan worden gebaseerd.¹⁶

Vervolgens oordeelt de rechtbank dat een lager percentage ongewenst is vanwege de terughoudendheid die moet worden betracht bij de toepassing van § 47 UAV. Echter, deze aanpak van de rechtbank lijkt mij niet juist. De rechtbank dient niet een arbitraire norm te introduceren en vervolgens terughoudendheid te betrachten bij het eventueel bijstellen daarvan, maar concreet vast te stellen wat als aanzienlijke kostenstijging moet worden aangemerkt. Daarbij ligt de mate van terughoudendheid besloten in het woord 'aanzienlijk'.

Los van het willekeurige karakter van het gekozen percentage pakte het in deze zaak ook nog zeer rigide uit. Een snelle rekensom leert namelijk dat de door de bouwcombinatie gestelde kostenverhoging ongeveer 4,6% van de aanneemsom heeft bedragen. Het komt mij voor dat dit heel goed in concreto als aanzienlijk had kunnen worden gezien.

Terzijde het volgende. In deze zaak heeft de aannemerscombinatie zich primair beroepen op § 47 UAV, subsidiair op art. 7:753 BW en meer subsidiair op art. 6:258 BW. De rechtbank heeft met zoveel woorden overwogen dat de regelingen van § 47 UAV en art. 6:258 BW eigen beoordelingskaders hebben.¹⁷ De Rechtbank Rotterdam lijkt derhalve de heersende leer aan te hangen: toepasselijkheid van § 47 UAV komt er op neer dat de in art. 6:258 BW bedoelde omstandigheden geacht moeten worden in de overeenkomst zelf al te zijn verdisconteerd.¹⁸ In deze visie bestaan art. 6:258 BW en § 47 UAV naast elkaar en kan een beroep op art. 6:258 BW eerst worden beoordeeld, indien § 47 UAV niet toepassing is.¹⁹ De discussie over de verhouding tussen het aanzienlijkheidsvereiste van § 47 UAV en art. 6:258 BW blijft door deze uitspraak dus voorlopig verstomd.²⁰

Keren we terug naar de invulling van het aanzienlijkheidsvereiste door de Rechtbank Rotterdam. Blijkens het in zijn vonnis vervatte oordeel mag niet een *hoger* percentage dan 5% van de aanneemsom als norm voor het aanzienlijkheidsvereiste worden gehanteerd, nu partijen daarop niet bedacht hoefden te zijn. Daarbij is van belang dat het in deze zaak gaat om 'grote, professioneel geadviseerde partijen' die een verwachtingspatroon hebben of behoorden te hebben met betrekking tot een toepassing van § 47 UAV die in lijn is met de op dit punt bestaande arbitrale jurisprudentie, zo heeft de rechtbank geredeneerd. Aan deze redenering kleven mijns inziens drie bezwaren:

1. Zoals hierboven al blijkt levert de arbitrale rechtspraak een onduidelijk beeld op, zodat daarop moeilijk een verwachting kan worden gebaseerd.²¹
2. Door de verwachtingen van partijen als uitgangspunt te nemen ten aanzien van de toepassing van § 47 UAV hanteert de rechtbank een onjuiste maatstaf. Immers, daarmee lijkt de verwachting van partijen bepalend te worden voor de invulling van het begrip 'aanzienlijke kostenverhoging', terwijl het eigenlijk zou moeten gaan om de vraag of de kostenverhoging in het specifieke geval aanzienlijk is. Daarnaast lijkt uit het vonnis af te leiden dat 'kleinere', niet-professioneel geadviseerde aannemers en opdrachtgevers andere verwachtingen kunnen hebben ten aanzien van de invulling van het aanzienlijkheidsvereiste. Ik zou niet weten hoe de verwachtingen die deze 'kleine' partijen geacht worden te hebben moeten worden bepaald. De weg die de Rechtbank Rotterdam lijkt te volgen zou gevolg kunnen hebben dat de toepassing van § 47 UAV (deels) afhankelijk wordt van de omvang en aard van partijen.
3. De rechtbank lijkt een relatief zuivere Haviltex-norm te introduceren voor de uitleg van § 47 UAV, hetgeen op zijn minst opmerkelijk is, gezien de vaste jurisprudentie van de Hoge Raad over de uitleg van standaardvoorwaarden.²² Die uitleg behelst dat door derden geredigeerde en in het

15. Deze typering komt van M.A.M.C. van den Berg, *Asser-Van den Berg, III-C*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 153. Bovendien zijn er welgeteld twee uitspraken (RvA 11 december 1985, *BR* 1986, p. 251 en RvA 9 december 2004, *BR* 2005, p. 244) waarin het percentage van 5 als norm wordt aanvaard.
16. In de zaak van Rb. Rotterdam 16 juli 2008, *LJN*: BD9020 bestond ten tijde van de inschrijving (3 oktober 2003) door de bouwcombinatie nog slechts één van de twee in noot 15 genoemde uitspraken (!).
17. De Raad van Arbitrage lijkt deze mening ook te zijn toegedaan blijkens het vonnis van 23 november 2007, *TBR* 2008, 95 m.nt. B.C.M. den Teuling.
18. Zie *MvA II*, Parl. Gesch. Boek 6, p. 973.
19. Vgl. J.M. van Dunné, 'Acts of God', *overmacht en onvoorziene omstandigheden in het bouwrecht*, Publikatie van de Vereniging voor Bouwrecht, Deventer: Kluwer 1998, p. 141-143.
20. Zie W.J.M. Herber, 'Staalprijzen, ofwel de invloed van China op de Nederlandse bouwrechtpraak', *BR* 2005, p. 288-296. Vgl. M.A. van Wijngaarden en M.A.B. Chao-Duvis, *Hoofdstukken Bouwrecht* (deel 15), Deventer: Kluwer 2006, nr. 888. Vgl. M.A.M.C. van den Berg, *Asser-Van den Berg, III-C*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 153.
21. Zie noot 16.
22. Zie onder meer HR 20 februari 2004, *NJ* 2005, 493 (DSM/Fox).

algemeen gebruikte bedingen in beginsel objectief moeten worden uitgelegd. De Raad van Arbitrage heeft zich hierover in gelijke zin uitgelaten: indien partijen de UAV 1989 als geheel aan de overeenkomst hebben verbonden, dus zonder dat zij met de inhoud daarvan enige bemoeienis hebben gehad, dienen de bepalingen van de UAV objectief te worden uitgelegd.²³ Met andere woorden: de verwachtingen en bedoelingen van partijen zijn niet relevant.

Kortom, het vonnis van de Rechtbank Rotterdam lijkt duidelijkheid te willen creëren ten aanzien van het aanzienlijksvereiste van § 47 UAV, maar roept vragen op waardoor het tegendeel wordt bereikt.

2.2 Kostenverhogende omstandigheden die niet zijn voorzien

Het hier te bespreken andere criterium uit § 47 UAV luidt dat de kostenverhogende omstandigheden van dien aard moeten zijn dat bij het tot stand komen van de overeenkomst geen rekening behoefde te worden gehouden met de kans dat zij zich zouden voordoen. Chao-Duvis stelt dat het hier gaat om omstandigheden zoals bedoeld in art. 6:258 BW.²⁴ Volgens de strekking van dat artikel is niet beslissend of de omstandigheden ten tijde van het sluiten van de overeenkomst voorzienbaar waren, maar komt het er slechts op aan of partijen in de mogelijkheid van het optreden van de onvoorziene omstandigheden hebben willen voorzien of althans stilzwijgend die mogelijkheid hebben verdisconteerd.²⁵ Tegen deze stelling valt in te brengen dat partijen met het van toepassing verklaren van § 47 UAV juist in de mogelijkheid van het optreden van onvoorziene kostenverhogende omstandigheden hebben (willen) voorzien, zodat uitsluitend de tekst van § 47 UAV geldt. Die tekst is ook voor de Raad van Arbitrage leidend geweest bij het toepassen van dit criterium, zo blijkt uit zijn rechtspraak.²⁶

Wanneer is sprake van een kostenverhogende omstandigheid waarmee geen rekening behoefde te worden gehouden?

Het komt mij voor dat de aannemer moet rekening houden met de kans dat een kostenverhogende omstandigheid zich zal voordoen, indien

hij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst wist of behoorde te weten dat er redenen of serieuze signalen waren op grond waarvan hij met een dergelijk risico rekening moest houden. Daarbij kan blijkens de arbitrale jurisprudentie gedacht worden aan onder meer zichtbare feiten, veronderstelde of aanwezige branche- of vakkennis, nieuwsfeiten en feiten van algemene bekendheid.²⁷ Bij twijfel of onzekerheid heeft de aannemer een onderzoeksplicht, aldus de Raad van Arbitrage. Naar mijn idee is bijvoorbeeld ook een aanhoudende stroom van krantenberichten over mogelijk aanstaande (staal)prijsstijgingen een reden of serieus signaal voor de aannemer om met de verwezenlijking van dit risico rekening te houden. De aannemer doet er in dat geval verstandig aan onderzoek te verrichten naar de kans dat die prijsstijgingen zouden kunnen optreden. Laat de aannemer in zulke gevallen dit onderzoek na, dan loopt hij het gevaar dat hem geen beroep op § 47 UAV toekomt. Immers, de aannemer heeft dan de kans voor lief genomen dat de kostenverhogende omstandigheden zich zouden voordoen, waardoor de gevolgen daarvan voor zijn rekening zijn.

Aan de andere kant behoeft bij de bepaling van de aanneemsom niet rekening te worden gehouden met de mogelijkheid van het optreden van (staal)prijsstijgingen 'indien 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.'²⁸

Tegen de achtergrond van de recente prijsstijgingen van ijzer en staal dringt zich de vraag op in welke mate de aannemer bij het sluiten van een overeenkomst – bijvoorbeeld in 2007 – rekening had moeten houden met de kans op een staalcrisis zoals die zich thans voordoet. Er valt iets te zeggen voor de stelling dat de staalcrisis van 2004 de aannemer nadien extra alert had moeten maken op het opnieuw optreden van excessieve staalprijsstijgingen. Uit de 'tweede oliecrisis-zaken' is echter gebleken dat het enkele feit dat een omstandigheid zich eerder al eens voordeed, niet perse meebrengt dat met die omstandigheid rekening had moeten worden gehouden.²⁹ Daarover wordt slechts anders geoordeeld als sprake is van regel-

23. RvA 8 augustus 2007, No. 29.440 (niet gepubl.) onder r.o. 14.

24. M.A.B. Chao-Duvis 2004, *T&C Bouwrecht*, aant. 1 bij § 47 UAV, Deventer: Kluwer, p. 118.

25. TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 968 en MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 973.

26. Zie de rechtspraak vermeld bij M.A. van Wijngaarden en M.A.B. Chao-Duvis, *Hoofdstukken Bouwrecht* (deel 15), Deventer: Kluwer 2006, nr. 896.

27. Bijvoorbeeld: kenbare bodemverontreiniging, zichtbare bouwgebreken, de grondsanstelling bij/in oppervlaktewater, berichtgeving over oorlogshandelingen, etc.

28. Aldus Rb. Rotterdam 16 juli 2008, *LJN*: BD9020. In dit verband spelen de indices van Stichting C.R.O.W. een belangrijke rol.

29. Zie o.a. RvA 11 december 1985, *BR* 1986, p. 251 m.nt. H.O. Thunnissen.

matig terugkerende extreme prijsstijgingen. De Raad van Arbitrage is in de 'staalcrisis-zaken' negen jaar later tot eenzelfde oordeel gekomen.³⁰ Van Dunné en Van den Berg zijn van mening dat dit een juiste benadering is, omdat anders aannemers in het algemeen hogere prijzen zouden moeten offrenen teneinde allerlei (theoretische) risico's af te dekken.³¹ Blijkens het vonnis van 16 juli 2008 heeft de Rechtbank Rotterdam dit argument overgenomen.

Daarmee is wat mij betreft de kous niet af. Zo is nog niet bepaald wat de Raad van Arbitrage verstaat onder 'regelmatig terugkerende extreme prijsstijgingen'. Is dat wellicht elke vier jaar? Bovendien bestaat er een verschil tussen enerzijds de zaken naar aanleiding van de twee oliecrises en de staalcrisis van 2004 en anderzijds de situatie van de huidige ijzer- en staalcrisis. Dit verschil raakt de vraag of als onvoorziene kostenverhogende omstandigheid heeft te gelden de extreme prijsstijging als zodanig of de *oorzaak* van deze extreme prijsstijging. In de appelprocedure inzake de staalcrisis van 2004 oordeelde de Raad van Arbitrage dat de enkele prijsstijging voldoende is voor een beroep op § 47 UAV, omdat weliswaar rekening kon worden gehouden met de toenemende vraag naar wapeningsstaal uit China, maar niet met het feit dat deze vraag zou leiden tot een dergelijke extreme prijsstijging zoals deze zich vervolgens heeft voorgedaan.³² De recente prijsstijgingen op de grondstoffenmarkt worden veroorzaakt door de *voortdurend* grote vraag vanuit China en India, terwijl het aanbod achterblijft. Het verschil met de vorige staalcrisis is dat momenteel bekend is dat deze omstandigheid tot grote of zelfs extreme prijsstijgingen kan leiden. Thans beschikbare informatie leert ook nog eens dat de recente staalprijsstijgingen niet buiten de marges van in het verleden opgetreden prijsfluctuaties vallen. Al met al is het nog maar de vraag of vóór de huidige staalcrisis géén rekening kon worden gehouden met de kans dat excessieve staalprijsstijgingen zich in deze mate zouden voordoen.

2.3 Kostenverhogende omstandigheden die voor eigen risico blijven

Indien de aannemer bij het tot stand komen van de overeenkomst geen rekening behoefde te houden met de kans dat zich dusdanige kostenverhogende omstandigheden zouden voordoen dat de aanneemsom daardoor aanzienlijk wordt verhoogd en deze omstandigheden hem niet kunnen worden toegerekend, heeft hij recht op bijbetaling. De overige kostenverhogende omstandigheden ('normale' prijsstijgingen) blijven voor rekening en risico van de aannemer. Ter afwenteling daarvan kan de aannemer bij overeenkomst een risicoregeling van toepassing verklaren voor de verrekening van de stijging van bijvoorbeeld staalprijzen binnen een bepaalde marge, waarbij na een bepaalde prijspeildatum deze prijsstijgingen op een in die regeling omschreven wijze worden verrekend. Let wel: de Raad van Arbitrage heeft bepaald dat een risicoregeling niet uitsluit dat alsnog een beroep kan worden gedaan op § 47 UAV.³³ Dit geldt echter alleen ter zake van een extra kostenverhoging, voortvloeiende uit het nog hoger gestegen zijn van de (staal)prijzen dan de bedoelde marge, die derhalve het reeds afgedekte risico te boven gaat.³⁴ Voor het meerdere (het surplus) kan de aannemer op grond van § 47 UAV bijbetaling verlangen, mits de kostenverhoging aanzienlijk is ten opzichte van het niet door de risicoregeling bestreken gedeelte van de aanneemsom.

Ongeacht een risicoregeling is overeengekomen geldt volgens de Raad van Arbitrage een ondernemersrisico voor de aannemer ten aanzien van kostenverhogende omstandigheden in de zin van § 47 UAV.³⁵ Onder ondernemersrisico verstaan arbiters het percentage prijsstijging waarmee de aannemer redelijkerwijs rekening had moeten houden. Dit ondernemersrisico wordt uitgedrukt in een percentage van de totale prijsstijging van het betreffende product, zoals wapeningsstaal. Het ondernemersrisico moet berekend worden ten opzichte van het prijsniveau van dit product op de datum van overeenkomst. De hoogte van het ondernemersrisico laat de Raad van Arbitrage afhangen van het antwoord op de vraag met

30. Zie RvA 9 december 2004, *BR* 2005, p. 244.

31. J.M. van Dunné, *'Acts of God', overmacht en onvoorziene omstandigheden in het bouwrecht*, Publikatie van de Vereniging voor Bouwrecht, Deventer: Kluwer 1998, p. 141 en M.A.M.C. van den Berg, *Asser-Van den Berg, III-C*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 150. Anders: W.J.M. Herber, 'Staalprijzen, ofwel de invloed van China op de Nederlandse bouwrechtspraak', *BR* 2005, p. 290.

32. RvA 29 augustus 2006, *BR* 2006, p. 1105 m.nt. W.J.M. Herber. Zie ook B.R. van Veen, 'Staalprijzen revisited', *Juridisch up to Date* 2006 (nr. 17), p. 11.

33. Zie bijv. RvA 11 december 1985, *BR* 1986, p. 251 en RvA 14 augustus 1985, *BR* 1986, 243. Ditzelfde geldt voor een afkoopsom voor stijging van lonen of prijzen.

34. Zie ook Rb. Rotterdam 16 juli 2008, *LJN*: BD9020.

35. O.a.: RvA 14 augustus 1985, *BR* 1986, p. 243, RvA 11 december 1985, *BR* 1986, p. 251 m.nt. H.O. Thunnissen, RvA 13 juni 1995, No. 16.830 (deels gepubl.), RvA 9 december 2004, *BR* 2005, p. 244, RvA 29 augustus 2006, *BR* 2006, p. 1105 m.nt. W.J.M. Herber en RvA 6 mei 2008, *TBR* 2008, 166 m.nt. W.J.M. Herber.

welke relatieve prijsstijging de aannemer redelijkerwijs rekening behoefde te houden, mede gezien de prijsontwikkeling in het verleden en de kennis die de aannemer over prijsverhogende oorzaken had of behoorde te hebben. Daarbij is van belang de professionaliteit van de (onder) aannemer. Zo verwacht de Raad van een staalvlechtbedrijf minder marktkennis dan van een staalhandelaar. Een en ander leidt tot de conclusie dat het ondernemersrisico niet standaard een vast percentage is.³⁶ De Raad van Arbitrage stelde bijvoorbeeld het ondernemersrisico van een 'reguliere' staalvlechter op 10% van de staalprijsstijging, althans dit kan worden afgeleid uit de 'staalcrisis-zaken'.³⁷ De Raad heeft hierover nog geen standvastig beleid ontwikkeld, zo blijkt onder andere uit zijn vonnis van 6 mei 2008 waarin een staalvlechter een aftrek voor ondernemersrisico van 20% krijgt toegewezen, nota bene onder verwijzing naar het vonnis van 29 augustus 2006 (op grond waarvan voor een staalhandelaar toen hetzelfde percentage risico gold).

In ieder geval is de lijn in de arbitrale rechtspraak dat wanneer het beroep van de aannemer op § 47 UAV slaagt, de opdrachtgever de ('aanzienlijke') verhoging van de aanneemsom dan moet vergoeden onder aftrek van het ondernemersrisico.

4. Alternatieve toepassing § 47 UAV?

Gelet op het voorgaande is het wenselijk dat snel duidelijkheid wordt verkregen over de toepassing van § 47 UAV. Die duidelijkheid zou in de eerste plaats moeten komen van de Raad van Arbitrage. Deze is bij uitstek de instantie die kennis en ervaring heeft opgebouwd over de uitleg van de UAV. Voor wat betreft de invulling van het aanzienlijkheidsvereiste zou naar mijn idee meer maatwerk kunnen worden toegepast. Wellicht dat de Raad van Arbitrage het aanzienlijkheidsvereiste kan hanteren al naar gelang de aard en omvang van partijen, het werk en de overige bijzondere omstandigheden van het geval. Ik realiseer mij dat de invulling van deze open norm nog steeds niet de noodzakelijke zekerheid geeft, maar dit verdient wel de voorkeur boven de rigide norm zoals de Raad van Arbitrage en de Rechtbank Rotterdam deze (lijken te) hanteren. Eén vaste norm voor de vraag wanneer sprake is van een aanzienlijke kostenverhoging in de zin

van § 47 UAV is immers volkomen arbitrair en kan onredelijk uitpakken in het specifieke geval. De suggestie van Herber om ter zake het beleid van Rijkswaterstaat (uit 2004) als aanknopingspunt te gebruiken lijkt mij daarom niet de oplossing.³⁸ Rijkswaterstaat heeft in zijn beleid als uitgangspunt genomen dat sprake is van een aanzienlijke kostenverhoging (door staalprijsstijgingen) als deze meer dan 2% van de aanneemsom bedraagt, zodat aanspraken ex § 47 UAV worden vergoed tot een bedrag dat uitstijgt boven deze 2%-drempelwaarde. Overigens heeft de Rechtbank Den Haag op 1 augustus 2007 een vonnis gewezen over een vordering op grond van art. 7:753 BW, waarbij de rechtbank opmerkelijk genoeg aan de hand van het hierboven geschetste beleid van Rijkswaterstaat het aanzienlijkheidsvereiste heeft beoordeeld.³⁹

5. Conclusie

Er zijn voor wat betreft de toepassing van de criteria van § 47 UAV nog open einden, zoveel is zeker. De betrekkelijk weinige rechtspraak die er over § 47 UAV bestaat, is ook nog verdeeld. Dit feit betekent voor de (bouw)praktijk – waarin veel gebruik wordt gemaakt van deze standaardvoorwaarde – een onwenselijke hoeveelheid onzekerheid.

Die onzekerheid is niet weggenomen door de Rechtbank Rotterdam met zijn vonnis van 16 juli 2008. De in dit vonnis ingebeerde vaste en eenduidige lijn in de arbitrale rechtspraak is wellicht niet meer dan een wens die vader is van de gedachte. Vooralsnog heeft de Raad van Arbitrage inderdaad in gevallen waarbij de prijsstijging 5% of meer van de aanneemsom heeft bedragen, geoordeeld dat sprake was van aanzienlijke kostenverhoging. Daarmee is nog niet gezegd dat bijvoorbeeld een prijsstijging ter grootte van 4% niet voldoet aan het aanzienlijkheidsvereiste. Het is niet te hopen dat de uitspraak van de Rotterdamse rechtbank voor wat betreft de 5%-norm voor het aanzienlijkheidsvereiste een eigen leven gaat leiden. Het gevaar daarvan is dat de bijzondere omstandigheden van het geval uit het oog worden verloren.

Voorts is het wat mij betreft zeer de vraag of de explosieve stijging van de ijzer- en staal prijzen vanaf maart 2008 zonder meer als een onvoor-

36. Aldus ook W.J.M. Herber in zijn noot onder RvA 6 mei 2008, *TBR* 2008, 166.

37. RvA 9 december 2004, *BR* 2005, p. 244 en RvA 29 augustus 2006, *BR* 2006, p. 1105 m.nt. W.J.M. Herber.

38. W.J.M. Herber, *BR* 2006, p. 1105 e.v.. Zie ook *BR* 2005, p. 290.

39. Rb. 's-Gravenhage 1 augustus 2007, *LJN*: BB9842 (binnenstedelijk winkelproject Musiskwartier Arnhem). De rechtbank heeft vergoeding van de staalprijsstijgingen aan de aannemer toegewezen voor zover zijn kostenverhoging uitstijgt boven 1% van de aanneemsom, omdat voor dat percentage een risicopost in de aanneemsom was opgenomen. De vergoeding van de kostenstijging wordt echter toegekend onder aftrek van 10% ondernemersrisico.

ziene kostenverhogende omstandigheid in de zin van § 47 UAV moet worden aangemerkt. De huidige situatie is in vergelijking met de vorige staalcrisis echt anders. Sowieso is het antwoord op de vraag of sprake is van een omstandigheid waarmee de aannemer redelijkerwijs geen rekening behoefde te houden afhankelijk van meerdere factoren, zoals de professionaliteit van partijen en de (veronderstelde) wetenschap van de aannemer over historische en toekomstige prijsfluctuaties. Hoewel de Raad van Arbitrage met name de onvoorziene prijsstijging zelf als kostenverhogende omstandigheid lijkt te zien, speelt

de oorzaak daarvan wel degelijk een belangrijke rol. Immers, indien een (onder)aannemer bekend is met de (staal)markt, moet hij eerder rekening houden met de kans dat bepaalde (staal)prijsstijgingen zich kunnen voordoen.

Hopelijk grijpt de Raad van Arbitrage in eventuele procedures naar aanleiding van de recente (staal)prijsstijgingen de kans om definitieve klaarheid te brengen over de toepassing van § 47 UAV, aangezien de partijen in de bouw daar al zolang naar verlangen.