

# Kroniek over kostenverhogende en onvoorziene omstandigheden in het bouwcontractenrecht 2023

– Mr. ing. J. Springelkamp<sup>1</sup>

Het afgelopen jaar was in het bouwcontractenrecht - net als 2022 - illustratief voor de toepassing van art. 6:258 BW, art. 7:753 BW, par. 47 UAV 2012 en par. 44 lid 1 sub c UAV-GC 2005 en aanleiding voor een tweede editie van deze kroniek. Naast jurisprudentie bevat deze kroniek ook een beschrijving van de intentieverklaring ‘Samen doorbouwen in onzekere tijden’ en vijf op basis daarvan opgestelde handelingskaders.<sup>2</sup> Deze handelingskaders geven per deelsector aan hoe op een praktische wijze om wordt gegaan of kán worden gegaan met de optreden en op te treden prijsstijgingen en leveringsproblemen.

De in deze kroniek te behandelen uitspraken zijn voor de leesbaarheid gerubriceerd. Hiervoor is dezelfde indeling aangehouden als vorig jaar.<sup>3</sup> Waar uitspraken passen in meerdere rubrieken, is ervoor gekozen om die uitspraken in de rubriek te plaatsen waar de betreffende uitspraak het meest illustratief voor is.<sup>4</sup>

## 1. De aanbestedingsfase

### 1.1 Een (onrechtmatige) beëindiging op grond van par. 47 lid 4 UAV 2012 staat een nieuwe aanbesteding niet in de weg

Vanwege exorbitant hoge prijsstijgingen heeft HHNK de overeenkomst met JP Schilder voor ‘Natuurontwikkeling en Vaargeulonderhoud Am-

stelmeer’ beëindigd op grond van par. 47 lid 4 UAV 2012, waarna JP Schilder heeft aangegeven dat HHNK onder andere omzet- en winstderving moet vergoeden. Vervolgens heeft HHNK een nieuwe aanbesteding uitgeschreven voor ‘Leverantie waterbouwsteen’ en op die aanbesteding heeft JP Schilder ingeschreven. Nadat bekend werd dat dit werk niet aan hem is gegund, heeft JP Schilder in een kort geding een verbod op het sluiten van de overeenkomst voor ‘Leverantie waterbouwsteen’ gevorderd. Omdat het voorwerp van de overeenkomst onderdeel is van de overeenkomst voor ‘Natuurontwikkeling en Vaargeulonderhoud Amstelmeer’, zou de gunning volgens JP Schilder een tekortkoming zijn in de nakoming van deze laatste overeenkomst.<sup>5</sup>

Volgens HHNK heeft JP Schilder zijn rechten verwerkt om op te komen tegen het voorwerp van de aanbesteding, door zich onvoorwaardelijk akkoord te verklaren met de aanbestedingsprocedure voor ‘Leverantie waterbouwsteen’. JP Schilder zou verder miskennen dat de overeenkomst voor ‘Natuurontwikkeling en Vaargeulonderhoud Amstelmeer’ op grond van par. 47 lid 4 UAV 2012 mocht worden beëindigd, op grond waarvan JP Schilder recht heeft op een beëindigingsvergoeding en eventueel aanvullende schadevergoeding als dat in de bodemprocedure wordt geoordeeld. Het oordeel over die schadevergoeding vormt volgens HHNK geen grondslag om de vordering in kort geding toe te wijzen.<sup>6</sup>

De voorzieningenrechter is ook van oordeel dat JP Schilder zijn recht heeft verwerkt om op te komen tegen het voorwerp van de aanbestedingsprocedure door haar bezwaar niet tijdig kenbaar te maken tijdens de aanbestedingsprocedure. Volledigheidshalve voegt de voorzieningenrechter daaraan toe dat als in de bodemprocedure vast komt te

<sup>1</sup> Jaap Springelkamp is contractmanager bij Heijmans. Hij heeft deze kroniek op persoonlijke titel geschreven.

<sup>2</sup> In deze kroniek zijn de uitspraken opgenomen die tot 20 december 2023 zijn gepubliceerd. De intentieverklaring is in 2022 gepubliceerd. Omdat vier van de vijf handelingskaders in 2023 zijn gepubliceerd, is de intentieverklaring niet beschreven in de kroniek van 2022, maar zijn de intentieverklaring en handelingskaders gezamenlijk opgenomen in de kroniek van 2023.

<sup>3</sup> Par. 8 is aan de kroniek toegevoegd. In deze nieuwe paragraaf worden de intentieverklaring en handelingskaders behandeld.

<sup>4</sup> Daarmee is niet bedoeld te zeggen dat deze uitspraken voor de overige rubrieken niet relevant (kunnen) zijn.

<sup>5</sup> Rb. Noord-Holland 7 juni 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:5118, r.o. 3.2.

<sup>6</sup> Rb. Noord-Holland 7 juni 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:5118, r.o. 3.3.



staan dat HHNK de overeenkomst voor 'Natuurontwikkeling en Vaargeulonderhoud Amstelmeer' niet rechtsgeldig mocht beëindigen, dat niet tot gevolg heeft dat die overeenkomst nog geldend is, maar dat er hooguit sprake is van een aan HHNK toe te rekenen tekortkoming wegens onrechtmatige beëindiging. Het betoog van JP Schilders dat het nog maar de vraag of HHNK 'onder de streep' gebaat is bij een voortijdige beëindiging, staat volgens de voorzieningenrechter een nieuwe aanbesteding niet in de weg.<sup>7</sup>

## 2. Het ondernemersrisico

### 2.1 Het state of the art-risico

Er kan zich de omstandigheid voordoen dat een opdrachtnemer een ontwerpkeuze maakt, waarvan hij op dat moment - gegeven de laatste stand van de wetenschap en techniek - mocht verwachten dat die juist was, maar die achteraf niet juist en minder geschikt blijkt met nadelige gevolgen. Die omstandigheid wordt aangeduid als het 'state of the art-risico'. Het *state of the art-risico* kan zich voor of na de oplevering voordoen, waarbij de opdrachtnemer zich kan ververen met een beroep op par. 44 lid 1 sub c UAV-GC 2005 (onvoorziene omstandigheden) resp. par. 28 lid 1 UAV-GC 2005 (niet-toerekenbaarheid van een verborgen gebrek). Bij beide grondslagen gaat het om de vraag of de gevolgen van deze omstandigheid volgens de in het verkeer geldende opvattingen wel of niet voor rekening van de opdrachtnemer horen te komen.<sup>8</sup>

In de volgende uitspraak werd geen beroep gedaan op par. 44 lid 1 sub c UAV-GC 2005, maar op par. 28 lid 1 UAV-GC 2005. Omdat voor beide bepalingen hetzelfde criterium geldt, heb ik deze uitspraak wel opgenomen in deze kroniek.

Tussen partijen is op grond van de UAV-GC 2005 een overeenkomst gesloten voor de realisatie van een kantoorgebouw. Tot de ontwerpverplichting van de opdrachtnemer behoorde ook het detailleren van een bollenplaatvoer, die moest voldoen aan het Bouwbesluit en de in de TGB 1990 (NEN 6700) genoemde belastingen en vervormingen voor nieuwbouw. In de afgelopen decennia zijn met bollenplaatvloeren steeds grotere overspanningen overbrugd en zo ook op dit project. Deze niet-traditionele, maar steeds vaker toegepaste manier van aanbrengen van een bollenplaatvloer had tot gevolg dat de platen constructief aan elkaar moesten worden gekoppeld.<sup>9</sup>

Het gebouw is op 28 november 2008 opgeleverd aan opdrachtgever, waarna een onderhoudstermijn van 12 maanden is ingegaan. Naar aanleiding van de instorting van de parkeergarage bij vliegveld Eindhoven, heeft opdrachtgever de constructieve veiligheid van de bollenplaatvloeren laten beoordelen op basis van de daarvoor opgestelde Rekenregels 2019, die uitgaan van het afkeurniveau op grond van de NEN 8700 voor bestaande bouw. Volgens de beoordeling zou de bollenplaatvloer niet voldoen aan de NEN 8700 en - daarmee - ook niet aan de minder strenge normen van het Bouwbesluit 2012 en de TGB 1990 (NEN 6700).<sup>10</sup>

<sup>7</sup> Rb. Noord-Holland 7 juni 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:5118, r.o. 4.3-4.4.

<sup>8</sup> C.E.C. Jansen, *Totstandkoming en inhoud van design & constructiecontracten voor complexe infrastructurele projecten*, Preadvies Vereniging voor Bouwrecht Nr. 29, Deventer: Kluwer 2001, p. 144-146.

<sup>9</sup> Rb. Noord-Holland 15 maart 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:1083.

<sup>10</sup> Rb. Noord-Holland 15 maart 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:1083.

Mede om verval van recht (door het verstrijken van de in par. 28 lid 2 sub b en lid 4 UAV-GC 2005 genoemde termijn van tien jaren na afloop van de onderhoudstermijn) te voorkomen, heeft de opdrachtgever de opdrachtnemer gedagvaard op 26 november 2019. Vanwege een verloop van meer dan vijf (maar minder dan tien) jaren, volgt uit par. 28 lid 2 sub b UAV-GC 2005 dat de opdrachtnemer alleen aansprakelijk kan zijn voor ‘ernstige verborgen gebreken’. Daar is volgens de rechtbank sprake van als het gaat om (i) daadwerkelijke en feitelijke ernstige gebreken en (ii) concrete en feitelijke voorzieningen nodig zijn om de dreiging van instorting of ongeschiktheid te voorkomen, die bovendien (iii) buitengewoon en zeer kostbaar moeten zijn.<sup>11</sup>

Volgens de rechtbank volgt uit het niet voldoen aan de TGB 1990 (NEN 6700) dat in beginsel sprake is van een *gebrek* in de zin van par. 4 lid 1 UAV-GC 2005, maar staat nog niet ondubbelzinnig vast dat ook sprake is een *ernstig gebrek*. De NEN 8700 gaat namelijk uit van veiligheidsmarges die zodanig zijn dan het niet voldoen aan die norm niet wil zeggen dat het gebouw daadwerkelijk dreigt in te storten, terwijl ‘ernstige gebreken’ feitelijk moeten worden vastgesteld. Uit de rekenkundige beoordeling is ook niet gebleken dat de te treffen maatregelen buitengewoon en zeer kostbaar zijn. Daar komt bij dat als niet is voldaan aan de NEN 8700, volgens de Rekenregels 2019 uit een proefbelasting kan blijken dat het gebouw toch veilig is. Voor de beoordeling of sprake is van een ernstig verborgen gebrek, heeft de rechter behoefte aan voorlichting door (een) onafhankelijke en onpartijdige deskundige(n) en overweegt daarom ambtshalve om een deskundigenonderzoek te laten verrichten.<sup>12</sup>

Als wordt aangenomen dat sprake is van een ernstig gebrek, kan de opdrachtnemer (op grond van art. 13 van de Basisovereenkomst) in afwijking van par. 28 lid 1 sub a UAV-GC 2005 bewijzen dat het gebrek niet is te wijten aan zijn schuld of krachtens de wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen niet voor zijn rekening komt. In dat kader stelt opdrachtnemer dat geen sprake is van een toerekenbare tekortkoming en beroept zich op een *state of the art*-verweer. Dat wil zeggen dat hij betwist dat hij bij het uitwerken van het ontwerp rekening moest houden met feiten en omstandigheden, die pas een decennium later onderwerp van discussie zouden gaan zijn. Tot de gedeeltelijke instorting van de in aanbouw zijnde parkeergarage in Eindhoven, ging men ervan uit dat met de ‘niet-traditionele manier’ van toepassen van de bollenplaatvloeren werd voldaan aan de gestelde eisen. Deze

‘systeemfout’ speelde in de gehele bouwbranche en die schuld zou opdrachtnemer niet in de schoenen kunnen worden geschoven.<sup>13</sup>

De rechtbank overweegt dat het begrip ‘state of the art’ geen helder afgebakende definitie is, maar dat uit de jurisprudentie volgt dat het gaat om de vraag of het onmogelijk was om het gebrek (eerder) te ontdekken op grond het ‘meest geavanceerde niveau’ van de ‘objectieve stand van de wetenschappelijk en technische kennis’. Dat het veiligheidsrisico van de bollenplaatvloeren pas is ontdekt na het instorten van de parkeergarage in Eindhoven, wil volgens de rechtbank niet zeggen dat het gebrek niet eerder had kunnen worden ontdekt. Het was een ‘kenbaar gebrek’ en daarom slaagt het *state of the art*-verweer van gedaagde niet.<sup>14</sup>

## 2.2 De maatregelen ter bescherming tegen het virus horen ook niet op grond van goed werkgeverschap voor rekening van de opdrachtnemer te komen

Een neveninschrijver heeft tijdens de aanbesteding een kort geding aanhangig gemaakt, waardoor de overeenkomst voor het ontwerp en de realisatie van een basculebrug later tot stand is gekomen. Vanwege deze vertraging hebben partijen in art. 19 van de basisovereenkomst een aanvullende regeling opgenomen. Tijdens de uitvoering van de overeenkomst heeft opdrachtnemer maatregelen moeten treffen als gevolg van de coronapandemie en aanspraak gemaakt op vergoeding van deze kosten. Partijen hebben discussie over de uitleg van de aanvullende regeling en de mate waarin de opdrachtnemer recht zou hebben op deze vergoeding.<sup>15</sup>

De discussie over de indexeringsregeling van art. 19 van de basisovereenkomst gaat over de periode waarover mag worden geïndexeerd. Opdrachtnemer gaat voor de indexering uit van de oorspronkelijke startdatum van de overeenkomst. Opdrachtgever gaat uit van het einde van de gestanddoeningstermijn, omdat de opdrachtnemer zijn aanbieding volgens de aanbestedingsstukken gestand moest doen tot dertig dagen na uitspraak in eerste aanleg van een procedure in kort geding. Volgens arbiters is met art. 19 afgeweken van de aanbestedingsstukken en komen ‘de gevolgen van de procedure in eerste aanleg’ voor vergoeding in aanmerking. Dat wil zeggen dat opdrachtnemer recht heeft op indexering over de periode tussen de oorspronkelijke en daadwerkelijke startdatum van de overeenkomst.<sup>16</sup>

<sup>11</sup> Rb. Noord-Holland 15 maart 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:1083, r.o. 3.32, 6.22-6.23.

<sup>12</sup> Rb. Noord-Holland 15 maart 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:1083, r.o. 6.19-6.34.

<sup>13</sup> Rb. Noord-Holland 15 maart 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:1083, r.o. 6.37-6.49.

<sup>14</sup> Rb. Noord-Holland 15 maart 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:1083, r.o. 6.50-6.54.

<sup>15</sup> RvA 3 augustus 2023, No. 37.296.

<sup>16</sup> RvA 3 augustus 2023, No. 37.296, r.o. 33-50.

Opdrachtnemer stelt dat de coronapandemie en de als gevolg daarvan getroffen maatregelen van invloed zijn geweest op het werk en maakt daarom aanspraak op vergoeding van 'Maatregelen ter bescherming tegen het virus', 'Inefficiëntie' en 'Opstellen prijsaanbieding'. Voor deze vergoeding beroept opdrachtnemer zich primair op par. 44 lid 1 sub a jo. 11 lid 3 UAV-GC 2005 (naleving wettelijke voorschriften of beschikking van overheidswege), subsidiair op par. 44 lid 1 sub c UAV-GC 2005 (onvoorziene omstandigheden) en meer subsidiair op par. 14 UAV-GC 2005 (opdracht van opdrachtgever om de RIVM-richtlijnen te volgen).<sup>17</sup>

Het beroep op par. 11 lid 3 UAV-GC 2005 slaagt niet omdat volgens arbiters geen sprake is van een wettelijk voorschrift of beschikking van overheidswege, maar 'slechts' van een 'dringend advies'. Omdat opdrachtgever alleen met een algemene brief heeft gewezen op de richtlijnen van het RIVM en geen expliciete opdracht heeft gegeven om deze richtlijnen op te volgen, slaagt het beroep op par. 14 UAV-GC 2005 evenmin. Volgens arbiters staat wel vast dat de coronapandemie een uitzonderlijke omstandigheid is, waar partijen bij het sluiten van overeenkomst geen rekening mee hebben gehouden en die niet is verdisconteerd in de overeenkomst. Opdrachtnemer heeft aannemelijk gemaakt dat hij 'Maatregelen ter bescherming tegen het virus' heeft moeten treffen. Deze maatregelen vallen volgens arbiters niet onder het ondernemersrisico en horen ook niet - zoals opdrachtgever stelt - op grond van goed werkgeverschap voor rekening van de opdrachtnemer te komen. De opdrachtgever heeft de kosten onvoldoende gemotiveerd weersproken en daarom wordt de vordering op dit punt volledig toegewezen. Ten aanzien van de post 'Inefficiëntie' heeft opdrachtnemer onvoldoende gesteld en aannemelijk gemaakt dat de onvoorziene omstandigheid dusdanige gevolgen heeft gehad dat deze naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid voor vergoeding in aanmerking komen. De vordering voor vergoeding van de kosten voor het opstellen van de prijsaanbieding wordt ook niet toegewezen, omdat par. 44 UAV-GC 2005 geen grondslag biedt voor vergoeding van deze kosten.<sup>18</sup>

### 2.3 Het opstappen van een bestuurder ligt in de risicosfeer van een onderneming

Bouwhulpgroep BV (hierna: BHG) heeft meerdere bewoners geadviseerd voor het klimaatneutraal maken van hun woningen op basis van een concept van BHG. Voor de uitvoering van dit concept is Alliantie+ BV opgericht, waarmee de bewoners aannemingsovereenkomsten hebben gesloten. BHG heeft zich garant gesteld voor het afronden van de werkzaamheden. Voordat de overeengeko-

men werkzaamheden aan de woningen waren afgerond gaat Alliantie+ failliet, waarna de bewoners aanspraak maken op de afbouwgarantie. BHG stelt dat geen beroep kan worden gedaan op de afbouwgarantie vanwege onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW) en (de beperkende werking van) de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 BW) en voert ter onderbouwing meerdere omstandigheden aan.<sup>19</sup>

Doordat facturen later werden voldaan, ontstonden problemen bij het voldoen van betalingsverplichtingen jegens leveranciers en (onder) aannemers. Dit werd deels veroorzaakt doordat Alliantie+ het werk later heeft opgeleverd dan afgesproken. Volgens het Hof was een gebrek aan liquide middelen voorzienbaar, gezien Alliantie+ kort tevoren was opgericht. Het opstappen van een bestuurder van BHG ligt ook in de risicosfeer van een onderneming. Het Hof overweegt dat dit ongetwijfeld een adering is geweest voor de onderneming, maar ziet niet in waarom deze situatie zo knellend zou zijn dat dit een beroep op onvoorziene omstandigheden zou rechtvaardigen.<sup>20</sup>

BHG stelt dat de bewoners geprofiteerd hebben van een grote waardestijging voor relatief weinig geld en dankzij een evenredig grote investering van Alliantie+ en BHG. Van een dergelijke samenhang is echter namelijk niet gebleken. Een waardestijging als gevolg van marktomstandigheden kan niet worden toegeschreven aan het conto van Alliantie+ en BHG en dat is ook niet anders als de waardestijging wordt gezien in combinatie met kostenstijgingen.<sup>21</sup>

Een vertraging in het project zou hebben geleid tot de stijging van materiaal- en bouwkosten. Het Hof overweegt in algemene zin dat dit een risico is dat veel voorkomt bij bouwproject van enige omvang en niet snel kan worden aangemerkt als onvoorziene omstandigheid of een factor die een beroep op de afbouwgarantie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar maakt. In tegenstelling tot de bewoners, waren Alliantie+ en BHG professionele partijen en horen vertrageningen en daarmee samenhangende kostenstijgingen in beginsel voor hun eigen rekening te blijven. Voor eventuele kostenverhogingen waar Alliantie+ bij het bepalen van de prijs geen rekening mee had hoeven te houden en die haar niet zijn toe te rekenen, kon Alliantie+ mogelijk een beroep doen op art. 7:753 BW, maar heeft dat niet gedaan.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 7 november 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:9389, ro. 3.2-3.13.

<sup>20</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 7 november 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:9389, ro. 3.14-3.23.

<sup>21</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 7 november 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:9389, ro. 3.14-3.23.

<sup>22</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 7 november 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:9389, ro. 3.14-3.23.

<sup>17</sup> RvA 3 augustus 2023, No. 37.296, r.o. 88-94.

<sup>18</sup> RvA 3 augustus 2023, No. 37.296, r.o. 99-111.

De bewoners zijn consumenten die de gevolgen van een faillissement van Alliantie+ hebben beperkt op een met Bouwgarant vergelijkbare manier. Het faillissement pakt slecht uit voor BHG, maar de gevolgen daarvan zijn ook niet van dien aard dat de bewoners het beding niet zouden mogen inroepen om te zorgen dat hun woningen zouden kunnen worden afgebouwd. Naar het oordeel van het Hof leiden de genoemde omstandigheden (in samenhang) niet tot de conclusie dat sprake is van een situatie zoals bedoeld in art. 6:258 BW of art. 6:248 BW.<sup>23</sup>

## 2.4 Het ondernemersrisico van een gespecialiseerde onderaannemer

Tussen een hoofdaannemer en onderaannemer is een overeenkomst gesloten voor de fabricage en levering van prefab houten wandelementen. Vanwege mondiale ontwikkelingen, zoals de COVID-19-pandemie, zijn de houtprijzen flink gestegen, wat volgens de onderaannemer de normaal te verwachten risico's overstijgt. Bij het sluiten van de overeenkomst had de onderaannemer in zijn aanbieding rekening gehouden met een prijsstijging van 20%, terwijl uit de houtprijsindex (EPV index) is gebleken dat de prijzen met 115% zijn gestegen. De onderaannemer maakt aanspraak op vergoeding van € 59.674,- voor de gestegen houtprijzen.<sup>24</sup>

Volgens de hoofdaannemer is de prijsstijging ten onrechte afgezet tegen de begroting, waardoor eventuele calculatiefouten voor rekening van hoofdaannemer komen. Ook zou de begroting niet kunnen worden gecontroleerd en staat niet vast dat de begroting aansluit bij de offerte die ten grondslag ligt aan de aanneemsom. De arbiters volgen hoofdaannemer niet in zijn stelling dat de verdeling hierom moet worden afgewezen.<sup>25</sup>

De hoofdaannemer stelt dat de onderaannemer de engineering eerder had kunnen afronden en het hout daardoor eerder had kunnen inkopen, waardoor de prijsstijgingen vanaf dat moment voor rekening van de onderaannemer moeten blijven. De arbiters gaan daar niet in mee, omdat niet op voorhand kan worden ingekocht; dat pas nadat de omvang en details van het werk zijn vastgesteld. Er is niet vast komen te staan dat de engineering in het eerste kwartaal van 2021 zover had kunnen zijn dat de onderaannemer het materiaal kon inkopen.<sup>26</sup>

Omdat de UAV 2012 van toepassing zijn moet de vordering van de onderaannemer volgens de hoofdaannemer worden beoordeeld aan de hand

van par. 47 UAV 2012 en het daarvoor geldende ondernemersrisico en aanzienlijkheidsvereiste.<sup>27</sup>

Volgens arbiters is het ondernemersrisico dat deel van de prijsstijgingen dat een aannemer voor eigen risico moet nemen. Over het algemeen zou dat 10% tot 20% van de materiaalkosten bedragen. De onderaannemer is gespecialiseerd in de inkoop en verwerking van houtproducten en voor gespecialiseerde aannemers zou een hoger ondernemersrisico gelden.<sup>28</sup> Gelet op het voorgaande en de 20% prijsstijging die de onderaannemer heeft voorzien in zijn aanbieding, concluderen arbiters dat een ondernemersrisico van 20% van toepassing is.<sup>29</sup>

De arbiters overwegen dat op basis van het voorgaande een resterende vordering van € 47.739,20 blijft (80% van € 59.674,00).<sup>30</sup> Volgens de arbiters is sprake van een aanzienlijke verhoging van de kosten van het werk als de verhoging meer bedraagt dan 5% van de aanneemsom (inclusief meer- en minderwerk) van € 482.318,54. Dat is een bedrag van € 24.115,94 en de prijsverhoging ligt daar ruim boven.<sup>31</sup>

De hoofdaannemer heeft zelf een bedrag ontvangen vanwege prijsstijgingen en op basis daarvan eerder aan onderaannemer voorgesteld om een bedrag te vergoeden van € 50.000,-. Omdat volgens arbiters voldoende aannemelijk is dat dit bedrag mede is bepaald op basis van het bedrag dat hoofdaannemer heeft ontvangen, vinden arbiters het redelijk dat hoofdaannemer aan onderaannemer een vergoeding betaalt van € 47.739,20. Daarom heeft de onderaannemer recht op een (volledige) vergoeding van het gevorderde bedrag, waarbij rekening wordt gehouden met de eerder genoemde aftrek door arbiters vanwege een ondernemersrisico.<sup>32</sup>

## 2.5 De overeenkomst voorziet in vergoeding op grond van par. 47 UAV 2012 en/of art. 6:258 BW

De aannemer heeft op 7 februari 2022 een aanbieding gedaan voor de 'uitbreiding en renovatie

<sup>27</sup> RvA 13 november 2023, No. 37457, r.o. 37.

<sup>28</sup> Deze overweging lijkt mij niet juist. Dit impliceert namelijk dat gespecialiseerde aannemers in hun aanbiedingen altijd rekening moeten houden met een hoger ondernemersrisico dan niet-gespecialiseerde aannemers, waardoor ongelijke aanbiedingen ontstaan en partijen op ongelijke voet worden beoordeeld. Gesteld zou wel kunnen worden dat een gespecialiseerde aannemer, gezien zijn marktkennis, beter op de hoogte zou moeten zijn van de redelijkerwijs te verwachten prijsstijgingen dan een niet-gespecialiseerde aannemer.

<sup>29</sup> RvA 13 november 2023, No. 37457, r.o. 39-40.

<sup>30</sup> Deze berekening - waarin het ondernemersrisico in mindering wordt gebracht op de prijsstijging - lijkt mij niet juist en staat ook haaks op r.o. 39 waarin arbiters overwegen dat het ondernemersrisico een percentage van de materiaalkosten bedraagt. Door deze berekening van arbiters komt twee keer een prijsstijging van 20% voor rekening van de onderaannemer, namelijk via zijn aanbieding en via de in r.o. 36 opgenomen berekening.

<sup>31</sup> RvA 13 november 2023, No. 37457, r.o. 41-42.

<sup>32</sup> RvA 13 november 2023, No. 37457, r.o. 43-44.

<sup>23</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 7 november 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:9389, ro. 3.14-3.23.

<sup>24</sup> RvA 13 november 2023, No. 37457.

<sup>25</sup> RvA 13 november 2023, No. 37457, r.o. 31-32.

<sup>26</sup> RvA 13 november 2023, No. 37457, r.o. 34.

van C. te X'. Op 25 juli 2022 is het werk definitief gegund en de overeenkomst gesloten. In artikel 13a van de overeenkomst staat dat partijen de gevolgen van de maatregelen ter bestrijding van het COVID-19-virus niet volledig kunnen overzien. Ten aanzien van de oorlog in Oekraïne beschrijft artikel 13b en 13c dat partijen op het moment van inschrijven door opdrachtnemer nog niet bekend waren met het conflict. In deze bepaling is afgesproken dat het conflict valt onder de werking van art. 6:258 BW en par. 47 UAV 2012. Als tijdige en/of correcte nakoming van de overeenkomst niet mogelijk blijkt als gevolg van omstandigheden die verband houden met de oorlog, zullen partijen volgens deze bepalingen nader overleg plegen over de gevolgen daarvan, waaronder de optie van bijbetaling, termijnsverlenging en/of verschuiving van de opleveringsdatum.<sup>33</sup>

Op 7 april 2022 geeft opdrachtgever aan dat meer tijd nodig was voor de voorbereiding van het werk en daarom pas later kan worden gestart. De aannemer wijst de opdrachtgever op 19 april 2022 op indexering en extreme prijsstijging in relatie tot deze vertraging. Omdat partijen over enkele claims geen overeenstemming bereiken, is een spoedbodemeschil aanhangig gemaakt, waarin de aannemer ook aanspraak maakt op vergoeding van indexering wegens een verlate start van het werk en bijbetaling op grond van kostenverhogende omstandigheden als gevolg van de oorlog in Oekraïne.<sup>34</sup>

De vordering voor indexering op grond van de BDB-index wegens een verlate start van het werk wordt afgewezen, omdat de memorie van eis volgens arbiters onvoldoende grondslag biedt voor een afzonderlijke indexering. Arbiters overwegen dat prijsstijgingen na 8 februari 2022 voor vergoeding in aanmerking komen op grond van onvoorziene omstandigheden in de zin van par. 47 UAV 2012 in samenhang met art. 13 van de overeenkomst. Deze prijsstijgingen kunnen worden berekend op basis van de BDB-index of door offertes te vergelijken met de werkelijk betaalde prijzen. De eerste methode is volgens arbiters eenvoudig en de tweede gecompliceerd. In de overeenkomst is geen afspraak gemaakt over de methode van berekenen en vooralsnog kiezen partijen voor de tweede methode. Als gevolg van deze keuze leent de vordering zich niet voor behandeling in een spoedgeschil en doen arbiters geen einduitspraak.<sup>35</sup>

### 3. De maatstaven van redelijkheid en billijkheid

#### 3.1 Naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid mag geen ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst worden verwacht

De aannemer heeft met NL Boompjes een overeenkomst gesloten voor het realiseren van een appartementencomplex op een stuk grond van NL Boompjes, waarna kopers van aannemer een appartement in dat appartementencomplex hebben gekocht. Voordat kon worden gestart met de realisatie van het appartementencomplex moest NL Boompjes een bestaand gebouw aan de aannemer opleveren zodat de aannemer dat gebouw kon slopen. Dit heeft vertraging opgelopen vanwege de aanwezigheid van asbest en instabiliteit van het gebouw door het verwijderen van het asbest. Tijdens de realisatiefase heeft de aannemer meerdere vertragingen opgelopen door obstakels in de bodem en de gevolgen van het coronavirus. Door de vertragingen is het bouwproject later opgeleverd, waarna kopers betaling hebben gevorderd van de contractuele boete. De aannemer heeft zich daartegen verweerd met een beroep op een contractuele regeling voor bouwtijdverlenging in geval van onwerkbare dagen, onvoorziene omstandigheden en overmacht.<sup>36</sup>

Volgens de aannemer horen de vertragingen als gevolg van de aanwezigheid van asbest, de ontstane instabiliteit van het gebouw en de obstakels in de bodem niet voor zijn rekening te komen, omdat deze onder de contractuele verantwoordelijkheid vallen van NL Boompjes. De rechtbank overweegt dat eventuele afspraken tussen aannemer en NL Boompjes niet aan de kopers kunnen worden toegewezen. Daar komt bij dat de aannemingsovereenkomsten met kopers in 2018 zijn gesloten en aannemer daarin had kunnen verwerken dat het gebouw niet in juni maar in september 2017 door NL Boompjes aan aannemer was opgeleverd. Bij het aangaan van de overeenkomst met NL Boompjes heeft aannemer ook afspraken gemaakt over de aansprakelijkheid voor de bodem. Dat hij in het verlengde daarvan geen afspraken heeft gemaakt met kopers, komt voor zijn eigen risico. Gelet op het voorgaande slaagt voor deze onderdelen het beroep op bouwtijdverlenging, onvoorziene omstandigheden en overmacht niet.<sup>37</sup>

Het coronavirus heeft tot gevolg gehad dat de liften laten zijn geleverd (vanwege een gesloten fabriek) en door de RIVM-maatregelen minder personeel op de bouwplaats aanwezig mocht zijn. Hierdoor is aannemer geconfronteerd met 60 dagen vertraging. De rechtbank overweegt dat de

33 RvA 29 november 2023, No. 37.694, r.o. 5.

34 RvA 29 november 2023, No. 37.694, r.o. 5.

35 RvA 29 november 2023, No. 37.694, r.o. 9-12.

36 Rb. Rotterdam 8 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2187.

37 Rb. Rotterdam 8 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2187, r.o. 6.14-6.16, 6.18-6.22.

pandemie en de gevolgen daarvan niet in de overeenkomsten zijn verdisconteerd en partijen over en weer ook niet mochten verwachten dat dit wel het geval zou zijn. Toen de aannemingsovereenkomsten werden gesloten was er wereldwijd nog geen enkel signaal van een uitbraak, laat staan van 'maatregelen van een soort en mate die in de geschiedenis niet eerder hebben plaatsgevonden'. Het betoog dat bij het voortduren van de pandemie de maatregelen niet meer onvoorzien waren, slaagt niet. Het gaat namelijk niet om wat aannemer medio en eind 2020 kon verwachten, maar om de vraag of deze pandemie is voorzien in de in 2018 gesloten overeenkomst. De stelling dat aannemer had kunnen en moeten anticiperen op de coronamaatregelen doet niet ter zake; vanwege de RIVM-maatregelen kon aannemer niet meer personeel inzetten om de vertraging te verminderen.<sup>38</sup>

De 60 dagen vertraging vormen een onvoorzien omstandigheid, op grond waarvan de kopers naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst konden verwachten. Ten aanzien van de vraag hoe dit moet doorwerken in de overeenkomst, overweegt de rechtbank dat zowel aannemer als kopers niet verantwoordelijk zijn voor de coronapandemie. Dat neemt niet weg dat de rechtbank van mening is dat aannemer geen boete verschuldigd is voor vertragingen die buiten zijn macht vallen. In lijn met de systematiek van de aannemingsovereenkomst, waaruit volgt dat aannemer recht heeft op bouw-tijdverlening als sprake is van omstandigheden buiten de aansprakelijkheid van aannemer, verlengt de rechtbank de toegestane bouw-tijd met 60 dagen.<sup>39</sup>

### 3.2 Een onhandig gemaakte afspraak is geen onvoorzien omstandigheid, noch is die in strijd met de maatstaven van de redelijkheid en billijkheid

Partijen hebben een overeenkomst gesloten voor de realisatie van een 'vakantiewoning/gastenverblijf', waarbij de aannemer zijn inkoopkosten zonder toeslag mocht doorbelasten aan opdrachtgever en zijn gemaakte uren tegen een bepaald tarief. Tijdens de realisatiefase schort opdrachtgever de betaling van een aantal facturen op vanwege een discussie over de deugdelijkheid van het uitgevoerde werk en omdat op enig moment is afgesproken dat de aannemer bepaalde werkzaamheden kosteloos zou uitvoeren. Op zitting verklaart aannemer dat hij geen keus had toen deze afspraak over het kosteloos uitvoeren werd gemaakt, omdat hij de voorgeschoten materiaalkosten alleen betaald zou krijgen als hij met dit voorstel akkoord ging. De

aannemer is van mening dat hij niet gebonden is aan deze afspraak.<sup>40</sup>

De kantonrechter vat dit op als een beroep op misbruik van omstandigheden, maar gaat daar niet in mee. Uit de stukken blijkt namelijk niet dat aannemer zich bij deze afspraak in het nauw gedreven voelde en voor een geslaagd beroep op misbruik van omstandigheden is vereist dat opdrachtgever wist of behoorde te weten dat aannemer zich door bijzondere omstandigheden gedwongen voldeende om de afspraak te maken. Tot slot beroept aannemer zich in dit kader nog op de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 en 2 BW) en gewijzigde omstandigheden (art. 6:258 BW). Dit beroep snijdt volgens de kantonrechter geen hout, omdat deze bepalingen niet zijn bedoeld voor situaties als deze.<sup>41</sup>

### 3.3 Een herziening van een reeds uitgevoerde overeenkomst is zelden in overeenstemming met de redelijkheid en billijkheid

Een opdrachtgever en hoofdaannemer hebben een overeenkomst gesloten voor de bouw en inrichting van de 'nieuwe J. op de K'. De hoofdaannemer heeft onderdelen van het werk opgedragen aan circa 145 onderaannemers. Gedaagden zijn samen onderaannemer voor het 'Mechanical Engineering en Plumbing Works' en hebben zelf het door hen te verrichten werk deels opgedragen aan 42 onder-aannemers, waaronder eiser die opdracht heeft gekregen voor de levering en installatie van kabelgoten. Als gevolg van een voortijdige beëindiging van de overeenkomst tussen opdrachtgever en de hoofdaannemer, is de overeenkomst tussen eiser en gedaagde automatisch geëindigd en een geschil ontstaan over de wijze van eindafrekening en de hoogte daarvan.<sup>42</sup>

Voor de betaling van de reguliere termijnen is een procedure overeengekomen waarbij de betaling van gedaagden aan eiser afhangt van de afgifte van een betalingscertificaat door de opdrachtgever. Eiser stelt dat deze (*back-to-back*) procedure niet van toepassing is voor de voortijdige eindafrekening. Hierdoor zou de vordering van eiser op gedaagden tot betaling van de eindafrekening opeisbaar zijn voordat de betalingsprocedure met opdrachtgever is afgerond. De arbiters gaan met gedaagden erin mee dat geen sprake is van een afwijkende procedure. De afrekening vanwege de voortijdige beëindiging van het werk moet op alle niveaus op dezelfde wijze plaatsvinden als zou zijn gedaan bij een reguliere afronding van het project.<sup>43</sup>

<sup>38</sup> Rb. Rotterdam 8 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2187, r.o. 6.27-6.28.

<sup>39</sup> Rb. Rotterdam 8 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2187, r.o. 6.29-6.37.

<sup>40</sup> Rb. Noord-Holland 17 mei 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:4352, r.o. 5.1-5.11.

<sup>41</sup> Rb. Noord-Holland 17 mei 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:4352, r.o. 5.11-5.14.

<sup>42</sup> RvA 19 juni 2023, No. 37.406.

<sup>43</sup> RvA 19 juni 2023, No. 37.406, r.o. 34-46.

Eiser heeft een beroep gedaan op art. 7:753 BW (kostenverhogende omstandigheden) vanwege de gevolgen van wijzigingen in het ontwerp en de planning van het project. Dit beroep slaagt niet omdat partijen in de overeenkomst hebben onderkend dat het ontwerp en planning zou kunnen wijzigen. Voor de behandeling van dergelijke wijzigingen is een uitvoerige regeling overeengekomen en partijen hebben ook gehandeld naar deze regeling. Het beroep op art. 6:258 BW (onvoorziene omstandigheden) slaagt ook niet, omdat eiser geen concrete feiten en omstandigheden heeft aangevoerd die een beroep rechtvaardigen. De arbiters overwegen dat niet is uitgesloten dat een al uitgevoerde overeenkomst kan worden herzien op grond van art. 6:258 BW, maar een dergelijke herziening met het oog op de rechtszekerheid zelden in overeenstemming is met de redelijkheid en billijkheid.<sup>44</sup>

Het beroep op art 6:248 BW faalt ook. Eiser heeft onvoldoende toegelicht waarom het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn dat gedaagde een beroep doet op de overeengekomen *back-to-back*-bepalingen uit de overeenkomst. Volgens de arbiters blijkt uit de stukken dat zowel gedaagde als eiser professionele partijen zijn, die welbewust akkoord zijn gegaan met de *back-to-back* overeengekomen risico's en risicoverdeling.<sup>45</sup>

## 4. De stelplicht en (eventuele) bewijslast

### 4.1 Niet onderbouwd dat de kosten van het werk aanzienlijk zijn verhoogd

De gemeente heeft een overeenkomst gesloten voor de realisatie van een nieuw kantoorpand. Tijdens de uitvoering van het werk ontstaan verschillende discussies, onder andere over wie de kosten moet dragen voor het verwijderen van grond en het leveren van een aggregaat voor bouwstroom.<sup>46</sup>

Opdrachtgever is van mening dat de aannemer er niet op mocht vertrouwen dat het afvoeren van grond slechts in beperkte mate nodig zou zijn. Volgens de aannemer komen extra kosten voor vergoeding in aanmerking. Deze kosten zijn volgens de aannemer niet zozeer aan te merken als meerwerk, maar als kostenverhogende omstandigheid in de zin van par. 47 UAV 2012. Partijen verschillen van mening over het moment van vaststellen van het peil van het werk, of grond in depot moest worden opgeslagen en voor wiens rekening het afvoeren en storten van de grond zou moeten komen. De rechtbank gaat niet inhoudelijk in op deze punten, maar overweegt dat op aannemer een stelplicht rust dat is voldaan aan de in par. 47 lid 1 UAV 2012 ge-

noemde voorwaarden. De aannemer heeft niet toegelicht waarom het afvoeren en storten van grond (voor een bedrag van € 27.748,62) een aanzienlijke verhoging is van de kosten van het werk (met een aanneemsom van € 3.420.000,-). Omdat deze onderbouwing ontbreekt, staat niet vast dat sprake is van een kostenverhogende omstandigheid in de zin van par. 47 lid 1 UAV 2012.<sup>47</sup>

De opdrachtgever heeft een transformator ter beschikking gesteld voor de stroomvoorziening. Om van deze transformator gebruik te kunnen maken, zou de aannemer in plaats van een standaardkabel een hele dure kabel moeten gebruiken. In plaats daarvan heeft de aannemer een aggregaat geplaatst. De aannemer heeft hiervoor eveneens niet toegelicht waarom sprake zou zijn van een aanzienlijke verhoging van de kosten van het werk, vanwege het bedrag van € 18.188,40 voor het toepassen van het aggregaat. Het beroep op par. 47 lid 1 UAV 2012 is volgens de rechtbank onvoldoende onderbouwd en slaagt niet.<sup>48</sup>

Ten overvloede merkt de rechtbank op dat uit het bestek ondubbelzinnig blijkt dat een kabel nodig is om de transformator te bereiken en het op de weg van de aannemer lag om na te gaan welke kabel nodig zou zijn en wat daarvan de kosten zijn. Omdat de aannemer dat niet heeft gedaan, kan hij zich er niet op beroepen dat hij niet wist dat een speciale en zeer dure kabel nog zou zijn.<sup>49</sup>

### 4.2 Onvoldoende gesteld en aannemelijk gemaakt dat de vertraging is veroorzaakt door de coronapandemie

Tussen partijen is op 19 augustus 2019 een (model)aannemingsovereenkomst gesloten voor de bouw van een gebouw waarvan de opdrachtgevers een appartementsrecht verkrijgen. De bouwtijd van het appartement is overschreden met 51 dagen, waarna de opdrachtgevers aanspraak maken op de boete/schadevergoeding. De aannemer heeft in eerste aanleg gesteld dat sprake is van onvoorziene omstandigheden en hij daarom recht heeft op termijnsverlenging van 86 dagen. De arbiter heeft in eerste aanleg overwogen dat de uitbraak van het coronavirus is te kwalificeren als onvoorziene omstandigheid, maar de aannemer onvoldoende heeft gesteld dat de vertraging daarvan het gevolg is.<sup>50</sup>

Volgens de aannemer is het beroep op onvoorziene omstandigheden in eerste aanleg ten onrecht-

<sup>47</sup> Rb. Amsterdam 17 mei 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:3205, r.o. 4.49-4.55.

<sup>48</sup> Rb. Amsterdam 17 mei 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:3205, r.o. 4.62-4.66.

<sup>49</sup> Rb. Amsterdam 17 mei 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:3205, r.o. 4.69.

<sup>50</sup> RvA 1 december 2022, No. 82.140; J. Springelkamp, 'Kroniek over kostenverhogende en onvoorziene omstandigheden in het bouwcontractrecht 2022', *TBR* 2023/16, p. 134-142 op p. 139.

<sup>44</sup> RvA 19 juni 2023, No. 37406, r.o. 49-54.

<sup>45</sup> RvA 19 juni 2023, No. 37406, r.o. 55.

<sup>46</sup> Rb. Amsterdam 17 mei 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:3205.



te afgewezen, omdat het inmiddels gemeengoed is dat de coronacrisis kwalificeert als onvoorziene omstandigheid en de arbiter in eerste aanleg niet tot de conclusie had mogen komen dat de causaliteit tussen de gestelde vertraging en de coronacrisis ontbreekt.<sup>51</sup>

De aannemer betoogt in hoger beroep dat hij als gevolg van de coronapandemie een vertraging heeft ondervonden van 86 dagen, nu de werkzaamheden van de betrokken onderaannemers na elkaar moesten worden uitgevoerd op het kritieke pad. Uit art. 11 lid 1 van de toepasselijke Algemene voorwaarden voor de aannemingsovereenkomst voor appartementsrechten, volgt dat werkdagen als onwerkbaar moeten worden beschouwd als door omstandigheden buiten de schuld van de aannemer voor tenminste vijf uren voor het grootste deel niet kan worden gewerkt door werknemers en/of machines. Omdat de aannemer zich niet op het standpunt heeft gesteld dat het werk gedurende een of meerdere dagen voor vijf uren of meer heeft stilgelegen, slaagt het beroep op deze bepaling niet. Een beroep op overmacht slaagt evenmin omdat nakoming van de overeenkomst nog wel mogelijk was.<sup>52</sup>

De (appel)arbiters overwegen dat de opmerkingen in het dagboek, zoals 'weer mensen te weinig ivm corona' en 'nog steeds 1 ploeg te weinig ivm corona' onvoldoende onderbouwing zijn voor een beroep op onvoorziene omstandigheden. De aannemer heeft niet aan de hand van concrete voorbeelden aannemelijk gemaakt dat het kritieke pad van de planning niet kon worden gehaald als gevolg van de coronapandemie. De onderbouwing van de vertraging door onderaannemers bestaat niet uit meer dan (concept)verklaringen die door de aannemer zelf zijn opgesteld en waarin andere vertragingsoorzaken niet worden uitgesloten. De onderaannemers zijn ook niet op zoek gegaan naar oplossingen en de aannemer heeft de onderaannemers daar ook niet op aangesproken. De aannemer heeft alle vertraging geaccepteerd om de verhoudingen met de onderaannemers niet te verstoren. Dat is een keuze van de aannemer zelf geweest, die volgens de (appel)arbiters niet kan worden afgewend op de opdrachtgevers.<sup>53</sup>

De stelling dat de gevolgen van de coronacrisis vanwege onvoorziene omstandigheden dan wel naar redelijkheid en billijkheid tussen partijen

evenredig moeten verdelen worden, treft ook geen doel. Aan de verdeling van de gevolgen van een onvoorziene omstandigheid wordt pas toegekomen als het beroep op die onvoorziene omstandigheid is gehonoreerd en daar is in dit geval geen sprake van. Bij een toetsing op grond van art. 6:248 lid 2 BW (beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid) dient terughoudendheid te worden betracht en er zal in de eerste plaats ook aannemelijk moeten worden gemaakt dat de vertraging is ontstaan als gevolg van corona. De aannemer is daarin niet geslaagd, waarmee vaststaat dat het opleggen van een gefixeerde schadevergoeding niet onaanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Als laatste poging heeft de aannemer nog een verzoek gedaan tot matigen van de gefixeerde schadevergoeding. Dat beroep slaagt evenmin omdat de aannemer niet heeft onderbouwd waarom het toepassen van een boetebeding tot een buitensporig resultaat zou leiden.<sup>54</sup>

### 4.3 Bewijsnood zorgt niet voor minder hoge eisen aan de bewijslast of een andere verdeling daarvan

Naar aanleiding van de in par. 4.2 beschreven vertraging, hebben ook twee andere procedures plaatsgevonden.<sup>55</sup> In deze procedures stelt de aannemer eveneens dat sprake was van overmacht (art. 6:75 BW), het naar maatstaven van redelijkheid onaanvaardbaar zou zijn om een beroep te doen op de gefixeerde schadevergoedingsregeling (art. 6:248 lid 2 BW) dan wel dat sprake is van onvoorziene omstandigheden van dien aard dat de opdrachtgevers geen ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst mogen verwachten (art. 6:258 lid 1 BW) en de gefixeerde schadevergoeding moet worden gematigd indien een beroep op de hiervoor genoemde regelingen niet slaagt.<sup>56</sup>

De arbiter overweegt dat de bouw een van de weinige sectoren was waar nog kon worden gewerkt tijdens de coronapandemie en de aannemer voor een beroep op overmacht moet aantonen dat nakoming van de overeenkomst onmogelijk was. Als bewijs heeft de aannemer zonder deugdelijke toelichting een aantal plannings en eenzijdig opgestelde en niet te verifiëren (standaard)verklaringen van onderaannemers overlegd, die volgens de arbiter onvoldoende zijn om aan te nemen dat door de coronapandemie een vertraging is ontstaan. Daar komt bij dat de aannemer niet dan wel onvoldoende heeft toegelicht welke maatregelen zijn genomen

<sup>51</sup> RvA 2 augustus 2023, No. 89.084; Ten aanzien van deze vertraging hebben gelijktijdig met de procedure in hoger beroep ook twee andere procedures in eerste aanleg plaatsgevonden, waarin door de aannemer nagenoeg dezelfde stellingen zijn ingenomen en de arbiters tot dezelfde overwegingen komen als de appelarbiters. Voor zover deze procedures aan elkaar gelijk zijn, beschrijf ik deze hierna tegelijkertijd.

<sup>52</sup> RvA 2 augustus 2023, No. 89.084

<sup>53</sup> RvA 2 augustus 2023, No. 89.084, r.o. 35-41; RvA 8 september 2023, No. 82.269, r.o. 42-44; RvA 19 september 2023, No. 82.279, r.o. 59-61.

<sup>54</sup> RvA 2 augustus 2023, No. 89.084, r.o. 42-45; r.o. 27-33; RvA 8 september 2023, No. 82.269, r.o. 48-53; RvA 19 september 2023, No. 82.279, r.o. 65-67.

<sup>55</sup> Ik behandel deze twee procedures gelijktijdig omdat in beide procedures nagenoeg dezelfde stellingen zijn ingenomen, de aannemer zich op dezelfde bepalingen beroept en de arbiter tot dezelfde overwegingen komt.

<sup>56</sup> RvA 10 augustus 2023, No. 82.272; RvA 10 augustus 2023, No. 82.273.

om een vertraging te voorkomen of te beperken. De arbiter gaat niet mee in de stelling dat het haast onmogelijk is om te bewijzen dat de vertraging is ontstaan door de coronapandemie en dat daarom mindere hoge eisen gesteld zouden moeten worden aan de bewijslast. De enkele omstandigheid dat een partij in bewijsnood verkeert, is volgens de arbiter onvoldoende om de bewijslast anders te verdelen of daar minder hoge eisen aan te stellen.<sup>57</sup>

Ook komt niet vast te staan dat een beroep op de gefixeerde schadevergoedingsregeling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn en de aannemer daarom een beroep toekomt op art. 6:248 lid 2 BW. Omdat bij toepassing van art. 6:258 BW volgens de arbiter dezelfde terughoudend moet worden betracht als bij art. 6:248 lid 2 BW, kan de aannemer ook geen geslaagd beroep doen op art. 6:258 BW. Daar komt nog bij dat toen de aannemer wist dat hij de bouw-tijd zou gaan overschrijden, hij aan de opdrachtgever heeft gemeld dat de appartementen op tijd zouden worden opgeleverd.<sup>58</sup>

Met de stelling dat hij zich tot het uiterste heeft ingespannen om vertraging te voorkomen, meerdere opdrachtgevers in dit project aanspraak maken op een gefixeerde schadevergoeding en hij een aanzienlijk bedrag moet betalen als deze vergoedingen niet worden gematigd, heeft de aannemer onvoldoende gesteld en aannemelijk gemaakt dat de billijkheid klaarblijkelijk een matiging van de schadevergoeding eist. Het verzoek tot matiging van de gefixeerde schadevergoeding wordt daarom niet gehonoreerd.<sup>59</sup>

#### 4.4 De omstandigheid is niet aangetoond met een plausibele verklaring

Partijen hebben een overeenkomst gesloten voor het vernieuwen en versterken van een kademuur en verdiepen van een watergang. Omdat het niet lukte om de damwandplanken overal op diepte te krijgen, heeft opdrachtnemer damwandplanken ingekort. Bij oplevering stond niet vast of deze damwanden rekenkundig voldeden en daarom had opdrachtgever volgens arbiters goede gronden om de oplevering te weigeren. Ondanks dat opdrachtnemer na de overeengekomen opleverdatum de stabiliteit heeft aangetoond met aangepaste parameters, is de vertraging in oplevering aan opdrachtnemer toe te rekenen. Bij een overeenkomst op basis van de UAV-GC 2005 is het volgens arbiters aan op-

drachtnemer om (tussentijds) aan te tonen dat het werk voldoet aan de gestelde eisen.<sup>60</sup>

Een beroep op par. 13 lid 2 UAV-GC 2005 slaagt niet omdat opdrachtnemer niet heeft aangetoond dat alle voorzorgsmaatregelen zijn genomen die gelet op de omstandigheden van het geval van een zorgvuldig opdrachtnemer mogen worden verwacht. Een beroep op onvoorziene omstandigheden slaagt evenmin. Met de stelling dat niet uit te sluiten obstakels in de ondergrond 'de meest plausibele verklaring' zijn voor het niet op diepte krijgen van de damwandplanken, heeft het door opdrachtnemer ingeschakelde ingenieursbureau namelijk niet aangetoond dat de damwandplanken hierdoor niet op diepte zijn gekomen. Daar komt bij dat de damwanden die niet heidend maar trillend zijn aangebracht, wel op diepte zijn gekomen.<sup>61</sup>

Opdrachtnemer stelt dat hij door voor rekening van opdrachtgever komende vertraging in de afgifte van vergunningen, is geconfronteerd met extreem langdurig en zeldzaam lage waterstanden. Dit had extra kosten voor het baggerwerk tot gevolg. Omdat deze omstandigheid bij het aangaan van de overeenkomst niet voorzienbaar was, maakt opdrachtnemer aanspraak op vergoeding van deze kosten. Uit de overlegde stukken blijkt echter dat het baggerwerk met name is vertraagd door voor rekening van opdrachtnemer komende omstandigheden. Zo was een deel van de kademuur niet tijdig gerealiseerd en moest opdrachtnemer aanvullend bodemonderzoek verrichten en een extra hulpwand plaatsen. De voor rekening van opdrachtgever komende omstandigheden waren niet van doorslaggevend belang voor de vertraging en daarom heeft opdrachtnemer volgens arbiters geen recht op vergoeding van de extra kosten.<sup>62</sup>

## 5. Een (meer dan gebruikelijk) prijsvastbeding

### 5.1 De aannemer en zijn opdrachtgevers in de problemen door een prijsvastbeding

De eisers hebben in september en oktober 2020 aannemingsovereenkomsten gesloten met Rijkshuis Bouw B.V. (hierna: Rijkshuis Bouw) voor de realisatie van drie woningen. Enig aandeelhouder en bestuurder van Rijkshuis Bouw is Rijkshuis B.V., waarvan Saenrijk B.V. op haar beurt enig aandeelhouder en bestuurder is. Gedaagde is enig aandeelhouder en bestuurder van Saenrijk B.V. Op 31 augustus 2021 wordt Rijkshuis Bouw failliet verklaard. Een maand later wordt het faillissement opgeheven wegens een gebrek aan baten. De eisers blijven achter met niet afgebouwde woningen. Dat heeft voor

<sup>57</sup> RvA 10 augustus 2023, No. 82.272, r.o. 30-34; RvA 10 augustus 2023, No. 82.273, r.o. 27-31.

<sup>58</sup> RvA 10 augustus 2023, No. 82.272, r.o. 35-36; RvA 10 augustus 2023, No. 82.273, r.o. 32-33.

<sup>59</sup> RvA 10 augustus 2023, No. 82.272, r.o. 37-38; RvA 10 augustus 2023, No. 82.273, r.o. 34-35.

<sup>60</sup> RvA 7 november 2023, No. 37.219, r.o. 35-42.

<sup>61</sup> RvA 7 november 2023, No. 37.219, r.o. 43-44, 91.

<sup>62</sup> RvA 7 november 2023, No. 37.219, r.o. 44, 97-108.

hen financiële gevolgen gehad en daarom vorderen zij op grond van schending van de Beklamefnorm een voorschot op een nog te begroten schadevergoeding.<sup>63/64</sup>

De Beklamefnorm houdt - kortgezegd - in dat een bestuurder van een vennootschap onrechtmatig handelt tegenover een schuldeiser als door de vennootschap een verbintenis niet wordt nagekomen en de bestuurder ten tijde van het sluiten van de verbintenis wist, of redelijkerwijs hoorde te begrijpen, dat de vennootschap de verbintenis niet na zou komen en ook geen verhaal zou gaan bieden voor vergoeding van de schade die door die wanprestatie zou ontstaan.<sup>65</sup> Hiervan zou sprake zijn omdat gedaagde ten tijde van het sluiten van de overeenkomst wist, dan wel redelijkerwijs had behoren te begrijpen, dat Rijkhuis Bouw de overeenkomst niet zou kunnen nakomen vanwege de extreme prijsstijgingen van de benodigde bouwmaterialen.<sup>66</sup>

Gedaagde betwist op basis van de CBS-houtindex dat hij rekening had behoren te houden met de opgetreden prijsstijgingen. Uit de CBS-houtindex blijkt dat de prijzen van de prijzen in de periode voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst stabiel waren en pas enkele maanden na het sluiten van de overeenkomst explosief zijn gestegen. Uit de door eisers overlegde publicaties blijkt volgens de rechtbank ook niet dat gedaagde wist, of behoorde te weten, dat de prijzen zouden gaan stijgen. Een van de publicaties gaat namelijk over prijzen van Amerikaans hout dat niet is toegepast en de andere publicaties dateren van na het sluiten van de overeenkomst.<sup>67</sup>

In de overeenkomsten is opgenomen dat 'doorberekening van meerdere of mindere kosten ten gevolge van wijziging van lonen, sociale lasten en materiaalprijzen is uitgesloten'. Volgens eiser heeft gedaagde in strijd gehandeld met art. 7:753 lid 3 BW, door onvoorziene of kostenverhogende omstandigheden niet tijdig te melden. Dit verwijt past niet alleen niet in de Beklamefnorm, maar is vol-

gens de rechter ook ongepast omdat Rijkhuis Bouw in de problemen is geraakt doordat de mogelijkheid om een prijsverhoging te vorderen contractueel was uitgesloten.<sup>68</sup>

Tot slot voeren eisers nog aan dat gedaagde heeft nagelaten vaart te zetten met de bouw toen zij bekend werd met de wetenschap van de (aankomende) prijsstijgingen. Eiser zou ook niet hebben gezorgd voor een CAR-verzekering en er zou sprake zijn van een gebrekkige uitvoering van de overeenkomst. Er wordt niet toegelicht welke schade zou zijn veroorzaakt door het ontbreken van een verzekering en volgens de rechtbank is ook niet gebleken dat hetgeen is misgegaan zo ernstig is, dat gedaagde vanwege zijn ondeskundigheid niet had mogen overgaan tot het sluiten van een overeenkomst. Volgens de rechtbank heeft gedaagde met inachtneming van de moeilijke omstandigheden juist goed gewerkt. De rechtbank concludeert dat de Beklamefnorm niet kan dienen als grondslag voor aansprakelijkheid van gedaagde. De vordering van eisers wordt afgewezen.<sup>69</sup>

## 6. De waarschuwingsplicht

### 6.1 Meerdere keren gewaarschuwd

Gedaagde heeft met een aannemer een overeenkomst gesloten voor de realisatie van een woning voor gedaagde. Voor de benodigde bronbemaling heeft de aannemer Bedrijf X ingeschakeld, dat op maandag 12 april 2021 de bronbemaling aan heeft gezet. Op 13 april 2021 constateerde het Waterschap een te hoog ijzergehalte in het geloosde water en dat had tot gevolg dat een alternatieve (duurdere) bronbemaling nodig was. Op maandag 19 april 2021 is gestart met de alternatieve bronbemaling. Na afronding van de bronbemaling is een discussie ontstaan over de betaling van de kosten voor de bronbemaling. Volgens gedaagde zou de aanneemsom vast zijn, zonder voorbehoud of extra voorwaarden. De rechtbank gaat daar niet in mee omdat de aannemer een aanpassing van de prijs vordert vanwege de hogere kosten van de alternatieve bronbemaling, die nodig was vanwege het te hoge ijzergehalte dat is ontstaan doordat (i) de bronbemaling een weekend zonder filter heeft gedraaid en (ii) op maandag 12 april 2021 op volle kracht heeft gedraaid met maar één filter.<sup>70</sup>

**63** Een gebruikelijk 'prijsvastbeding' staat een beroep op art. 7:753 BW, par. 47 UAV 2012 en/of par. 44 lid 1 sub c UAV-GC 2005 niet in de weg (zie hierover o.a. RvA 3 juni 1976, No. 8070, Hof Den Haag 15 maart 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP7956 en RvA 9 juni 2015, No. 35.130); Met een 'meer dan gebruikelijk prijsvastbeding' wordt bedoeld een bepaling waarmee de toepassing van art. 7:753 BW, par. 47 UAV 2012 en/of par. 44 lid 1 sub c UAV-GC 2005 wordt uitgesloten (zie hierover o.a. Hof Den Haag 31 januari 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:83, TBR 2016/11, p. 1142, m.nt. W.J.M. Herber (Referentiepunt kostenverhogende omstandigheden), RvA 8 februari 2016, No 35.133; Zie over het voorgaande ook: J. Springelkamp, *Kostenverhogend of onvoorziene: een groot verschil of is dat te overzien? Een onderzoek naar de toepassingskaders van par. 47 UAV 2012 en par. 44 lid 1 sub c UAV-GC 2005*, Den Haag: IBR 2022, par. 4.4.3, 5.6 en bijlage 1.

**64** Rb. Limburg 31 mei 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:3432.

**65** HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:PHR:1989:AB9521, NJ 1990/286, m.nt. J.M.M. Maeijer (Beklamef).

**66** Rb. Limburg 31 mei 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:3432, r.o. 4.8.

**67** Rb. Limburg 31 mei 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:3432, r.o. 4.11-4.20.

**68** Rb. Limburg 31 mei 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:3432, r.o. 4.25-4.26; Ik vraag mij af of in dit geval daadwerkelijk sprake was van een 'meer dan gebruikelijk prijsvastbeding'. Door de rechtbank wordt daar niet uitgebreid op ingegaan en uit de uitspraak blijkt ook niet waarom de aannemer geen beroep heeft gedaan op de mogelijkheden om een prijsvastbeding te doorbreken.

**69** Rb. Limburg 31 mei 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:3432, r.o. 4.27-4.28.

**70** Rb. Gelderland 2 juli 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:4183, r.o. 3.6-3.9, 5.6-5.8.

Volgens de aannemer is de bronbemaling op vrijdag 9 april 2021 uitgezet na het proefdraaien en heeft Bedrijf X gedaagde gewaarschuwd dat de bronbemaling pas mocht worden aangezet na plaatsing van het filter (de ontzijzeringscontainer) op maandag 12 april 2021. Gedaagde stelt dat de pomp niet is uitgezet en hij niet is gewaarschuwd, maar dat staat volgens de rechtbank haaks op een WhatsAppbericht van gedaagde waarin staat 'Pompen worden aangezet zonder filter op mijn verantwoording'. Als gedaagde niets zou zijn verteld, zou er geen aanleiding zijn om de verantwoording op zich te nemen. Omdat gedaagde het hiervoor geciteerde deel van het WhatsAppbericht heeft wegge laten bij de overlegde productie 14, is niet voldaan aan de verplichting om de van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren (art. 21 Rv). De rechtbank maakt daaruit de gevolgtrekking dat gedaagde is gewaarschuwd, maar de pompen in het weekend *zonder filter* heeft laten draaien en de gevolgen daarvan op zich heeft genomen.<sup>71</sup>

Op maandag 12 april 2021 is het filter geplaatst en heeft bedrijf X de pompen ingesteld op een debiet van 40 tot 50%, zodat één filter voldoende was voor de gemeten hoeveelheid ijzer. Volgens de aannemer heeft gedaagde de pompen daarna op dezelfde dag op *volle kracht* gezet. Gedaagde betwist dat en voert aan dat hij niet weet hoe hij de pompen zou moeten opvoeren. De rechtbank acht deze betwisting onvoldoende, vanwege de gebeurtenissen van 13 april 2021. Op die dag werd door het Waterschap geconstateerd dat het ijzergehalte in het geloosde water te hoog was. Bedrijf X heeft de bronbemaling toen uitgezet en gedaagde heeft deze weer aangezet en dat per e-mail aan Bedrijf X laten weten. Toen bedrijf X op die e-mail reageerde dat het aanzetten 100% de verantwoording is van gedaagde, reageerde gedaagde met 'Klopt maar ik ben nergens bang voor'. De rechtbank maakt hieruit op dat gedaagde wist hoe hij de pompen moest bedienen en dat ook heeft gedaan.<sup>72</sup>

Het verweer dat de extra kosten niet zouden zijn gemaakt als de bemaling op 9 april 2021 correct zou zijn geïnstalleerd, slaagt ook niet nu het draaien zonder filter aan gedaagde is toe te rekenen. Omdat het te hoge ijzergehalte niet is toe te rekenen aan aannemer, slaagt zijn beroep op art. 7:753 lid 1 BW (kostenverhogende omstandigheden). Gedaagde heeft daar nog tegenin gebracht dat de aannemer niet tijdig heeft gewaarschuwd voor de noodzaak van een prijsverhoging (art. 7:753 lid 3 BW), maar ook dat verweer treft geen doel. De aannemer heeft op vrijdag 16 april 2021 het kostenoverzicht voor de alternatieve bronbemaling verstuurd en op 17 april 2021 met gedaagde besproken. Gedaagde

heeft geen akkoord gegeven op het kostenoverzicht, maar dat is volgens de rechtbank ook niet vereist. Tijdens het overleg op 17 april 2021 heeft gedaagde geen andere werkwijze voorgesteld of aangegeven de overeenkomst te willen opzeggen, terwijl deze mogelijkheden de ratio van de waarschuwingsplicht vormen.<sup>73</sup>

De aannemer vordert naast het voorgaande ook vergoeding van een heffing die hij van de provincie Gelderland opgelegd heeft gekregen omdat meer dan 100.000 m<sup>3</sup> grondwater is onttrokken. Deze vordering wordt afgewezen, omdat deze kosten niet worden gezien als meerwerk (er is namelijk geen sprake van een door de opdrachtgever gewenste toevoeging of verandering), geen sprake is van een kostenverhogende omstandigheid (in de zin van art. 7:753 lid 1 BW), aannemer onvoldoende heeft onderbouwd dat de heffing deel uit zou moeten maken van een redelijke prijs voor de bronbemaling en verder ook niet is gebleken dat aannemer met gedaagde heeft afgesproken dat de heffing kon worden doorbelast.<sup>74</sup>

## 7. Het opschortingsrecht

### 7.1 De hoogte van de schade staat nog niet vast, maar het recht op vergoeding daarvan wel

Na een aanbestedingsprocedure is tussen de gemeente en een aannemer een overeenkomst gesloten voor de sloop van een verpleeghuis. Met deze werkzaamheden zou worden gestart nadat de bewoners van het verpleeghuis zijn verhuisd naar een nabijgelegen nieuwbouw. Doordat de brandweer deze nieuwbouw heeft afgekeurd, kunnen de bewoners pas later verhuizen en ontstaat er vertraging in de beoogde start van de sloopwerkzaamheden. De aannemer stelt dat de opdrachtgever aansprakelijk is voor de kostenverhogende omstandigheden en schade, en maakt aanspraak op vergoeding daarvan wegens een schending door de opdrachtgever van de contractuele afspraken en/of schorsing van het werk zoals bedoeld in par. 14 UAV 2012 en/of kostenverhogende omstandigheden zoals bedoeld in par. 47 UAV 2012. De gemeente heeft aangegeven bereid te zijn de aantoonbaar geleden schade te vergoeden, mits de aannemer uiterlijk 1 juni 2023 een kostenopgave aanlevert.<sup>75</sup>

Partijen hebben de wens om tot een 'total package deal' te komen waar de startdatum van het werk onderdeel van is. De aannemer levert op 31 mei 2023 een kostenopgave aan en vraagt op 9 juni 2023 om een behoorlijk tegenvoorstel, zodat geen verdere vertraging ontstaat. Als reactie daar-

<sup>73</sup> Rb. Gelderland 2 juli 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:4183, r.o. 5.14-5.15.

<sup>74</sup> Rb. Gelderland 2 juli 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:4183, r.o. 5.17-5.18.

<sup>75</sup> RvA 23 augustus 2023, No. 37680.

<sup>71</sup> Rb. Gelderland 2 juli 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:4183, r.o. 5.9-5.11.

<sup>72</sup> Rb. Gelderland 2 juli 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:4183, r.o. 5.12-5.13.

op schrijft de gemeente op 14 juni 2023 dat een dreiging met opschorting niet in overeenstemming is met het gesprek tussen partijen en de aannemer niet mag starten zonder toestemming van de gemeente. Op vrijdag 23 juni 2023 heft de gemeente om 17.49 uur per e-mail de schorsing op en geeft aan dat niets in de weg staat aan de start van het werk. De aannemer reageert op maandag 26 juni dat een mededeling op vrijdagmiddag niet wil zeggen dat op maandag kan worden gestart en hij wegens het uitblijven van een voorstel van de gemeente nog steeds gerechtigd is om zijn verplichtingen op te schorten. Op 4 juli 2023 stuurt de opdrachtgever een voorstel voor de afwikkeling van de stagnatieschade, met de mededeling dat de aannemer uiterlijk 5 juli 2023 om 17.00 uur onvoorwaardelijk en schriftelijk moet bevestigen dat hij gaat starten met de werkzaamheden, zonder zich te beroepen op een opschortingsrecht. De aannemer wijst het voorstel op 5 juli 2023 af en geeft puntsgewijs een reactie op de brief van de gemeente. Omdat de aannemer niet de gevraagde bevestiging heeft gegeven, ontbindt de opdrachtgever de overeenkomst. De aannemer acht de ontbinding onrechtmatig en start een kort geding en bodemprocedure.<sup>76</sup>

De gemeente verwijst in haar pleitnota naar de uitspraak RvA 21 juli 2022, No. 37.456. In die procedure wilde de aannemer de werkzaamheden opschorten, vanwege een discussie over de vraag of de aannemer recht had op vergoeding van kostenverhogende omstandigheden in de zin van par. 47 UAV 2012 dan wel art. 7:753 BW en/of art. 6:258 BW. Omdat dat recht nog niet vaststond, mocht de aannemer het werk niet opschorten totdat daarover in een bodemprocedure anders zou worden beslist.<sup>77</sup> In de voorliggende zaak zijn de arbiters voorshands van oordeel dat het recht op vergoeding van prijsstijgingen wel vaststaat en het alleen nog ging over de hoogte van de vergoeding.<sup>78</sup>

Naar voorlopig oordeel was er volgens de arbiters geen grond voor ontbinding van de overeenkomst. De door de aannemer op 31 mei 2023 aangeleverde onderbouwing van schade was een goede basis om met elkaar in overleg of discussie te gaan. Het op 4 juli 2023 gedane financiële voorstel van de gemeente was niet onderbouwd en volgens de arbiters ook onder de maat. Het had op de weg van de gemeente gelegen om verder door te gaan op de argumenten en het tegenvoorstel dat de aannemer op 5 juli 2023 heeft gedaan. Omdat de overeenkomst feitelijk is beëindigd, stellen de arbiters de aannemer niet in de gelegenheid om het werk alsnog af te maken. De vordering om verder te onderhandelen

wordt afgewezen, omdat reeds een bodemprocedure aanhangig is gemaakt. De arbiters wijzen de aannemer een bedrag toe als voorschot op het in de bodemprocedure vast te stellen bedrag.<sup>79</sup>

## 7.2 Geen recht op opschorting omdat de hoogte van de schadevergoeding nog niet vaststond

In hoger beroep in kort geding van de in par. 7.1 beschreven zaak, grieft opdrachtgever onder andere dat geen sprake is van een spoedeisend belang, de gemeente geen juridisch afdwingbare aanspraak op vergoeding van stagnatieschade zou hebben erkend en ten onrechte een vergoeding van een voorschot is toegewezen. Daarbij zouden de arbiters hebben miskend dat de gemeente al in april 2023 uit coulance een bedrag heeft betaald als voorschot op een eventuele (nog door de aannemer te onderbouwen) stagnatieschade. De arbiters zouden volgens de gemeente buiten de reikwijdte van het kort geding zijn getreden, door een oordeel te vellen over de (on)rechtmatigheid van de ontbinding en het daaraan impliciet ten grondslag liggende oordeel dat de aannemer de start van het werk mocht opschorten.<sup>80</sup>

Volgens de appellarbiters is terughoudendheid geboden bij het toekennen van betaling van een voorschot. Voor toewijzing daarvan is vereist dat het bestaan van de vordering voldoende aannemelijk is en sprake is van feiten en omstandigheden die meebringen dat een onmiddellijke voorziening geboden is. De betaling moet dringend zijn en in elk geval is vereist dat een bodemprocedure niet kan worden afgewacht.<sup>81</sup>

De aannemer heeft volgens appellarbiters niet aannemelijk gemaakt dat sprake is van een dergelijk dringend belang. Toewijzing van een voorschot vergt daarnaast ook dat aannemelijk is dat in een bodemprocedure wordt aangenomen dat er voldoende grondslag bestaat voor toewijzing van schadevergoeding. De appellarbiters zijn voorlopig van oordeel dat de aannemer met recht aanspraak maakt op vergoeding van vertragingsschade, maar dat nog niet aannemelijk is dat deze schade hoger is dan het bedrag dat de gemeente uit coulance in april 2023 heeft voorgeschoten. Hiermee is ook niet vast komen te staan dat de aannemer destijds een vordering had op de gemeente, op grond waarvan de aannemer de werkzaamheden mocht opschorten wegens het uitblijven van de gevorderde vergoeding van vertragingsschade. De appellarbiters vernietigen de toewijzing van het voorschot. De aannemer moet het voorschot terugbetalen en de uitkomst in de bodemprocedure afwachten.<sup>82</sup>

<sup>76</sup> RvA 23 augustus 2023, No. 37.680.

<sup>77</sup> J. Springelkamp, 'Kroniek over kostenverhogende en onvoorzien omstandigheden in het bouwcontractenrecht 2022', *TBR* 2023/16, p. 134-142 op p. 141.

<sup>78</sup> RvA 23 augustus 2023, No. 37.680, r.o. 31.

<sup>79</sup> RvA 23 augustus 2023, No. 37.680, r.o. 28-30, 33.

<sup>80</sup> RvA 14 november 2023, No. 72.321.

<sup>81</sup> RvA 14 november 2023, No. 72.321, r.o. 21.

<sup>82</sup> RvA 14 november 2023, No. 72.321, r.o. 24-36.

## 8. Samen doorbouwen in onzekere tijden

Naar aanleiding van de prijsstijgingen als gevolg van de oorlog in Oekraïne en hoge inflatie, hebben ministers De Jonge (Volkshuisvesting en Ruimtelijke Ordening) en Harbers (Infrastructuur en Waterstaat) samen met diverse ketenpartijen de intentieverklaring ‘Samen doorbouwen in onzekere tijden’ ondertekend en op 31 mei 2022 gepubliceerd.<sup>83</sup>

Het doel van de intentieverklaring is het zoveel mogelijk voorkomen van vertraging of stilval van lopende projecten en nieuwe contractvorming. De betrokken partijen hebben verklaard rekening te gaan houden met elkaars positie en belangen en daar ook in redelijkheid en billijkheid naar te gaan handelen. Hiermee is geen wijziging van bestaande juridische afspraken of budgettaire kaders beoogd, maar wel een afspraak over de uitgangspunten om elkaar tegemoet te treden in geval van individuele casussen, zodat het vertrouwen wordt gegeven dat in veel gevallen een oplossing zal worden gevonden die – gelet op de moeilijke en onzekere tijden – passend is voor opdrachtgever en opdrachtnemer.<sup>84</sup>

Met de intentieverklaring is overeengekomen dat financiële risico's niet eenzijdig bij één partij neer worden gelegd. Bij aanbestedingen en nieuw te sluiten contracten zullen in goed onderling overleg afspraken worden gemaakt over de omgang met risico's van prijsstijgingen en leveringsproblemen, waarbij rekening wordt gehouden met elkaars belangen. Als bestaande contractuele afspraken door de crisis niet (tijdig) kunnen worden nagekomen, zullen partijen in goed onderling overleg afspraken maken over hoe in dat concrete geval te handelen. Met de intentieverklaring hebben partijen de wens en verwachting uitgesproken dat met de intentieverklaring de risico's worden verminderd, schade wordt beperkt en continuïteit in de bouwproductie en werkgelegenheid wordt bevorderd.<sup>85</sup>

Op basis van de hiervoor genoemde uitgangspunten zijn in het najaar van 2022 en voorjaar van 2023 vijf handelingskaders gepubliceerd. Het doel van deze handelingskaders is om per deelsec-

tor meer concrete kaders te geven voor hoe in een concrete situatie kan worden gehandeld. De handelingskaders zien op de omgang met prijsontwikkelingen, leveringsproblemen en de continuïteit van projecten. Gezien het thema van deze kroniek, richt ik mij in de volgende paragrafen hoofdzakelijk op de omgang met prijsontwikkelingen en leveringsproblemen.

### 8.1 Infrastructurele projecten decentrale overheden

Op 25 november 2022 is het ‘Handelingskader Infrastructuurle projecten decentrale overheden’ (in het kort: Handelingskader Infra regionaal) gepubliceerd. Het handelingskader beschrijft dat de bekendheid met de ‘juridische instrumenten’ voor prijswijzigingen en leveranties is afgenomen en geeft aan hoe deze kunnen worden toegepast op projecten.<sup>86</sup>

Voor de omgang met prijswijzigingen kan gebruik worden gemaakt van een indexering (voor verrekking van prijsontwikkeling naar de toekomst toe), risicoregeling (voor verrekking van prijsontwikkeling achteraf) en vergoeding van kosten als gevolg van onvoorziene of kostenverhogende omstandigheden (art. 7:753 BW, par. 47 UAV 2012 en par. 44 [lid 1 sub c] UAV-GC 2005). De indexen uit de risicoregeling worden in de praktijk nog wel eens gebruikt voor het aanpassen van prijzen naar de toekomst, maar een risicoregeling is volgens de opstellers daarvoor ongeschikt en niet bedoeld. Het handelingskader wijst erop dat de instrumenten ook gecombineerd kunnen worden toegepast, omdat naast de inzet van een indexerings- of risicoregeling ook sprake kan zijn van onvoorziene of kostenverhogende omstandigheden.<sup>87</sup>

Gelet op de onvoorspelbare prijsfluctuaties heeft het de voorkeur om de risicoregeling ook (vanaf de dag van aanvang) toe te passen op kortlopende projecten en gebruik te maken van zo kort mogelijk intervalperiodes. Het heeft daarnaast de voorkeur om transparant met elkaar in gesprek te gaan over onvoorziene of kostenverhogende omstandigheden en naar redelijkheid en billijkheid om te gaan met vergoeding van de kosten die daar het gevolg van zijn, eventuele regelingen wederkerig toe te passen en – met inachtneming van de administratieve last – transparant te zijn in de hoogte van de kosten.

Bij het gesprek over prijsstijgingen moet in goed overleg worden gekeken in hoeverre prijsstijgin-

**83** <[www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2022/05/31/intentieverklaring-samen-doorbouwen-in-onzekere-tijden-tegen-stijgende-bouwkosten](http://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2022/05/31/intentieverklaring-samen-doorbouwen-in-onzekere-tijden-tegen-stijgende-bouwkosten)>; De intentieverklaring is ondersteund door Aedes, IPO Interprovinciaal Overleg, Koninklijke Bouwend Nederland, Koninklijke NL Ingenieurs, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Ministerie van Economische Zaken en Klimaat, Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat, NEPROM Nederlandse Vereniging van Projectontwikkeling Maatschappijen, NVTB Nederlandse Vereniging Toeleverende Bouwmaterialenindustrie, Rijksvastgoedbedrijf, Rijkswaterstaat, Techniek Nederland, TKI Urban Energy, TNO, VNG Vereniging van Nederlandse Gemeenten, BNA Branchevereniging Nederlandse Architectenbureaus, Unie van Waterschappen.

**84** Intentieverklaring ‘Samen doorbouwen in onzekere tijden, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2022.

**85** Intentieverklaring ‘Samen doorbouwen in onzekere tijden, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2022.

**86** O.a. te downloaden via: <[www.pianoo.nl/document/20806/handelingskader-infrastructuurle-projecten-decentrale-overheden](http://www.pianoo.nl/document/20806/handelingskader-infrastructuurle-projecten-decentrale-overheden)>; Dit handelingskader is aanbevolen door Bizob, Bouwend Nederland, Cumela, Gemeente Amsterdam, Hoogheemraadschap van Delfland, MKB Infra, Provincie Gelderland, Provincie Overijssel, Vereniging van waterbouwers en Waterschap Hunze en Aa's.

**87** Handelingskader Infrastructuurle projecten decentrale overheden.

gen voorspelbaar waren of als onvoorzien kunnen worden gekwalificeerd, wat de invloed van eventuele vertragingen was op de prijsstijgingen en - indien de overeenkomst niet voorziet in het omgaan met de prijsstijgingen - welke mogelijkheden er zijn om de prijsstijgingen alsnog te gaan verrekenen (hiervoor zou alsnog gebruik gemaakt kunnen worden van een indexeringsregeling) op basis van werkelijke kosten en/of op korte termijn te verwachten kosten.<sup>88</sup>

Van vuistregels voor het aanzienlijkheidsvereiste of het vaststellen van een mate van eigen risico is geen sprake. Bij de beoordeling of sprake is van een kostenverhogende of onvoorziene omstandigheden die in redelijk aanspraak geeft op vergoeding, moet worden uitgegaan van een open norm. Dit moet per geval worden bekeken en het handelingskader vormt hiervoor de gespreksagenda.<sup>89</sup>

## 8.2 Landelijke infra

Rijkswaterstaat en ProRail hebben samen met een aantal brancheorganisaties op 24 februari 2023 het 'Adviserend Handelingskader "Samen doorbouwen in onzekere tijden": Landelijke infra' gepubliceerd. Dit adviserend handelingskader geeft aan hoe opdrachtgever en opdrachtnemers (in dit geval: infra aannemers) in de projecten van RWS en ProRail met elkaar om zouden moeten gaan.<sup>90</sup>

Het handelingskader gaat kort in op de mogelijkheden voor de omgang met prijsrisico's en leveringsproblemen. Het uitgangspunt is dat voor ieder werk een indexeringsregeling geldt of wordt afgesproken en een indexeringsregeling wordt gekozen die recht doet aan de werkelijkheid van het project. Naast de indexeringsregeling bestaat de mogelijkheid voor extra compensatie via de regeling voor vergoeding van excessieve prijsstijgingen (par. 44 [lid 1 sub c] UAV-GC 2005). Een dergelijke aanspraak wordt volgens het handelingskader afgehandeld volgens het regime van de UAV-GC 2005. Als op projectniveau geen overeenstemming kan worden bereikt over de compensatie van prijsstijgingen, is er de mogelijkheid om de claim voor compensatie van de prijsstijging te bespreken op het relevante directieniveau van de opdrachtgever.<sup>91</sup>

Volgens het handelingskader kunnen de afspraken worden gerealiseerd als er een vertrouwensbasis is, die voortkomt uit de volgende uitgangspunten voor houding en gedrag: (i) het gesprek over problemen ten aanzien van prijsstijgingen en leveringen is altijd mogelijk, (ii) partijen zijn transparant en open over deze problemen en opdrachtnemer laat zien wat hij zelf heeft gedaan om het probleem te voorkomen of op te lossen en (iii) opdrachtgever en opdrachtnemer gaan gezamenlijk in redelijkheid en billijkheid op zoek naar oplossingen voor de problemen.<sup>92</sup>

## 8.3 Utiliteit

Op 12 april 2023 is het 'Adviserend Handelingskader "Samen doorbouwen in onzekere tijden": Utiliteit' gepubliceerd, inclusief een bijbehorende samenvatting en stroomschema. Het is een 'advise-rend' handelingskader omdat niet iedere oplossing of suggestie altijd passend is en partijen in een dergelijk geval het gesprek aan moeten gaan om nadere afspraken te maken ten aanzien van leveringsproblemen en prijsstijgingen. Het handelingskader voorziet in gesprekspunten en tips.<sup>93</sup>

Het handelingskader geeft aan dat in gezamenlijkheid onder andere kan worden besproken of zich significante prijsstijgingen hebben voorgedaan en wat daar de oorzaak van is, in hoeverre prijsstijgingen voorspelbaar waren dan wel kunnen worden aangemerkt als onvoorzien, of keuzes in de bedrijfsvoering van een van de partijen invloed hebben gehad op de prijsstijging en op welke manier het contract voorziet in de omgang met prijsstijgingen. Als het contract voorziet in een regeling voor de omgang met onvoorziene omstandigheden, kunnen partijen bespreken hoe die wordt toegepast en afspraken maken over de omgang met variabelen.<sup>94</sup>

In het kader van een gezamenlijk gesprek en de zoektocht naar een oplossing kan de opdrachtnemer transparant zijn over de prijsopbouw, variabelen vaststellen en een voorstel doen voor een indexatie. Een opdrachtnemer zou direct bij opdracht materialen kunnen inkopen en op voorraad leggen en met betrekking tot deze kosten een overeenkomst sluiten met de opdrachtgever. Een opdrachtgever zal open moeten staan voor prijsrisico-mitigerende oplossingen die niet zijn voor voorzien in het contract (zoals het verrekenen op basis van werkelijk gemaakte kosten en/of op korte termijn te

<sup>88</sup> Handelingskader Infrastructurele projecten decentrale overheden.

<sup>89</sup> Dit sluit aan op de volgende bijdrage die ik eerder schreef voor dit tijdschrift en waarvan in een concreet geval gebruik gemaakt kan worden voor de invulling van de open norm: J. Springelkamp, 'Toepassing van par. 47 UAV 2012: draait het om de harde cijfers of - toch weer - de omstandigheden van het geval?', *TBR* 2021/139, p. 1119-1126.

<sup>90</sup> O.a. te downloaden via: <open.rijkswaterstaat.nl/overige-publicaties/2023/adviserend-handelingskader-samen/>; Dit handelingskader is opgesteld door Bouwend Nederland, MKB Infra, ProRail, Rijkswaterstaat, Techniek Nederland en de Vereniging van waterbouwers.

<sup>91</sup> Adviserend Handelingskader 'Samen doorbouwen in onzekere tijden': Landelijke infra.

<sup>92</sup> Adviserend Handelingskader 'Samen doorbouwen in onzekere tijden': Landelijke infra.

<sup>93</sup> Deze drie documenten zijn o.a. te downloaden via: <www.volkshuisvestingnederland.nl/actueel/nieuws/2023/04/20/afspraken-over-prijsstijgingen-en-leveringsproblemen-in-bouwsector>; Dit handelingskader is opgesteld door Bouwend Nederland, Koninklijke metaalunie, Rijksvastgoedbedrijf, Techniek Nederland en VMRG.

<sup>94</sup> Adviserend Handelingskader 'Samen doorbouwen in onzekere tijden': Utiliteit.

verwachten kosten) en waarbij het risico wordt beschouwd over de gehele keten.<sup>95</sup>

Het heeft de voorkeur om van een regeling uit te gaan die de administratieve lasten zoveel mogelijk beperkt en ook te beschouwen of er mogelijkheden zijn om de gevolgen van prijswijzigingen in het vervolg van het project beter te beheersen. Het handelingskader geeft een richting voor concrete oplossingen, maar daarmee zijn volgens het handelingskader niet alle gevolgen te overzien en te voorkomen. Voor zover sprake is van een restrisico, kunnen partijen wat betreft de prijsstelling in gesprek gaan over mogelijkheden die recht doen aan zowel goed opdrachtnemer- als opdrachtgeverschap.<sup>96</sup>

#### 8.4 Woningbouw en verduurzaming van de gebouwde omgeving

Toen op 18 april 2023 het ‘Adviserend Handelingskader “Samen doorbouwen in onzekere tijden”’: Onderhoud, renovatie en verduurzaming<sup>97</sup> en het ‘Adviserend Handelingskader “Samen doorbouwen in onzekere tijden”’: Nieuwbouw huur en koop<sup>98</sup> werden gepubliceerd, hadden de grootste prijsstijgingen zich reeds voorgedaan en waren de prijzen zich aan het stabiliseren. Dit neemt volgens de opstellers niet weg dat explosieve prijsstijgingen en prijsdalingen zich ook in de toekomst voor kunnen doen. De problematiek rondom stikstof, dalend consumentenvertrouwen en stijgende rentes zou een groter probleem zijn voor de woningbouw en het verduurzamen van de gebouwde omgeving.<sup>99</sup>

De handelingskaders geven richting voor hoe partijen met elkaar om kunnen gaan in tijden van grote onzekerheden, waarbij wordt aanbevolen om op projectniveau aan de hand van het handelingskader met elkaar in gesprek te gaan. Een goede samenwerking, waarin naar redelijkheid en billijkheid afspraken worden gemaakt, staat volgens de handelingskaders voorop.<sup>100</sup>

Het heeft de voorkeur om gezamenlijk een transparante analyse te maken van de oorzaken van leveringsproblemen waarna kan worden gezocht naar eventuele alternatieven. Voor zover er geen alternatieven voorhanden zijn, kunnen in goed overleg afspraken worden gemaakt over een redelijke en evenredige verdeling van de risico's als gevolg van de leveringsproblemen, zoals de consequenties voor de financiën en planning. Om vertraging en prijsstijgingen te voorkomen, kan gekozen worden om materialen meteen bij opdracht in te kopen en voor die kosten een overeenkomst te sluiten.<sup>101</sup>

Gezellen van extreme prijsstijgingen en -dalingen moeten volgens de handelingskaders op gelijke wijze worden behandeld. Het handelingskader beschrijft dat als zich een bijzondere prijsontwikkeling voordoet, het de voorkeur heeft om gezamenlijk te bespreken hoe het contract voorziet in de omgang met prijsstijgingen en -dalingen, of sprake is van niet verdisconteerde prijsontwikkelingen en of deze prijsontwikkelingen voorzienbaar waren. Vervolgens kunnen partijen samen een analyse maken over de oorzaak van de prijsontwikkelingen, waaronder ook eventuele keuzes in de bedrijfsvoering van een van de partijen en vertragingen. Als het contract voorziet in de omgang met prijsontwikkelingen, kunnen partijen op basis van het voorgaande afspraken maken over de effectuering van de contractafspraken. Als het contract hierin niet voorziet, kan het opportuun zijn om de risicoverdeling te heroverwegen op basis van werkelijk gemaakte of te verwachten kosten. Van belang is om uit te gaan van een oplossing met een zo beperkt mogelijk administratieve last en te zoeken naar mogelijkheden ook prijswijzigingen in het vervolg van het project te beheersen.<sup>102</sup>

Volgens de handelingskaders zijn niet alle gevolgen te overzien en kan niet alles worden voorkomen. Soms is een vertraging in de (op)levering niet te vermijden en in geval van uitzonderlijke en onvoorziene prijsstijgingen kunnen partijen in gesprek gaan om na te gaan welke prijsstelling recht doet aan goed opdrachtnemers- opdrachtgeverschap. Het uitgangspunt zou moeten zijn dat risico's over de gehele keten in ogenschouw worden genomen. ●

<sup>95</sup> Adviserend Handelingskader ‘Samen doorbouwen in onzekere tijden’: Utiliteit.

<sup>96</sup> Adviserend Handelingskader ‘Samen doorbouwen in onzekere tijden’: Utiliteit.

<sup>97</sup> Dit handelingskader is opgesteld door Aedes, Aannemersfederatie Nederland Bouw & Infra, Bouwend Nederland, Ministerie van Binnenlandse zaken en Koninkrijksrelaties, Neprom, NOA en Onderhoud NL.

<sup>98</sup> Dit handelingskader is opgesteld door Aedes, Aannemersfederatie Nederland Bouw & Infra, Bouwend Nederland, Cascade, Ministerie van Binnenlandse zaken en Koninkrijksrelaties, Neprom, NVTB en VMRG.

<sup>99</sup> Deze twee handelingskaders zijn o.a. te downloaden via: <[www.volkshuisvestingnederland.nl/actueel/nieuws/2023/04/20/afspraken-over-prijsstijgingen-en-leveringsproblemen-in-bouwsector](http://www.volkshuisvestingnederland.nl/actueel/nieuws/2023/04/20/afspraken-over-prijsstijgingen-en-leveringsproblemen-in-bouwsector)>; Omdat deze twee handelingskaders nagenoeg gelijk zijn aan elkaar, behandeld ik deze niet afzonderlijk van elkaar.

<sup>100</sup> Adviserend Handelingskader ‘Samen doorbouwen in onzekere tijden’: Onderhoud, renovatie en verduurzaming; Adviserend Handelingskader ‘Samen doorbouwen in onzekere tijden’: Nieuwbouw huur en koop.

<sup>101</sup> Adviserend Handelingskader ‘Samen doorbouwen in onzekere tijden’: Onderhoud, renovatie en verduurzaming; Adviserend Handelingskader ‘Samen doorbouwen in onzekere tijden’: Nieuwbouw huur en koop.

<sup>102</sup> Adviserend Handelingskader ‘Samen doorbouwen in onzekere tijden’: Onderhoud, renovatie en verduurzaming; Adviserend Handelingskader ‘Samen doorbouwen in onzekere tijden’: Nieuwbouw huur en koop.