

het Rapport Voorwerk II op twee punten van het liquidatietarief, dat zij stelt op € 1.421,00 per punt. Nu onderaannemster tot veel minder dan 50% van haar vordering in het gelijk is gesteld, zien appellarbiters in billijkheid geen aanleiding deze vordering te honoreren en wijzen die dus af.

52. Onderaannemster richt geen afzonderlijke grief tegen de veroordeling in de volledige proceskosten, zoals dat in eerste aanleg is gevolgd. Nu zij echter in haar petitum veroordeling van hoofdaannemster in de kosten van de eerste aanleg verzoekt, lezen appellarbiters daarin een grief tegen de kostenveroordeling, zoals uitgesproken door arbiters in eerste aanleg.

53. Op grond van het gelijk van partijen in principiële en in financiële zin, zoals dat in hoger beroep voor de eerste aanleg is gebleken, zijn appellarbiters in billijkheid van oordeel dat onderaannemster van die kosten 75% moet dragen en hoofdaannemster 25% daarvan. Uit het vonnis in eerste aanleg blijkt dat die kosten € 16.383,89 hebben bedragen, waarvan € 2.822,14 aan btw. Deze kosten zijn geheel door onderaannemster gedragen. Daarvan dient hoofdaannemster alsnog 25% ofwel € 4.095,97 aan onderaannemster te betalen. Bovendien heeft onderaannemster een tegemoetkoming in de kosten van processuele bijstand van hoofdaannemster moeten betalen tot een bedrag van € 6.000,00. Onderaannemster had in die kosten slechts hoeven bij te dragen tot de meerdere mate van haar ongelijk, zijnde $(75 - / - 25)\% = 50\%$ ofwel $50\% \times € 6.000,00 = € 3.000,00$. Het is appellarbiters niet bekend of en in hoeverre onderaannemster aan de veroordeling tot betaling van € 6.000,00 ter verrekening van de proceskosten in eerste aanleg heeft voldaan. Na vernietiging van het vonnis in eerste aanleg ook op dit punt is hoofdaannemster aan onderaannemster verschuldigd $€ 4.095,97 - / - € 3.000,00 = € 1.095,97$. (*Enz., enz., Red.*)

NOOT

Inleiding

1. Bijzonder is dat arbiters, zowel in eerste aanleg als in appel, oordelen dat het overeengekomen prijsvastbeding in de weg staat aan een beroep op artikel 7:753 BW (kostenverhogende omstandigheden). Daarnaast lijken appellarbiters ook bij het beroep op artikel 6:258 BW (onvoorziene omstandigheden) een aanzienlijkheids criterium te hanteren. Beide aspecten verdienen een nadere bespreking.

Casus

2. Onderaannemster diende voor drie projecten wapeningsstaal te leveren aan hoofdaannemster. Om de prijsstijgingen van het staal vergoed te krijgen, deed de

onderaannemster een beroep op artikel 7:753 BW.

3. Overeengekomen waren de inkoopvoorwaarden van de hoofdaannemster. Artikel 4.11 van deze voorwaarden luidde:

"[...] Wijzigingen in prijs, lonen, kosten sociale lasten, belastingen en andere kostenverhogende factoren, waaronder begrepen risico's, zijn niet verrekenbaar, tenzij dit in de opdracht uitdrukkelijk anders is bepaald, en bovendien slechts dan ingeval zowel de verhogingen wettelijk zijn toegestaan alsook door [hoofdaannemster] op gelijke wijze kunnen worden doorberekend [lees: aan haar opdrachtgever]".

4. Volgens de hoofdaannemster was met dit prijsvastbeding de toepasselijkheid van artikel 7:753 BW (kostenverhogende omstandigheden) uitgesloten.

Prijsvastbeding

5. Blijkens de literatuur en de jurisprudentie² sluit een overeengekomen prijsvastbeding een beroep op paragraaf 47 UAV 1989/2012 of 7:753 BW niet uit. De gedachte is dat een prijsvastbeding niet de effecten van onvoorziene omstandigheden beoogt te regelen maar uitsluitend de effecten van normale prijsstijgingen. Ingeval van extreme prijsstijgingen kan dan nog steeds een beroep gedaan worden op par. 47 UAV 2012 of op artikel 7:753 BW. In de woorden van het Hof Den Haag:³

"6.2 Het hof oordeelt dat het overeenkomen van een prijsvastbeding in het algemeen niet in de weg staat aan de toepassing van artikel 7:753 BW. Een prijsvastbeding behoort tot de prijs (waarvan partijen met het beding bepalen dat die niet wijzigt) en artikel 7:753 BW ziet op risico's waarmee de aannemer bij het bepalen van de prijs juist geen rekening heeft behoeven te houden. In beginsel mogen contractspartijen ervan uitgaan dat in het geval een partij de toepassing van artikel 7:753 BW bedoelt uit te sluiten, hij dit uitdrukkelijk naast het prijsvastbeding - in de overeenkomst laat opnemen [...]"

6. Kortom, als je wilt afwijken van paragraaf 47 UAV 2012 of artikel 7:753 BW dan moet je dit uitdrukkelijk in de overeenkomst opnemen. Het enkel opnemen van een prijsvastbeding is onvoldoende.

Eerste aanleg

7. Arbiters in eerste aanleg overwogen:⁴ *"Nu artikel 7:753 BW van regeland recht is, kan er contractueel van worden afgeweken. Arbiters zijn van oordeel dat gelet op de formulering van artikel 4.11 sprake is van meer dan het gebruikelijke 'prijsvastbeding', zodat hiermee artikel 7:753 BW voldoende uitdrukkelijk ter zijde is gesteld."*

² Zie *Bouw- en Aanbestedingsrecht deel 15*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, nr. 886 en *Asser-Van den Berg 7-VI*, Deventer: Wolters Kluwer, 2017, 156. Zie ook in *RvA* 18 juni 2009, No. 71.315, *TBR* 2009/207 mt. gastnt. S. Köneman.

³ Hof Den Haag 15 maart 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP7956. Zie in dezelfde zin ook Hof Den Haag 31 januari 2012, *TBR* 2016/177.

⁴ Zie vonnis d.d. 8 februari 2016, No. 35.133, ro. 23.

8. Deze beslissing roept veel vragen op. Wat is dan een gebruikelijk prijsvastbeding? En hoezo ging het overeengekomen prijsvastbeding dan verder dan gebruikelijk? En hoezo was daarmee dan artikel 7:753 BW uitdrukkelijk terzijde gesteld? Op al deze vragen gaven arbiters in eerste aanleg geen antwoord.

Appel

9. De grief van onderaannemster luidt dat sprake is van een algemeen gebruikelijk prijsvastbeding dat de werking van artikel 7:753 BW niet uitsluit. Appellarbiters oordelen echter dat het overeengekomen prijsvastbeding wel degelijk afwijkt van het gebruikelijke prijsvastbeding. Uit de overwegingen is gelukkig nu wel af te leiden waarom dat het geval zou zijn.

10. Eerst merk ik echter het volgende op. De discussie of nu sprake is van een gebruikelijk of daarvan afwijkend prijsvastbeding is rehtens gezien niet relevant. Relevant is het antwoord op de vraag of het overeengekomen prijsvastbeding artikel 7:753 BW voldoende uitdrukkelijk terzijde stelt. Daar had de discussie primair over moeten gaan, maar ging die dus niet.

11. Terug naar de overwegingen van de appellarbiters over het gebruikelijke prijsvastbeding. Blijkens ro. 20 maakt het hieronder onderstreepte gedeelte het beding afwijkend van een gebruikelijk prijsvastbeding. *‘Wijzigingen in prijs, lonen, kosten sociale lasten, belastingen en andere kostenverhogende factoren, waaronder begrepen risico’s, zijn niet verrekenbaar, tenzij dit in de opdracht uitdrukkelijk anders is bepaald, en bovendien slechts dan ingeval zowel de verhogingen wettelijk zijn toegestaan alsook door [hoofdaannemster] op gelijke wijze kunnen worden doorberekend [lees: aan haar opdrachtgever].’*

12. Daarmee was voor appellarbiters de kous af en faalde de grief van onderaannemster. Appellarbiters geven echter ten onrechte geen antwoord op de vraag waarom met dit (volgens hun niet gebruikelijke) prijsvastbeding, artikel 7:753 BW dan uitdrukkelijk terzijde zou zijn gesteld. Immers, het beding mag dan in de ogen van appellarbiters afwijken van hetgeen gebruikelijk is, daarmee is nog niet gezegd dat artikel 7:753 BW is uitgesloten.

13. De voor appellarbiters cruciale zinsnede *‘tenzij dit in de opdracht uitdrukkelijk anders is bepaald’*⁵ houdt in dat het prijsvastbeding niet van toepassing is als in de overeenkomst anders is bepaald. Daaruit valt m.i. met geen mogelijkheid af te leiden dat artikel 7:753 BW is uitgesloten, laat staan uitdrukkelijk. Ik acht de beslissing van de appellarbiters in zoverre dan ook niet juist.

14. In dit verband wijs ik op een ander geschil⁶ waar arbiters voor de vraag stonden of het navolgende

prijsvastbeding de toepassing van paragraaf 47 UAV 1989 uitsloot (*onderstreping RJK*):

‘Wijzigingen in prijzen, lonen, kosten, belastingen en rechten, een en ander in de ruimste zin van het woord genomen, worden niet verrekend, tenzij tevoren schriftelijk anders is overeengekomen. De opdrachtnemer verplicht zich de gegevens en bescheiden te verschaffen, die [hoofdaannemster] nodig oordeelt voor een eventuele verrekening van wijzigingen, als in dit artikel bedoeld, tussen [hoofdaannemster] en haar opdrachtgever.’

15. De toevoeging, *‘tenzij tevoren schriftelijk anders is overeengekomen’* is vergelijkbaar met, *‘tenzij dit in de opdracht uitdrukkelijk anders is bepaald’* in onderhavige kwestie. Arbiters oordelen dat weliswaar sprake is van een variant op het gebruikelijke prijsvastbeding maar dat paragraaf 47 UAV 1989 daarmee nog niet is uitgesloten. Dat lijkt mij een juistere beslissing.

Het beroep op artikel 6:258 BW (onvoorziene omstandigheden)

16. Voor de onderaannemster resteerde dus alleen nog een beroep op artikel 6:258 BW. Dat is geen beste uitgangspositie. Dat slaagt alleen als de omstandigheden van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Blijkens de parlementaire geschiedenis zal aan deze voorwaarde slechts bij hoge uitzondering zijn voldaan, omdat redelijkheid en billijkheid in de eerste plaats trouw aan de gesloten overeenkomst vereisen⁷. Bij de toepassing van 6:258 BW dient dan ook terughoudendheid dient te worden betracht.⁸

17. Onderaannemster stelde dat de gestegen staal-prijzen de kosten van het werk aanzienlijk hadden verhoogd en haar dus een beroep op artikel 6:258 BW toe kwam. Daarbij zocht onderaannemster aansluiting bij de ‘vuistregel’ dat een kostenverhoging van meer dan 5% van de aanneemsom geldt als aanzienlijk.⁹

Uitstapje: het aanzienlijke vereiste van paragraaf 47 UAV 1989/2012

18. Weliswaar doet de onderaannemster geen beroep op paragraaf 47 UAV 1989/2012, zij zoekt wel aansluiting bij het aanzienlijke vereiste uit deze paragraaf.¹⁰ Reden om daar kort aandacht aan te besteden.

19. De vraag wanneer aan dit aanzienlijke vereiste is voldaan, heeft al veel pennen in beweging gebracht. De jurisprudentie¹¹ laat een veelheid aan antwoorden zien.

5 Zie ro. 21.

6 Zie RvA 25 april 2016, No. 35.131, TBR 2016/178.

7 Zie MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, 1981, p. 974.

8 Zie Asser/Van den Berg 7-VI 2017, 151.

9 Zie ro. 43.

10 In het kort: wanneer sprake is van een aanzienlijke stijging van de kosten van het werk, kan de prijs worden aangepast.

11 Zie Asser/Van den Berg 7-VI 2017, 153 en de daar aangehaalde jurisprudentie.

Blijkens het Hof Den Haag¹² maar ook volgens diverse schrijvers¹³ moet in ieder geval bezien worden of de kostenverhoging aanzienlijk is in relatie tot de kosten van het gehele werk.

20. Door de Rechtbank Rotterdam en arbiters is wel eens het uitgangspunt geformuleerd dat wanneer de kostenverhoging 5% van de aanneemsom bedraagt, voldaan is aan het aanzienlijkheids criterium.¹⁴ Recentelijk hebben arbiters overwogen dat de RvA dit percentage als vuistregel hanteert.¹⁵

21. Volgens het zojuist aangehaalde Hof Den Haag is echter sprake van een open norm waarbij het te hanteren percentage aan de hand van alle omstandigheden van het geval dient te worden vastgesteld.¹⁶ Van een vuistregel als hierboven wilde dit hof uitdrukkelijk niets weten. Onduidelijkheid troef dus.

Terug naar de toepassing van artikel 6:258 BW¹⁷

22. Appellarbiters overwogen in ro. 42 dus terecht dat artikel 6:258 BW een strengere maatstaf kent dan paragraaf 47 UAV 1989/2012.¹⁸ Juist is dan ook de conclusie dat de jurisprudentie over paragraaf 47 UAV 1989/2012 niet zonder meer gebruikt kan worden. In het bijzonder wijzen arbiters op de vuistregel van 5%. Die is niet van toepassing als een beroep wordt gedaan op artikel 6:258 BW, aldus appellarbiters.

23. Op zich een logische beslissing van appellarbiters. Wel valt natuurlijk op dat ook zij, in navolging van hun collega's, spreken over een vuistregel. Wellicht ook ingegeven door de onderaannemster die zich op deze vuistregel beriep. Het is dus echter maar de vraag of zo'n vuistregel bestaat. Volgens het Hof Den Haag in ieder geval niet.

24. Appellarbiters overwogen dat een prijsstijging van 20% gelet op artikel 6:258 lid 2 voor rekening van onderaannemster komt (het zogeheten ondernemersrisico). Met inachtneming van dit percentage moet dan beoordeeld worden of sprake is van een stijging van de kosten van het werk. Dit is overeenkomstig de wijze waarop ook artikel 7:753 BW en paragraaf 47 UAV 1989/2012 in de praktijk worden toegepast.

25. Dit roept wel vragen op. Bij de vraag of de vastgoedcrisis een onvoorziene omstandigheid is, is bijvoorbeeld meerdere keren overwogen dat tegenvallende verkoopprijzen voor rekening van de projectontwikkelaar zijn.¹⁹ Die droeg daarmee dus steeds voor de volle 100% het ondernemersrisico. In dat licht lijken appellarbiters artikel 6:258 BW dus een stuk soepeler toe te passen.

26. Appellarbiters vragen zich vervolgens wel af bij welke toename van de kosten van het werk (met inachtneming van het ondernemersrisico van 20%) hoofdaannemster dan de ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet meer mocht verwachten. In het licht van artikel 6:258 BW is dit natuurlijk de hamvraag.

27. De onderaannemster was op de drie projecten geconfronteerd met een toename van de kosten van het werk met respectievelijk 17%, 5% en 11%. Appellarbiters overwogen dat alleen de stijging van 17% een beroep op artikel 6:258 BW rechtvaardigt. Helaas voor de praktijk ontbreekt enige motivering van deze beslissing.

Omvang bijbetaling

28. Het is niet duidelijk of arbiters zich rekenschap hebben gegeven van een eerdere beslissing²⁰ van arbiters (gebaseerd op paragraaf 47 UAV 1989) dat alleen de kostenstijging voor zover die het aanzienlijkheids criterium overschrijdt voor vergoeding in aanmerking komt.²¹ Heel concreet: als de kostenstijging (met in achtneming van het ondernemersrisico) 8,4% bedraagt heeft de aannemer (bij een aanzienlijkheidsvereiste van 5%) alleen recht op bijbetaling van 3,4%.

29. Als arbiters bedoeld hebben de lat te leggen bij 17% dan zou dus alleen de kostenstijging voor zover die de 17% overschrijdt voor vergoeding in aanmerking komen. Van een dergelijke kostenstijging was echter geen sprake.²² Desondanks kennen appellarbiters wel een vergoeding toe van € 40.000,00. Het lijkt er dus op dat appellarbiters met bovenstaande geen rekening hebben gehouden.

30. Misschien hebben appellarbiters bij het schatten van de vergoeding wel degelijk met bovenstaande rekening hebben gehouden. Bijvoorbeeld door niet de gehele 17% te vergoeden maar slechts een gedeelte daarvan. Stel dat ze bedoeld hebben om 5% te vergoeden. Dan is de conclusie dat appellarbiters feitelijk een aanzienlijkheids criterium van 12% hebben gehanteerd. Echter omdat de vergoeding geschat is, zullen we dit nooit weten en dat is voor de praktijk jammer.

¹² Hof Den Haag 31 januari 2012, *TBR* 2016/177, mt. gastnt. W.J.M. Herber.

¹³ Zo ook Asser/*Van den Berg* 7-VI 2013, 153; W. Boonstra, *BR* 2008, p. 767 en W.J.M. Herber, *TBR* 2016/177.

¹⁴ RvA 19 februari 2008, *TBR* 2009/95, mt. gastnt. W.J.M. Herber en Rb. Rotterdam 16 juli 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD90210.

¹⁵ RvA 25 april 2016, No. 35.131, *TBR* 2016/178.

¹⁶ Hof Den Haag 31 januari 2012, *TBR* 2016/177, r.o. 13.

¹⁷ In de UAV-GC 2005 is de regeling over onvoorziene kostenverhogende omstandigheden opgenomen in par. 44 lid 1 sub c. Deze bepaling sluit naadloos aan bij art. 6:258 BW (zie ook de toelichting op dit artikel, p. 98, tweede alinea, laatste zin). Dat betekent dat de wijze waarop arbiters art. 6:258 BW uitleggen zeer relevant is voor alle partijen die contracteren onder de UAV-GC 2005.

¹⁸ Zie ook Asser/*Van den Berg* 7-VI 2017, 153 en J.F.G. Rijlaarsdam, *Frank en Vrij, Thunissen-bundel*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2009.

¹⁹ B.D.A. Zwart, 'De financiële en economische crisis: een onvoorziene omstandigheid bij projectontwikkeling? Een overzicht van (recente) jurisprudentie op het gebied van vastgoed', *BR* 2010/136

²⁰ RvA 25 april 2016, No. 35.131, *TBR* 2016/178

²¹ Met instemming van Van den Berg, zie Asser/*Van den Berg* 7-VI 2017, 153.

²² Zie arbiters in eerste aanleg, vonnis d.d. 8 februari 2016, No. 35.133, ro.35 die concluderen dat met inachtneming van 20% ondernemersrisico de totale kosten van het werk zijn toegenomen met 17%.

31. Waarom overigens is geschat, wordt niet helemaal duidelijk. Arbiters overwegen dat geen sprake is van een vaste norm aan de hand waarvan het bedrag kan worden berekend waarop onderaannemer recht zou hebben. Strikt genomen hebben zij daarin gelijk. Het antwoord op de vraag welke ingreep in de overeenkomst het meest aangewezen is, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval bezien in het licht van de redelijkheid en billijkheid.²³ Dat is een zeer open norm. Dat neemt niet weg dat die ingevuld had kunnen worden door de vergoeding concreet te

berekenen. Daar was de praktijk in ieder geval mee geholpen geweest.

Ten slotte

32. Door Van den Berg²⁴ is de jurisprudentie over de vraag wanneer een kostenstijging als aanzienlijk geldt ook wel omschreven als een '*caleidoscopisch beeld dat weinig houvast biedt*'. Dit caleidoscopisch beeld wordt er met dit vonnis helaas niet kleiner op.

R.J. Kwaak

²³ Zie Asser/*hartkamp & Sieburgh 6-III*, Deventer: Kluwer 2014, 448.

²⁴ Zie Asser/*Van den Berg 7-VI* 2017, 153.

TBR 2017/151

Raad van Arbitrage voor de Bouw, 9 februari 2017, No. 72.055, (Uitleg art. 7:23 lid 2 BW)

(Mr. F.B. Falkena, ing. A.F.M. van der Kemp en ir. A. Eden.)

BW: art. 3:51, art. 3:316, art. 3:317, art. 3:318, art. 6:52, art. 6:56, art. 6:131, art. 6:262, art. 6:264, art. 7:23, art. 7:761, art. 7:768

Kleiner perceel geleverd. Klachtplicht. Verjaring. Vervaltermijn. Bankgarantie

Met gastnoot L. Orvini, Red.¹

De gronden van de beslissing

De bevoegdheid en de ontvankelijkheid

5. De bevoegdheid van appellarbiters tot beslechting van het onderhavige geschil bij scheidrechterlijk vonnis staat onbetwist tussen partijen vast.

6. De memorie van grieven is binnen drie maanden na datum van het beroepen vonnis binnengekomen bij het secretariaat van de Raad, zodat onderneemster in zoverre ontvankelijk is in haar appel.

Het geschil in eerste aanleg

7. Arbitrator in eerste aanleg honoreerde het beroep van opdrachtgevers op non-conformiteit, omdat aan hen is verkocht het exclusieve gebruiksrecht van het water tot een lengte van circa 10 meter vanaf de beschoeiing, terwijl slechts 7 meter geleverd is. Arbitrator liet in het midden of de vordering tot vergoeding van vervangende schade inmiddels was verjaard, omdat opdrachtgevers een beroep op de in de laatste zin van artikel 7:23 lid 2 BW opgenomen uitzondering toekwam.

8. Het dictum van het vonnis in eerste aanleg luidt als volgt:

DE BESLISSING

Arbitrator, rechtdoende als goed man naar billijkheid: in conventie

VERKLAART voor recht dat opdrachtgevers het exclusieve gebruiksrecht van het water toekomt tot een lengte van circa 10 meter vanaf de beschoeiing; **VEROORDEELT** onderneemster aan opdrachtgevers sub 1, sub 2 en sub 3 ieder te betalen € 15.000,00 (vijftienduizend euro), vermeerderd met de wettelijke rente, vanaf 31 augustus 2006, 9 november 2006, respectievelijk 22 augustus 2006, tot de dag der algehele voldoening; in reconventie

VERKLAART voor recht dat het voor opdrachtgevers sub 1, sub 2 en sub 3 geldende pro rata deel van de door onderneemster gestelde bankgarantie, ter hoogte van 5% van de desbetreffende aanneemsom, ofwel € 14.322,00 voor opdrachtgever sub 1, € 13.788,81 voor opdrachtgevers sub 2, respectievelijk € 14.126,11 voor opdrachtgevers sub 3, niet meer gerechtvaardigd is na de betaling door onderneemster van de aan haar (in conventie) opgelegde schadevergoeding; in conventie en reconventie

VEROORDEELT onderneemster ter verrekening van de proceskosten aan opdrachtgevers te betalen, aan de een betalend zij jegens de anderen zal zijn gekweten, € 5.550,00 (vijfduizend vijfhonderdvijftig euro), te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf de veertiende dag na de datum van het vonnis tot aan de dag der algehele voldoening; **VERKLAART** dit vonnis voor zover het de veroordelingen betreft uitvoerbaar bij voorraad; **WIJST** het meer of anders gevorderde **AF**.

¹ Lisa Orvini is advocaat bij HabrakenRutten te Rotterdam.