

Toepassing van par. 47 UAV 2012: draait het om de harde cijfers of - toch weer - de omstandigheden van het geval?

– Mr. ing. J. Springelkamp¹

1. Inleiding

Onlangs verscheen in dit tijdschrift een artikel van Chao-Duivis over de regelingen van par. 34 en 35 UAV 2012. Zij sloot dat artikel af met de zin dat het exemplarisch is dat voor veel paragrafen uit de UAV 2012 geldt dat voor de uitleg daarvan veel woorden nodig zijn.² Met par. 47 UAV 2012 lijkt hetzelfde aan de hand. Ondanks dat over par. 47 UAV 2012 veel is geschreven, zijn er toch nog wel de nodige woorden nodig om deze regeling goed uit te leggen.

Par. 47 UAV 2012 geeft een regeling voor de omgang met *'kostenverhogende omstandigheden'*. Op grond van par. 47 lid 1 UAV 2012 kan een aannemer recht hebben op bijbetaling van de kosten die het gevolg zijn van kostenverhogende omstandigheden als sprake is van een omstandigheid die van dien aard is dat bij het tot stand komen van de overeenkomst geen rekening behoefde te worden gehouden met de kans dat zij zich zou voordoen, deze omstandigheid niet aan de aannemer kan worden toegerekend en de kosten van het werk door de omstandigheid aanzienlijk worden verhoogd.³ Of een omstandigheid van dien aard is dat met de kans van optreden ervan geen rekening behoefde te worden gehouden, gaat niet alleen over de vraag of de omstandigheid in de overeenkomst is verdisconteerd, maar ook of er aanleiding was om rekening te houden met het kunnen intreden van een bepaalde omstandigheid. Hiervan kan ook sprake zijn als in

een bepaalde mate wel rekening is gehouden met een omstandigheid, maar de omvang van die omstandigheid groter blijkt dan voorzien.⁴

Uit de woorden in par. 47 UAV 2012 *'geen rekening behoefde te houden met de kans dat'* volgt dat normale omstandigheden tot het *ondernemersrisico* behoren.⁵ Is de omvang van de gebeurtenis groter dan het ondernemersrisico, dan wordt dat meerdere aangemerkt als *surplus*.⁶ Of dat surplus vervolgens voor bijbetaling in aanmerking komt, hangt af van de vraag of voldaan is aan het *aanzienlijkeheidsvereiste*.

In de literatuur wordt de indruk gewekt dat over het ondernemersrisico en het aanzienlijkeheidsvereiste voldoende duidelijkheid bestaat door uit te gaan van vaste percentages van 10 à 20% resp. 5% en dat daarmee sprake is van rechtszekerheid. Of dit op basis van de literatuur werkelijk zo is, is nog maar de vraag. De bouwsector heeft echter meer dan ooit behoefte aan zekerheid over hoe par. 47 UAV 2012 wordt toegepast.⁷ Het lijkt daarom nuttig om het ondernemersrisico en het aanzienlijkeheidsvereiste eens goed tegen het licht te houden. Dat doe ik door de balans op te maken aan de hand van ruim 40 jaar rechtspraak over de toepassing van par. 47 UAV 1968/1989/2012. De 31 uitspraken (uit de periode 1976–2017) die ik heb gebruikt om

¹ Jaap Springelkamp is contractmanager bij Heijmans. Hij heeft dit artikel op persoonlijke titel geschreven. Dit artikel is gebaseerd op zijn masterscriptie: 'Kostenverhogend of onvoorzien: een groot verschil of is dat te overzien?'. De auteur dankt prof. mr. C.E.C. Jansen voor zijn opmerkingen op een eerdere versie van dit artikel.

² M.A.B. Chao-Duivis, 'De regeling van de wijzigingen ex par. 34 UAV 2012 (1989) vergeleken met de regeling van meer- en minderwerk in par. 35 UAV 2012 (1989)', *TBR* 2021/4, p. 32-37.

³ De overige aspecten voor een geslaagd beroep op par. 47 UAV 2012 (zoals het tijdig aanspraak maken) blijven in dit artikel buiten beschouwing.

⁴ Zie bijv. RvA 13 juni 1995, No. 16.830, *BR* 1995, p. 794; RvA 10 september 2004, No. 24.654, *BR* 2004, p. 232; RvA 25 april 2016, No. 35.131, *TBR* 2016/178.

⁵ RvA 19 juni 2007, No. 27.947.

⁶ 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*).

⁷ De afgelopen jaren volgen potentiële kostenverhogende omstandigheden elkaar in rap tempo op, zie bijvoorbeeld de lage waterstanden in 2018, het begin van de stikstofcrisis in het voorjaar van 2019, de PFAS-problematiek die ontstond in het najaar van 2019, het begin van de COVID-19 pandemie in 2020, excessieve prijsstijgingen van materialen zoals PVC, hout en staal in het voorjaar van 2021 en torenhoge gasprijzen in het najaar van 2021. Sommige van deze omstandigheden zijn nog niet achter de rug en wie weet wat 2022 de bouwsector brengt.

deze balans op te maken zijn terug te vinden in de voetnoten.⁸ Wat onder het ondernemersrisico dient te worden verstaan, komt in paragraaf 2 aan bod. Het aanzienlijkheidsvereiste wordt in paragraaf 3 behandeld.

2. Het 'ondernemersrisico'

Uit par. 47 lid 1 UAV 2012 volgt dat een aannemer recht heeft op bijbetaling als de gevolgen van kostenverhogende omstandigheden niet aan hem kunnen worden toegerekend. In art. 6:75 BW zijn deze toerekeningsgronden omschreven. De gevolgen van een omstandigheid kunnen niet aan de aannemer worden toegerekend als deze niet is te wijten aan zijn schuld of krachtens wet, rechtshandeling (overeenkomst) of in het verkeer geldende opvatting voor zijn rekening komt.⁹ De verkeersopvatting ziet onder andere op de vraag of een risico tot het ondernemersrisico behoort.¹⁰ Alhoewel de overige toerekeningsgronden zeker relevant zijn, wordt - om de omvang te beperken - in dit artikel uitsluitend aandacht besteed aan het ondernemersrisico en blijven de overige toerekeningsgronden buiten beschouwing.

2.1 Een standaard ondernemersrisico op basis van een vuistregel?

In de bouwrechtliteratuur lopen de meningen uiteen over de vraag of de hoogte van het ondernemersrisico kan worden uitgedrukt als *harde norm* met een *vast percentage* van de aanneemsom.¹¹ In het preadvies uit 1998 schrijft Van Dunné op basis van drie uitspraken uit 1977, 1981 en 1985 dat voor het ondernemersrisico een prijsstijging van 10 à 20% kan worden aangehouden. Van Dunné benadrukt dat gelet op de weinig beschikbare jurisprudentie niet kan worden gesteld dat dit hét percentage is dat standaard wordt gehanteerd door de Raad van Arbitrage in bouwgeschillen.¹² Volgens Van Dunné is deze stelling verkeerd opgevat in de literatuur. In

2010 benadrukt Van Dunné daarom dat het gaat om een *vuistregel* van 10% die door de omstandigheden omhoog of omlaag kan worden bijgesteld.¹³ Mijns inziens is noch van een norm noch van een vuistregel sprake en hangt het ondernemersrisico in beginsel *volledig* af van alle omstandigheden van het geval. Dit zal ik uitwerken aan de hand van de door Van Dunné genoemde jurisprudentie.

Als eerste wordt door van Dunné genoemd een Avonnis uit 1977.¹⁴ In 1977 is uitspraak gedaan over een zaak die ziet op de oliecrisis van 1974-1975. Tussen partijen was een risico-regeling overeengekomen, die zou leiden tot de niet-verrekenbaarheid van prijsstijgingen van olieproducten. Arbiters overwogen in deze zaak dat een dergelijke risico-regeling een beroep op par. 47 UAV 1968 niet uitsluit en dat de aannemer recht had op vergoeding voor zover sprake was van een prijsstijging boven de *normale prijsstijgingen* welke ten gevolge van de risico-regeling niet voor verrekening in aanmerking kwamen.¹⁵ In 1978 is eveneens uitspraak gedaan over een zaak die ziet op de oliecrisis van 1974-1975. Arbiters overwogen niet wat het ondernemersrisico was, maar wel dat de aannemer recht had op verrekening voor zover de prijsstijging meer is dan de op dat moment door de overheid gehanteerde risicoregeling.¹⁶ Arbiters overwogen in 1981 in een zaak over laagwatertoeslagen dat de aannemer rekening moest houden met de maximale laagwatertoeslag behorende bij een waterstand die zich in 95% van de jaren 1900-1975 had voorgedaan. Dát kwam neer op een laagwatertoeslag van 20%. De aannemer was echter geconfronteerd met een laagwatertoeslag van 40%. De aannemer kreeg daarom naar redelijkheid een vergoeding van 50% (de eerste 20% behoorden vanwege de historische gegevens tot zijn ondernemersrisico).¹⁷ In 1979 deed zich nog een oliecrisis voor, met extreme prijsstijgingen van diverse producten tot gevolg. Het *'normaal te verwachten* percentage gemiddelde prijsstijging' lag op *dat moment* op 10%. Met het surplus daarboven behoefde volgens de arbiters geen rekening te worden gehouden.¹⁸

In deze zaken wordt geenszins gesproken over een standaard ondernemersrisico van 10 à 20%. Waar wél over wordt gesproken, is dat het ondernemersrisico volgt uit hetgeen de aannemer *kon en moest verwachten* aan de hand van te verwachten prijsstijgingen of historische gegevens. Dit wil ook zeggen

8 Deze 31 uitspraken zijn een selectie, bestaande uit het grootste deel van de openbaar toegankelijke uitspraken over de toepassing van par. 47 UAV 1968/1989/2012. Een van deze 31 uitspraken ging over de toepassing van een algemene voorwaarde met eenzelfde toepassingskader als par. 47 UAV 2012 (RvA 7 oktober 2011, No. 31.702, r.o. 24). Naast deze 31 uitspraken is ook gebruik gemaakt van twee uitspraken over de toepassing van art. 7:753 BW (Hof Den Haag 15 maart 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP7956, TBR 2011/200, p. 1115, m.nt. M.A.M.C. van den Berg en RvA 22 augustus 2013, No. 71.825).

9 C. Cauffman & P. Croes, 'Commentaar op art. 6:75 BW', in: R.J.Q. Klomp & H.N. Schelhaas (red.), *Groene Serie Verbindingenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020/71 (online, laatst bijgewerkt op 19 maart 2020).

10 P. Memelink, *De Verkeersopvatting* (diss. Leiden), Meppel: Boom Juridische Uitgevers 2009, p. 5.

11 J.M. van Dunné, 'Over staalpijzen enzo. Extreme stijging van materiaalkosten en het beroep op paragraaf 47 UAV 1989 wegens kostenverhogende omstandigheden (Deel I)', TBR 2010/5, p. 489.

12 J.M. van Dunné, "'Acts of God", overmacht en onvoorziene omstandigheden in het bouwrecht', (Preadvies VBR, nr. 26), Deventer: Kluwer 1998, p. 140-141.

13 J.M. van Dunné, 'Over staalpijzen enzo. Extreme stijging van materiaalkosten en het beroep op paragraaf 47 UAV 1989 wegens kostenverhogende omstandigheden (Deel II)', TBR 2010/6, p. 592.

14 Uit het preadvies blijkt niet duidelijk om welke zaak uit 1977 het gaat. Ik veronderstel dat het gaat om RvA 8 november 1977, No. 8254, BR 1978, p. 152.

15 RvA 8 november 1977, No. 8254, BR 1978, p. 152.

16 RvA 5 april 1978, No. 8076, BR 1978, p. 569.

17 RvA 25 juni 1981, No. 9171, BR 1981, p. 893.

18 RvA 11 december 1985, No. 11650, BR 1986, p. 251.

dat voor eenzelfde omstandigheid het ondernemersrisico toch per geval kan verschillen. Hier ga ik de volgende paragraaf verder op in.

2.2 Eenzelfde omstandigheid, maar toch een ander ondernemersrisico

De prijzen op de staalmarkt zijn onderhevig aan fluctuaties en worden vastgelegd in indexcijfers. In november 1995 stond de index op 100. In de periode van maart 2002 tot en met mei 2003 was de index gestegen van 96,1 naar 118,4.¹⁹ In het voorjaar van 2004 was sprake van een excessieve prijsstijging van staal door een grote vraag vanuit China. In de periode januari 2004 tot juni 2004 steeg de index van 116,7 tot 203,6, waarna deze weer is gaan dalen en in juni 2005 op 128,7 stond.²⁰ Naar aanleiding van deze prijsstijgingen zijn meerdere arbitrale vonnissen geweest. Wat deze uitspraken vooral interessant maakt, is dat deze illustreren dat voor eenzelfde omstandigheid het ondernemersrisico toch per geval kan verschillen. In deze gevallen hing het ondernemersrisico af van het moment waarop een aanbidding wordt gedaan en wat een aannemer op dat moment kon en moest verwachten.

Op 21 oktober 2003 werd tussen Van N. en S. een overeenkomst gesloten voor de levering van wapeningsstaal. De index stond op dat moment op 114,9. Toen in maart en april 2004 het wapeningsstaal moest worden geleverd, was de index gestegen tot 190,9 en 202,2. Een stijging van circa 70%. Ruim een maand voordat de overeenkomst werd gesloten, waren er in de staalmarkt al signalen van prijsstijgingen van 10%.²¹ Arbiters in eerste aanleg overwogen dat, gelet op deze verwachte prijsstijging en de geringere omvang van prijsstijging in de periode daarvoor, Van N. rekening moest houden met een ondernemersrisico van 10%. Appellarbiters gaan daar niet in mee. Omdat de 10% stijging een niet gebruikelijke prijsstijging was, overwogen appellarbiters dat rekening moest worden gehouden met een meer dan gebruikelijk risico op verdere prijsstijgingen. Zij stelden het ondernemersrisico bij tot 20%.²²

In een andere zaak ging het om een overeenkomst die was gesloten op 12 januari 2004. Onder verwijzing naar de hiervoor genoemde zaak in hoger beroep, brengt de onderaannemer een eigen risico van 20% in mindering. Arbiters gaan daarin mee, omdat tussen 21 oktober 2003 en 12 januari 2004 de situatie ten aanzien van de staalprijzen niet is

veranderd.²³ Hier wordt dus *niet* een standaard ondernemersrisico bevestigd: het ging om een *gelijke* situatie, met daarom *dezelfde* uitkomst.

Nog ruim voor de eerste signalen van prijsstijgingen tot 10% werd op 9 mei 2003 een overeenkomst gesloten voor het leveren en aanbrengen van wapeningsstaal. Ook in dit geval werd de onderaannemer in het voorjaar van 2004 verrast door de excessieve prijsstijging. Arbiters overwogen dat in dit geval, anders dan in het hiervoor beschreven hoger beroep, géén aanleiding was te vermoeden dat er sprake zou zijn van een meer dan gebruikelijk ondernemersrisico. Op basis van de *normale prijs-schommelingen* in de periode november 1995 tot en met mei 2003 stellen arbiters het ondernemersrisico vast op 7,5%.²⁴

Een aantal jaren later, in 2008, vindt er nogmaals een excessieve prijsstijging plaats. Hierover overwogen arbiters dat de leverancier, gelet op de eerdere prijsstijgingen in 2004 én de *sindsdien optredende schommelingen* in de staalprijzen, met een bepaalde mate van prijsstijging rekening moest houden. Om die reden was óók in dat geval sprake van een ondernemersrisico van 20%.²⁵

In geen van deze zaken werd gesproken over een vertrekpunt van een ondernemersrisico van 10%, dat aan de hand van de feiten en omstandigheden werd aangepast. Het ging er enkel om wat een aannemer *kon en moest verwachten*. Enerzijds rekening houdend met historische gegevens, maar anderzijds ook of een meer dan gebruikelijke prijsstijging voorzienbaar was. In de voorgaande uitspraken is noch van een norm noch van een vuistregel sprake. Dat wil echter niet zeggen dat er geen vaste lijn volgt uit de jurisprudentie. In de paragraaf hieronder werk ik dit verder uit.

2.3 Gezichtspunten om het ondernemersrisico vast te stellen

De hiervoor beschreven jurisprudentie laat duidelijk zien dat het ondernemersrisico onder andere volgt uit de *voorzienbaarheid* van de omstandigheid: wat konden partijen redelijkerwijs verwachten? Waren partijen bekend met de kans dat de prijzen zouden stijgen? En zo ja, welke prijsstijging was dan redelijkerwijs te voorzien? Het antwoord op deze vragen kan niet worden gevat in een standaard percentage, maar moet per geval worden beoordeeld. Voor het bepalen van het ondernemersrisico zijn uit de rechtspraak van de Raad van Arbitrage in bouwgeschillen wél de volgende *gezichtspunten* te herleiden.

19 RvA 13 juli 2004, No. 26.658, BR 2004/169, p. 888; RvA 9 december 2004, No. 26.658, BR 2005/64, p. 244.

20 RvA 6 mei 2008, No. 28.276, TBR 2008/166, m.nt. W.J.M. Herber.

21 RvA 13 juli 2004, No. 26.658, BR 2004/169, p. 888; RvA 9 december 2004, No. 26.658, BR 2005/64, p. 244.

22 RvA 29 augustus 2006, No. 70.981, BR 2006/251, p. 1105, m.nt. W.J.M. Herber.

23 RvA 6 mei 2008, No. 28.276, TBR 2008/166, m.nt. W.J.M. Herber.

24 RvA 19 juni 2007, No. 27.947.

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

1. Wat prijsstijgingen betreft, behoeft in beginsel enkel rekening te worden gehouden met de normale prijsstijgingen.²⁶
2. Als sprake is van een ongebruikelijke prijsstijging, moet rekening worden gehouden met een verdere prijsstijging.²⁷
3. Als de markt onrustig is en onderhevig aan prijsfluctuaties, behoort rekening te worden gehouden met het optreden van verdere prijsfluctuaties.²⁸
4. Na een prijsstijging van 30 á 40% mag enige stabilisatie worden verwacht, maar moet nog wel rekening worden gehouden met een prijsstijging van 10%.²⁹
5. Als de prijzen tijdens de aanbesteding dalen, mag in beginsel niet uit worden gegaan van een verdere daling.³⁰
6. Een prijsdaling sluit een prijsstijging niet altijd uit.³¹
7. Op de prijzen van brandstoffen behoort in beginsel een prijsstijging van 10% te zijn voorzien.³²
8. Als uit historische gegevens een bepaalde toename in omvang van aanwezig materiaal kan worden afgeleid (zoals bij slibafzet het geval is), moet voor de omvang rekening worden gehouden met een verder stijgende lijn.³³
9. Met een omstandigheid die zelden of nooit voorkomt, hoeft in beginsel geen rekening te worden gehouden.³⁴
10. Als het gaat om een natuurlijke omstandigheid (zoals extreem laagwater of regenval) kan ervan worden uitgegaan dat geen rekening hoeft te worden gehouden met een omstandigheid die zich in 95% van de gevallen niet heeft voorgedaan.³⁵
11. Met een omstandigheid die zich eerder heeft voorgedaan (bijvoorbeeld een oliecrisis niet lang nadat zich daarvoor ook een oliecrisis had voorgedaan of het nogmaals voorkomen van stijgende staalprijsen) hoeft geen rekening te worden gehouden.³⁶
12. Als sprake is van 'regelmatig' wekerende extreme prijsstijgingen, dan kan dat aanleiding zijn om daar wel rekening mee te houden.³⁷
13. Als de aanwezigheid van een bepaalde constructie (zoals asbest-cementleidingen) bij een inspectie zichtbaar was, dan kan dat niet worden aangemerkt als kostenverhogende omstandigheid.³⁸
14. Als een bepaalde constructie of toestand niet zichtbaar is, maar er wel een gerede kans is op de aanwezigheid daarvan, dan moet daarmee rekening worden gehouden.³⁹
15. Er hoeft geen rekening te worden gehouden met onverwachte protesten uit de omgeving naar aanleiding van de uitvoering van het werk.⁴⁰
16. Als er een zeer ernstig risico op vandalisme bekend is, dan moet daar rekening mee worden gehouden.⁴¹
17. Er hoeft geen rekening te worden gehouden dat 'verrekenbare hoeveelheden' dusdanig kunnen wijzigen dat sprake is van een 'geheel ander werk'.⁴²

Door te spreken van een norm of vuistregel, worden aannemers en opdrachtgevers op het verkeerde been gezet. Een norm of vuistregel gaat uit van een hoofdregel, waarop een uitzondering kan worden gemaakt.⁴³ Een aannemer kan denken dat hij in zijn aanbieding rekening moet houden met een norm of vuistregel van bijvoorbeeld 10% en dat daarmee zijn risico's zijn afgedekt. Maar niets is minder waar. Daarnaast bestaat het risico dat met een te hoog ondernemersrisico rekening wordt gehouden. Dit heeft voor de aannemer tot gevolg dat hij minder concurrerend is en (mogelijk) omzet misloopt. Voor de opdrachtgever zou dit betekenen dat in de meeste gevallen te veel wordt betaald.⁴⁴

26 RvA 11 december 1985, No. 11650, *BR* 1986, p. 251; RvA 19 juni 2007, No. 27.947; M.A. van Wijngaarden & M.A.B. Chao-Duivis, *Serie Bouw- en Aanbestedingsrecht 17*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 1152-153; Rb. Rotterdam 16 juli 2008, ECLI:NL:BR0T:2008:BD9020, *TBR* 2009/96; zie hierover ook over de toepassing van art. 7:753 BW: *Serie Bouw- en Aanbestedingsrecht 17*, p. 139-140; Hof Den Haag 15 maart 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP7956, *TBR* 2011/200, m.nt. M.A.M.C. van den Berg.

27 RvA 29 augustus 2006, No. 70.981, *BR* 2006/251, p. 1105, m.nt. W.J.M. Herber.

28 RvA 23 oktober 2007, No. 26.328.

29 RvA 19 februari 2009, No. 71.215, *TBR* 2009/95, m.nt. W.J.M. Herber.

30 *Serie Bouw- en Aanbestedingsrecht 17*, p. 146; RvA 20 februari 1995, No. 16.519.

31 RvA 20 februari 1995, No. 16.519.

32 RvA 19 februari 2009, No. 71.215, *TBR* 2009/95, m.nt. W.J.M. Herber.

33 RvA 3 augustus 2011, No. 32.594.

34 M.A.B. Chao-Duivis, *UAV 2012 Toegelicht*, Den Haag: IBR 2013; RvA 25 juni 1981, No. 9171, *BR* 1981, p. 869; RvA 13 juni 1995, No. 16.830, *BR* 1995, p. 794.

35 *Serie Bouw- en Aanbestedingsrecht 17*, p. 135-138; RvA 25 juni 1981, No. 9171, *BR* 1981, p. 869; RvA 13 juni 1995, No. 16.830, *BR* 1995, p. 794; RvA 10 september 2004, No. 24.654, *BR* 2004, p. 232.

36 *Serie Bouw- en Aanbestedingsrecht 17*, p. 136; RvA 11 december 1985, No. 11650, *BR* 1986, p. 251; RvA 13 juli 2004, No. 26.658, *BR* 2004/169, p. 888; RvA 9 december 2004, No. 26.658, *BR* 2005/64, p. 244.

37 *Asser/Van den Berg 7-VI* 2017/150; RvA 11 december 1985, No. 11650, *BR* 1986, p. 251.

38 *Serie Bouw- en Aanbestedingsrecht 17*, p. 145; RvA 17 november 1992, No. 15.185, *BR* 1993, p. 236.

39 RvA 6 juli 1998, No. 18.572; *Serie Bouw- en Aanbestedingsrecht 17*, p. 151-152; RvA 27 november 2007, No. 29.503.

40 *Serie Bouw- en Aanbestedingsrecht 17*, p. 135-136; RvA 18 juli 1983, No. 10.122, *BR* 1996, p. 427, m.nt. J. Rozemond.

41 *Serie Bouw- en Aanbestedingsrecht 17*, p. 136; RvA 13 juni 1984, No. 11.120, *BR* 1984, p. 616.

42 RvA 22 augustus 2013, No. 71.825.

43 E. Gras, G. van Rijssen & D. Rijpma, 'Rechtsmiddelen', in: A.W. Jongbloed & A.L.H. Ernes, *Burgerlijk procesrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2010/par. 14.4.5.2 (online, laatst bijgewerkt 1 oktober 2010).

44 Zie hierover ook: *Asser/Van den Berg 7-VI* 2017/150; Rb. Rotterdam 16 juli 2008, ECLI:NL:BR0T:2008:BD9020, *TBR* 2009/96, r.o. 3.10 en 3.11.

Het ondernemersrisico volgt niet uit een norm of vuistregel, maar uit hetgeen de aannemer in werkelijkheid kon en moest verwachten op grond van alle omstandigheden van het geval. Voor die beoordeling lenen gezichtspunten zich beter dan een harde norm of vuistregel.⁴⁵ De hiervoor genoemde gezichtspunten kunnen helpen om (op voorhand) het ondernemersrisico vast te stellen.

3. Het 'aanzienlijksvereiste'

Om in aanmerking te kunnen komen voor vergoeding van de gevolgen van kostenverhogende omstandigheden is tevens vereist dat die gevolgen de kosten van het werk aanzienlijk verhogen (het 'aanzienlijksvereiste'). Dat wil zeggen dat naast de *absolute* prijsstijging van bijvoorbeeld een bepaald product of door een onverwachte situatie (het 'ondernemersrisico') ook moet worden gekeken naar de *relatieve* prijsstijging ten opzichte van het werk: de prijsstijging die boven het ondernemersrisico uitgaat (het 'surplus') moet de kosten van het werk aanzienlijk laten stijgen.⁴⁶

3.1 De verschillende manieren om te toetsen aan het aanzienlijksvereiste

Een analyse van de in dit artikel aangehaalde uitspraken leert dat de vraag of een aanzienlijke stijging van de kosten heeft plaatsgevonden, kan worden beantwoord aan de hand van de beoordeling van de begrote risico-opslag, een redelijke winstmarge, een percentage van de aanneemsom of een absoluut bedrag. Sinds 2006 gebeurt deze beoordeling aan de hand van een percentage van de aanneemsom.⁴⁷ In de volgende paragrafen zal blijken dat het voor de hand ligt om voor toetsing uit te gaan van een *percentage van de aanneemsom*, maar dat een dergelijke toetsing tegelijkertijd niets anders is dan de beoordeling of (nog steeds) sprake is van een *redelijke winstmarge*.

3.2 Wanneer is sprake is van een aanzienlijke stijging van de kosten?

De beoordeling van de vraag of sprake is van een aanzienlijke stijging van de kosten heeft vooral plaatsgevonden in gevallen waar het ging om prijsstijgingen van producten als wapeningsstaal, brandstof en bitumen. Producten waarbij met bepaalde prijsstijgingen rekening was of behoorde te zijn gehouden, maar die achteraf (veel) hoger bleken uit te vallen. Maar wanneer is een stijging *aanzienlijk*?

Zoals in paragraaf 2.1 reeds besproken heeft de Raad van Arbitrage in bouwgeschillen meerdere uitspraken gedaan over onvoorziene omstandigheden als gevolg van een oliecrisis. In 1977 overwogen arbiters dat par. 47 UAV zelf geen criterium geeft voor de beantwoording van de vraag wanneer een kostenstijging als aanzienlijk is aan te merken, maar dat daar *in ieder geval* sprake van is als deze meer bedraagt dan de risico-opslag.⁴⁸ Een jaar eerder werd in het midden gelaten waaraan moet worden getoetst, maar werd een stijging van f. 12.000,- (omgerekend 0,6% van de aanneemsom) aanzienlijk geacht.⁴⁹ In 1978 werd overwogen dat de vraag of de kosten aanzienlijk waren verhoogd moet worden beoordeeld op basis van een *redelijke winstmarge*.

In 1985 heeft de Raad van Arbitrage in bouwgeschillen twee uitspraken gedaan naar aanleiding van een tweede oliecrisis, als gevolg waarvan prijzen van gasolie, pvc-materiaal en bitumen waren gestegen. Arbiters overwogen dat een bedrag van f. 201.009,28 (omgerekend 1,89% van de aanneemsom) als aanzienlijk moest worden aangemerkt en dat een prijsstijging met een *percentage* van 5% van de aanneemsom eveneens aanzienlijk moet worden genoemd.⁵⁰

Door arbiters werd in 2002 overwogen dat een *stijging van de prijsindex* voor bitumen van 109 naar 145 (omgerekend 0,9% van de aanneemsom) aanzienlijk is.⁵¹ In 2007 werd - in een andere zaak over de prijsstijging van bitumen - door appelarbiters echter overwogen dat een stijging van 1% van de aanneemsom niet aanzienlijk is.⁵² Deze twee zaken verschillen van elkaar in die zin dat in de zaak uit 2007 de aannemer wist dat de indexering mogelijk niet toereikend zou zijn - en dat hij wellicht met een hogere algemene risico-opslag rekening behoorde te houden - terwijl de aannemer in de zaak uit 2002 geenszins rekening behoefde te houden met enig risico hieromtrent.

De Rechtbank Rotterdam overwoog in 2008 dat zij voor de beoordeling of sprake is van een aanzienlijke kostenstijging uitgaat van een percentage van 5% van de aanneemsom. Een lager percentage acht de Rechtbank niet gewenst, omdat het woord 'aanzienlijk' een terughoudendheid zou gebieden. Een hoger percentage acht de rechter ook niet gewenst; op basis van de jurisprudentie en literatuur zou een aannemer daar geen rekening mee hoeven te houden.⁵³ De Raad van Arbitrage in bouwge-

⁴⁸ RvA 8 november 1977, No. 8254, BR 1978, p. 152.

⁴⁹ RvA 3 juni 1976, No. 8070, BR 1977, p. 779.

⁵⁰ RvA 14 augustus 1985, No. 10.898, BR 1986, p. 243; RvA 11 december 1985, No. 11650, BR 1986, p. 251.

⁵¹ RvA 3 februari 2004, No. 23.817.

⁵² RvA 23 november 2007, No. 71.129.

⁵³ Rb. Rotterdam 16 juli 2008, ECLI:NL:BROT:2008:BD9020, TBR 2009/96.

⁴⁵ *Burgerlijk procesrecht praktisch belicht*, par. 14.4.5.2 (online, laatst bijgewerkt 1 oktober 2010).

⁴⁶ RvA 11 december 1985, No. 11650, BR 1986, p. 251.

⁴⁷ In RvA 3 februari 2004, No. 23.817 wordt nog uitgegaan van een beoordeling a.d.h.v. een vast bedrag, uitspraken van daarna gaan uit van een beoordeling a.d.h.v. een percentage t.o.v. de aanneemsom.

schillen overweegt in een uitspraak uit 2009 dat sprake is van een aanzienlijke kostenstijging als deze meer bedraagt dan 5% van de aanneemsom, omdat daarmee het financieel resultaat buiten de invloedssfeer van de aannemer omslaat in een negatief resultaat en dus ten koste gaat van de winst.⁵⁴ In 2012 overwogen arbiters dat een prijsstijging van 1,4% van de aanneemsom niet als aanzienlijk wordt aangemerkt.⁵⁵ Dit wil echter niet zeggen dat 5% de (nieuwe) norm is geworden.

In 2012 overwoog het Hof Den Haag dat het woord 'aanzienlijk' weliswaar een signaal vormt voor een terughoudende toepassing, maar dat er geen reden is om 5% als harde ondergrens aan te houden. Het aanzienlijkheidsvereiste is volgens het Hof een open norm die - zoals vaker - afhangt van alle omstandigheden van het geval, zoals de mate waarin zich elders in het werk kostendalingen of prijsstijgingen hebben voorgedaan, de uiteindelijke winstgevendheid van het project en de mate van voorzienbaarheid van de kostenstijging.⁵⁶ In 2015 overwogen arbiters dat in de rechtspraak het aanzienlijkheidsvereiste veelal wordt vastgesteld tussen de 2 en 5%.⁵⁷ Twee jaar later spraken appellarbiters over een *vuistregel* van 5%.⁵⁸

Het Hof en de Raad van Arbitrage in bouwgeschillen redeneren beide vanuit de winstgevendheid van een project. Het valt op dat het Hof in zijn laatstgenoemde arrest uitgaat van de *werkelijke* winstgevendheid en de Raad van Arbitrage in bouwgeschillen van een *gebruikelijke* winstgevendheid.⁵⁹ Het lijkt mij juist om uit te gaan van de vraag of ondanks de gebruikelijke algemene risico-opslag, in werkelijkheid nog steeds sprake is van een redelijke winstmarge. Er kunnen zich *na gunning* omstandigheden voordoen waardoor de risico-opslag wordt opgesoupeerd. Als dat zo is dan gaat de kostenverhogende omstandigheid eerder ten koste van de *redelijke winstmarge*. In dat geval zal de hoogte van het aanzienlijkheidsvereiste (uitgaande van bijvoorbeeld een vuistregel van 5%) - aan de hand van de door het Hof Den Haag genoemde omstandigheden van het geval - moeten worden bijgesteld.

⁵⁴ RvA 19 februari 2009, No. 71.215, TBR 2009/95, m.nt. W.J.M. Herber; ik ben het met Herber eens dat de rekensom van arbiters onbegrijpelijk is, de achterliggende gedachte is echter wel duidelijk: als de winst tenietgaat, dan is sprake van een aanzienlijke stijging van de kosten.

⁵⁵ RvA 7 oktober 2011, No. 31.702; het ging in deze zaak niet om toepassing van par. 47 UAV, maar om een algemene voorwaarde met gelijke strekking als par. 47 UAV 2012.

⁵⁶ 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*).

⁵⁷ RvA 9 juni 2015, No. 35.130, BR 2015/87, p. 567-572.

⁵⁸ RvA 8 februari 2017, No. 72.067.

⁵⁹ Vgl. RvA 19 februari 2009, No. 71.215, TBR 2009/95, m.nt. W.J.M. Herber; 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*).

De bewijslast voor deze omstandigheden van het geval liggen dan bij degene die bijstelling van het percentage wenst.⁶⁰ Dat wil zeggen dat als een aannemer aannemelijk kan maken dat de risico-opslag benodigd was voor het gebruikelijke risico of dat op andere onderdelen ook sprake is van prijsstijgingen, er eerder sprake zal zijn van een aanzienlijke kostenstijging. Omgekeerd zal er minder snel een aanzienlijke kostenstijging worden aangenomen als de opdrachtgever aannemelijk maakt - en de aannemer dat niet kan weerleggen - dat elders in het werk sprake is van excessieve kostendalingen.⁶¹

Het lijkt logisch om als vertrekpunt te nemen dat de risico-opslag nodig is (geweest) voor andere risico's dan de kostenverhogende omstandigheid; voor *die* risico's is deze opslag immers bedoeld. Uit de hiervoor genoemde zaak waarin een stijging van 1,89% als aanzienlijk werd aangemerkt, volgt niet dat 1,89% de drempel was waaraan moet worden voldaan.⁶² Er wás sprake van een stijging van 1,89% en dát was aanzienlijk, maar een stijging van (bijvoorbeeld) 0,5% had evengoed aanzienlijk kunnen zijn; dan zou immers óók die stijging waarschijnlijk ten koste zijn gegaan van de redelijke winstmarge. In dit kader werd bijvoorbeeld overwogen dat een stijging van 0,6% aanzienlijk was.⁶³ Dat arbiters overwogen dat het aanzienlijkheidsvereiste veelal wordt vastgesteld tussen de 2 en 5%, zegt meer over de vorderingen dan over de hoogte van het aanzienlijkheidsvereiste: als de gehele risico-opslag reeds is opgesoupeerd dan is zelfs een stijging van 0,1% aanzienlijk.

Hoewel het partijen vrij staat om op het moment dat zich een kostenverhogende omstandigheid voordoet direct afspraken te maken over een eventuele kostenvergoeding, lijkt het logischer om dat tegen het einde van het werk te doen. Deze beoordeling kan namelijk pas voor het eerst goed worden gedaan nadat (nagenoeg) alle kosten zijn gemaakt en dat is niet (veel) eerder dan bij de eindafrekening van het project.

Een aannemer die wordt geconfronteerd met een (potentiële) kostenverhogende omstandigheid (*enkelvoud*) zal melding moeten doen van een surplus boven het ondernemersrisico (en op voorhand aanspraak maken op kostenvergoeding op grond van par. 47 UAV 2012), waarna aan het eind van het project daadwerkelijk wordt beoordeeld of deze

⁶⁰ Immers wie een bepaald rechtsgevolg wenst in te laten treden, draagt in beginsel de daarvoor benodigde bewijslast.

⁶¹ Het zal in veel gevallen lastig zijn om deze omstandigheden - zoals de hoogte van kostendalingen of prijsstijgingen elders in het werk - concreet te maken, veel kosten zijn immers met elkaar verweven waardoor deze niet altijd exact aan een bepaald onderdeel zijn toe te wijzen. Als een concrete berekening niet mogelijk is dan behoren de kosten op grond van art. 6:97 BW te worden geschat.

⁶² RvA 14 augustus 1985, No. 10.898, BR 1986, p. 243.

⁶³ RvA 3 juni 1976, No. 8070, BR 1977, p. 779.

omstandigheid - eventueel samen met andere kostenverhogende omstandigheden (*meervoud*) - de kosten van het werk aanzienlijk hebben verhoogd.

Het voorgaande lijkt niet alleen een logische manier van werken, maar is ook in lijn met de tekst van par. 47 UAV 2012 en rechtspraak. In par. 47 UAV 2012 wordt namelijk *niet* gesproken over een (*enkele*) kostenverhogende omstandigheid, maar over (*meerdere*) kostenverhogende omstandigheden. Volgens de Raad van Arbitrage in bouwgeschillen is sprake van een aanzienlijke verhoging van de kosten als deze ten koste gaat van de winstgevendheid van het project.⁶⁴ De winstgevendheid van een project is pas bekend nadat de eindbalans is opgemaakt. Het Hof Den Haag overweegt ook dat het gaat om de *uiteindelijke* winstgevendheid.⁶⁵ Wat uiteindelijk de winstgevendheid is geworden, kan niet eerder worden vastgesteld dan 'aan het eind' van het project.

Alhoewel de meer recente jurisprudentie laat zien dat het aanzienlijke vereiste wordt vastgesteld aan de hand van een percentage van de aanneemsom, lijkt dat - geleet op het voorgaande - *de facto* niets anders dan het beoordelen of (nog steeds) sprake is van een redelijke winstmarge.

3.3 Volledige vergoeding of uitsluitend het meerdere boven de ondergrens?

Nadat vast is komen te staan dat sprake is van een kostenverhogende omstandigheid in de zin van par. 47 lid 1 UAV 2012 en dat is voldaan aan het vereiste dat de stijging aanzienlijk moet zijn, komt de volgende vraag aan bod: komt de stijging in zijn geheel in aanmerking voor vergoeding of 'slechts' het meerdere nadat voldaan is aan het aanzienlijke vereiste? Dat wil zeggen met aftrek van een drempel van bijvoorbeeld 5% (uitgaande van de in vorige paragraaf beschreven vuistregel)? Herber merkt in dit kader op dat zich een bijzondere situatie kan voordoen waarbij de aannemer die 'blijft steken' op 4,9% geen vergoeding krijgt, terwijl hij alles vergoed krijgt als de kostenstijging 5,1% bedraagt. Volgens Herber is dit niet logisch. Het zou de voorkeur hebben om slechts het meerdere boven een (vast) percentage van 5% van de aanneemsom voor vergoeding in aanmerking te laten komen.⁶⁶ De gedachte van Herber lijkt begrijpelijk, maar is volgens mij om meerdere redenen niet logisch en onjuist.

Voor wat betreft de hoogte van het aanzienlijkheidsvereiste wordt in de rechtspraak inmiddels uitgegaan van een 'vuistregel' van 5%.⁶⁷ Deze vuistregel is gebaseerd op het gegeven dat als de risico-opslag niet toereikend is, dat ten koste gaat van de redelijke winstmarge. Als de kosten van het werk met 5% toenemen, is *in ieder geval* de risico-opslag opgesoupeerd. Ervan uitgaande dat zich elders geen excessieve meevallers hebben voorgedaan, zal de kostenverhogende omstandigheid de redelijke winstmarge tenietdoen. Voor zover de risico-opslag niet nodig is voor andere risico's dan de kostenverhogende omstandigheid, is het logisch om eerst de risico-opslag aan te spreken en dat bedrag in mindering te brengen op de vordering. In de meeste gevallen zal de risico-opslag echter nodig zijn geweest voor andere risico's dan de kostenverhogende omstandigheid en zal dat het vertrekpunt zijn. De uitspraken zijn hierover ook duidelijk: slechts in één van de in dit artikel aangehaalde uitspraken werd overwogen dat alleen het meerdere boven 5% van de aanneemsom voor vergoeding in aanmerking kwam.⁶⁸ In *alle* andere uitspraken - waarin voldaan was aan het aanzienlijke vereiste - werd een *volledige* vergoeding toegekend.

Daarnaast kan men de vraag stellen of het logisch is om *altijd* eerst 5% (uitgaande van de eerdergenoemde vuistregel) van het bedrag af te trekken. Stel dat een aannemer drie keer wordt geconfronteerd met een kostenverhogende omstandigheid en deze omstandigheden ieder zo'n 6% van de aanneemsom bedragen, dan zou deze aannemer slechts recht hebben op 3% vergoeding en blijft de overige 15% voor eigen rekening. Dát lijkt volstrekt onlogisch.

De aannemer die 'blijft steken' op 4,9% is dus niet altijd slecht af. Stel dat de aannemer de risico-opslag niet voor andere risico's dan kostenverhogende omstandigheden nodig heeft, dan is de 4,9% gedekt en behoudt hij (uitgaande van een risico-opslag van 5%) een redelijke winstmarge. Als de aannemer de risico-opslag nodig heeft gehad voor de dekking van andere risico's dan de kostenverhogende omstandigheid, dan is ook bij een stijging van 4,9% voldaan aan het aanzienlijke vereiste.

Een aannemer zal in de praktijk moeilijk concreet kunnen maken in hoeverre de risico-opslag is benut. Hij zal moeten kunnen volstaan met de stelling dat het werk niet zonder risico's is verlopen en de risico-opslag 'zoals gebruikelijk' benodigd is geweest voor andere risico's.⁶⁹ Het is logisch om in

⁶⁴ RvA 8 november 1977, No. 8254, BR 1978, p. 152; RvA 19 februari 2009, No. 71.215, TBR 2009/95, m.nt. W.J.M. Herber.

⁶⁵ 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*), r.o. 13.

⁶⁶ RvA 29 augustus 2006, No. 70.981, BR 2006/251, p. 1105, m.nt. W.J.M. Herber; RvA 19 februari 2009, No. 71.215, TBR 2009/95, m.nt. W.J.M. Herber.

⁶⁷ Zie hierover in par. 3.2.

⁶⁸ RvA 25 april 2016, No. 35.131, TBR 2016/178.

⁶⁹ Waarbij wordt opgemerkt dat indien een exacte berekening wordt verlangd, dat zo veel tijd (en daarmee geld) vergt, dat dit *de facto* zal leiden tot een pyrrusoverwinning. Daar is niemand bij gebaat. Het lijkt niet alleen logisch om hiervan uit te gaan: de in dit artikel aangehaalde rechtspraak lijkt ook uit te gaan van dit uitgangspunt.

beginsel uit te gaan van een volledige vergoeding van het surplus.⁷⁰

Het voorgaande wordt in de rechtspraak bevestigd. De Raad van Arbitrage in bouwgeschillen heeft overwogen dat het *niet* de bedoeling is dat een aannemer de eerste 5% voor eigen rekening neemt en daarmee zijn risico-opslag opsoupeert met het gevolg dat hij de overige optredende risico's (die normaal gedekt worden door de risico-opslag) voor eigen rekening moet dragen.⁷¹ Maar als een risico-opslag lager is begroot dan gebruikelijk (en dat is de reden waarom de kostenverhogende omstandigheid niet volledig kan worden gedekt), dan komt dát wel voor rekening van de aannemer en zal het te laag begrote deel voor eigen rekening blijven.⁷² In een andere zaak werd 1% van de vordering afgetrokken, omdat de aannemer volgens arbiters dat risico ook zou hebben gelopen als het werk onder normale omstandigheden was uitgevoerd.⁷³

Zoals aangegeven was er dus één zaak waarin anders werd overwogen. Wat deze zaak kenmerkt is dat de betreffende opdracht volledig bestond uit de leverantie van bewerkt wapeningsstaal en de kostenverhogende omstandigheid bestond uit de prijsstijging van dat wapeningsstaal; de risico-opslag van de betreffende onderaannemer zag dus voor een groot deel toe op het onderdeel waar sprake was van een kostenverhogende omstandigheid. Alhoewel het niet uit de uitspraak is op te maken, lijkt het zeer waarschijnlijk dat zich tijdens de uitvoering van de betreffende opdracht geen of weinig *andere* risico's hebben voorgedaan. Met andere woorden: de betreffende onderaannemer had zijn risico-opslag nergens anders voor nodig.⁷⁴ Arbiters overwogen dat uitsluitend het meerdere boven 5% van de aanneemsom voor vergoeding in aanmerking kwam.⁷⁵ Dit sluit aan bij het hiervoor beschreven vertrekpunt dat als de risico-opslag niet nodig is voor een ander risico dan de kostenverhogende omstandigheid, in dát geval eerst deze risico-opslag moet worden verbruikt.

70 Zie in dit kader bijv. ook: Rb. Amsterdam 15 april 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:2742, TBR 2009/148, m.nt. W.J.M. Herber. De Combinatie heeft in deze zaak onbetwist gesteld dat het werk met verlies wordt afgesloten als de kostenstijging (à 2,66% van de aanneemsom) niet wordt vergoed. Daarom was volgens de rechtbank sprake van een aanzienlijke kostenstijging die integraal voor vergoeding in aanmerking kwam.

71 RvA 5 april 1978, No. 8076, BR 1978, p. 593.

72 RvA 11 december 1985, No. 11650, BR 1986, p. 251.

73 RvA 13 juni 1995, No. 16.830, BR 1995, p. 794.

74 De kostenverhogende omstandigheid (prijsstijging van wapeningsstaal) had namelijk verband met het grootste deel van de opdracht, de leverantie van wapeningsstaal. Er konden zich waarschijnlijk weinig andere risico's voordoen dan prijsstijgingen. Zie in dit kader ook RvA 8 februari 2017, No. 72.067, waarin arbiters overwogen dat als de kostenverhogende verband houdt met een groot deel van de opdracht, het ondernemersrisico en aanzienlijkevereiste 'samenvallen'.

75 RvA 25 april 2016, No. 35.131, TBR 2016/178.

4. Tot slot

Het lijkt aantrekkelijk om voor de beoordeling van een beroep op par. 47 UAV 2012 uit te gaan van algemeen vastgestelde harde cijfers, maar dat is niet hoe het werkt in de praktijk en rechtspraak.

Een aannemer zal niet altijd rekening behoeven te houden met een ondernemersrisico van 10 tot 20% - en al helemaal niet als daar geen aanleiding toe is, bijvoorbeeld omdat er geen ongebruikelijke prijsstijgingen worden verwacht. Als een aannemer *altijd* rekening houdt met marges van 10 tot 20%, is hij minder concurrerend en zullen opdrachtgevers in veel gevallen ook te veel betalen.⁷⁶ Als daarnaast wordt uitgegaan van een aanzienlijkevereiste dat *altijd* 5% bedraagt en slechts het meerdere daarboven voor vergoeding in aanmerking komt, wordt de toepassing van par. 47 UAV 2012 een lege huls. Als eerst een ondernemersrisico van 10 tot 20% van de vordering moet worden afgetrokken, dan is het nog maar de vraag of het resterende bedrag de kosten van het werk met 5% verhogen, laat staan dat de kostenstijging dáár nog boven uitgaat.

De praktijk gaat niet uit van de hiervoor genoemde 'harde cijfers'. De inschrijvende partijen zullen per geval beoordelen met welk ondernemersrisico zij in hun aanbieding rekening moeten houden. De in dit artikel aangehaalde rechtspraak laat ook duidelijk zien dat het niet aankomt op harde cijfers, maar dat het afhangt van de *omstandigheden van het geval*.

Voor het bepalen van het *ondernemersrisico* kan gebruik worden gemaakt van de in paragraaf 2.3 gegeven uit de jurisprudentie van de Raad van Arbitrage in bouwgeschillen afgeleide gezichtspunten. Waarmee een aannemer rekening kon of behoorde te houden behoort tot het ondernemersrisico, het surplus daarboven kan - mits deze aanzienlijk is - worden aangemerkt als omstandigheid van dien aard die voor bijbetaling in aanmerking komt. In beginsel zorgt het surplus *in ieder geval* voor een aanzienlijke stijging van de kosten als het surplus meer bedraagt dan de gebruikelijke risico-opslag. Maar is de risico-opslag reeds opgesoupeerd voor andere risico's dan de kostenverhogende omstandigheid dan zal er eerder zijn voldaan aan het *aanzienlijkevereiste*. ●

76 Zie hierover ook: Rb. Rotterdam 16 juli 2008, ECLI:NL:BROT:2008:BD9020, TBR 2009/96, r.o. 3.10 en 3.11.