

TBR 2024/86

Par. 47 UAV 2012: het blijft tobben

Reactie op TBR 2024/62

– Mr. W.J.M. Herber¹

1. Inleiding

In het TBR 2024/62 heeft Jaap Springelkamp de uitspraak van de Raad van Arbitrage in bouwgeschillen d.d. 13 november 2023, no. 37.457 geannoteerd. Het geschil ging om het volgende.²

Op 15 februari 2021 hebben een hoofdaannemer en onderaannemer een overeenkomst gesloten voor de fabricage en levering van prefab houten (HSB) wandelementen. De onderaannemer heeft in zijn prijs een te verwachten prijsstijging verdisconteerd van 20%, maar wordt geconfronteerd met een onverwachte prijsstijging van 115% (€ 59.674,00) en maakt aanspraak op vergoeding van dat bedrag. De hoofdaannemer heeft haar onderaannemer € 50.000,- aangeboden, dit aanbod heeft niet geresulteerd in een minnelijke oplossing. Omdat partijen niet tot een akkoord zijn gekomen over de financiële afwikkelingen van het werk, is de zaak aan de Raad van Arbitrage in bouwgeschillen (hierna: Raad van Arbitrage) voorgelegd. Omdat op de overeenkomst de UAV 2012 van toepassing zijn wordt de aanspraak op vergoeding van de prijsstijging beoordeeld op basis van par. 47 UAV 2012.³

Springelkamp betoogt in zijn noot dat arbiters par. 47 UAV 2012 verkeerd hebben toegepast, waardoor bij toekomstige toepassingen van par. 47 UAV 2012 eenvoudig verwarring kan ontstaan en hoopt met zijn annotatie een heldere en bruikbare handleiding te hebben gegeven voor het maken van een berekening voor de beoordeling of een aannemer recht heeft op vergoeding op grond van par. 47 UAV 2012.

Ik meen dat de uitspraak wel juist is en dat door Springelkamp gegeven 'heldere en bruikbare handleiding' niet juist is. Dit licht ik hieronder toe.

¹ Pim Herber is al meer dan 30 jaar actief op het gebied van bouwrecht. Momenteel geeft hij advies over/in bouwzaken en bij bouwgeschillen en geeft hij onderwijs in het bouwrecht, met name op het gebied van de UAV 2012 en de UAV-GC 2005.

² Zie punt 3 en 4 van de noot van Springelkamp.

³ Zie r.o. 37 van de uitspraak.

2. Ondernemersrisico

Kern van het betoog van Springelkamp is te vinden in scenario 1 van zijn noot en de hierop gegeven toelichting die ik hierna kort weergeef.

Scenario 1		
Prijs op de dag van inschrijving	€ 100.000,-	
Ondernemersrisico (te verwachten prijsstijgingen van 15%)	€ 15.000,-	+/+
Verkoopprijs van het betreffende materiaal	€ 115.000,-	

Tijdens de uitvoering van het werk blijkt dat de prijzen van het wapeningsstaal harder zijn gestegen dan vooraf verwacht. De daadwerkelijke prijsstijging bedraagt niet 15%, maar 40%:

Daadwerkelijke prijsstijgingen (40%)	€ 40.000,-	
Ingecalculeerd ondernemersrisico (15%)	€ 15.000,-	-/-
Het surplus	€ 25.000,-	

In dit scenario is het surplus € 25.000,-. Daarmee kan de aannemer aanspraak maken op volledige vergoeding van de prijsstijging voor zover die meer bedraagt dan de ingecalculeerde prijsstijging en mits voldaan is aan het aanzienlijke vereiste (onderstreping Herber).

Kortom: Springelkamp presenteert hier de stelling dat, als de aannemer het risico op verwachte prijsstijgingen heeft begroot, het risico van prijsstijgingen die het begrote bedrag overstijgen helemaal bij de opdrachtgever ligt. De opdrachtgever betaalt dan altijd het gehele bedrag van de 40% prijsstijgingen: 15% via betaling van de aanneemsom en 25% omdat de aannemer het risico op verwachte prijsstijgingen heeft begroot.

Ten onrechte, zo betoogt Springelkamp, hebben arbiters niet geoordeeld conform dit scenario. Ik meen dat deze stelling niet juist is.

In de rechtspraak van de Raad van Arbitrage gaat het, wanneer wordt gesproken van ondernemersrisico, om prijsstijgingen waarmee de aannemer geen rekening hoefde te houden. In dat geval oordelen arbiters dat het ondernemersrisico 10% of 20% is van het oorspronkelijke bedrag dat voor de betreffende kostenpost in de aanneemsom is opgenomen. Dat betekent dat omstandigheden waarmee de aannemer wél rekening heeft gehouden en deze heeft verdisconteerd in zijn aanneemsom, géén onderdeel zijn van zijn ondernemersrisico. Dat is ook logisch omdat de aannemer geen enkel risico loopt nu de opdrachtgever de aanneemsom betaalt met daarin opgenomen het bedrag van de verwachte prijsstijgingen. Het ingecalculerde bedrag van een verwachte prijsstijging van een product behoort dus niet tot het ondernemersrisico van de aannemer. Blijft over de vraag welke situatie er ontstaat als zich prijsstijgingen voordoen die het door de aannemer verwachte en in de aanneemsom verdisconteerde bedrag aan prijsstijgingen overstijgen.

In scenario 1 betoogt Springelkamp dat deze prijsstijgingen, mits is voldaan aan het aanzienlijkheidsvereiste, geheel voor rekening van de opdrachtgever zijn omdat de aannemer de te verwachten prijsstijgingen heeft begroot en onderdeel zijn van de aanneemsom (en dus, voeg ik daaraan toe, worden betaald door de opdrachtgever). Zoals al gezegd meen ik dat dit niet juist is. Het afprijzen van te verwachten prijsverhogingen leidt niet tot de conclusie dat onverwachte prijsverhogingen die daar bovenop komen, daarmee voor rekening van de opdrachtgever zijn. Anders gezegd: de stelling dat, als de aannemer verwachte en voorziene prijsstijgingen afprijst - die zijn opdrachtgever dus betaalt - dat tot gevolg heeft dat niet verwachte prijsstijgingen die daar bovenop komen voor rekening van de opdrachtgever zijn, is niet juist.

Er is een vaste aanneemsom overeengekomen en tijdens de uitvoeringsfase kan de aannemer worden geconfronteerd met meevallers, maar ook met tegenvallers, waaronder onverwachte prijsstijgingen. Uitgangspunt is dat de aannemer het risico draagt voor deze onverwachte prijsstijgingen. De vraag is welke de omvang van dat risico is.

In het systeem van de UAV 2012 dient deze omvang te worden bepaald op basis van par. 47 UAV 2012. De aannemer loopt, ook als hij verwachte prijsstijgingen heeft begroot, altijd het risico dat onverwachte en dus niet begrote prijsstijgingen optreden. Pas in deze situatie is sprake van een omstandigheid 'die van dien aard is dat bij het tot stand komen van de overeenkomst geen rekening behoefde te houden met de kans dat zij zich zouden voordoen'.⁴ Dit ondernemersrisico pleegt vastgesteld te worden op 10% of 20% van het oorspron-

kelijke bedrag dat voor de betreffende kostenpost in de aanneemsom is opgenomen. Dat betekent dat scenario 1 niet juist is omdat 10% dan wel 20% van oorspronkelijke bedrag dat voor de betreffende kostenpost in de aanneemsom is opgenomen als ondernemersrisico voor rekening van de aannemer komt.⁵ Deze regel wordt door arbiters abusievelijk niet goed toegepast. In rechtsoverweging 39 wordt het ondernemersrisico gedefinieerd als 'het deel van de prijsstijgingen van het door de aannemer te verwerken materiaal dat die aannemer voor eigen rekening moet nemen. Het ondernemersrisico bedraagt over het algemeen 10 tot 20% van de materiaalkosten' (onderstreping Herber). Deze overweging is juist. In rechtsoverweging 41 passen arbiters deze regel niet toe door het ondernemersrisico vast te stellen op 20% van de prijsstijging (onderstreping Herber) en dat is dus niet juist.

En misslag waaruit niet afgeleid mag worden dat het ondernemersrisico bestaat uit 20% van de prijsstijging nu arbiters uitdrukkelijk hebben overwogen dat het ondernemersrisico in het algemeen 10 tot 20% van de materiaalkosten is.

Blijft staan dat scenario 1 niet juist is omdat van het bedrag van € 25.000 het ondernemersrisico van 10 dan wel 20% van het oorspronkelijke bedrag dat voor de betreffende kostenpost in de aanneemsom is opgenomen moet worden afgetrokken. Uitgaande van een ondernemersrisico van 20% van de materiaalsom is het juiste scenario dus als volgt:

Scenario 1		
Prijs op de dag van inschrijving	€ 100.000,-	
Ondernemersrisico (te verwachten prijsstijgingen van 15%)	€ 15.000,-	+/-
Verkoopprijs van het betreffende materiaal	€ 115.000,-	

Tijdens de uitvoering van het werk blijkt dat de prijzen van het wapeningsstaal harder zijn gestegen dan vooraf verwacht. De daadwerkelijke prijsstijging bedraagt niet 15%, maar 40%:

Daadwerkelijke prijsstijgingen (40%)	€ 40.000,-	
Ondernemersrisico: 20% van € 115.000	€ 23.000,-	-/-
Het surplus	€ 2000,-	

Mijn conclusie is dat arbiters scenario 1 in de noot van Springelkamp terecht niet hebben toegepast. Par. 47 UAV 2012 is in zoverre verkeerd toegepast dat abusievelijk en in strijd met hetgeen daarvoor in de uitspraak is overwogen het ondernemersrisico is berekend op 20% van de prijsstijging in plaats van 20% van de prijs van de betreffende post. Zoals hiervoor uitgelegd is de stelling van Springel-

⁴ Zie lid 1 van par. 47 UAV 2012.

⁵ Om deze reden zijn scenario's 2 en 3 ook fout.

kamp dat arbiters het ondernemersrisico twee keer in mindering hebben gebracht niet juist.⁶

3. Aanzienlijkevereiste

De Raad van Arbitrage hanteert de vuistregel dat, naast het ondernemersrisico, het bedrag van de prijsstijgingen een impact op de aanneemsom moet hebben van meer dan 5%. Dat wordt aangeduid als het aanzienlijkevereiste. Zo ook in deze uitspraak, want in rechtsoverweging 42 overwegen arbiters uitdrukkelijk dat van een aanzienlijke verhoging van de kosten van het werk sprake is als de verhoging meer bedraagt dan 5% van de aanneemsom.

Aan het einde van zijn noot⁷ stelt Springelkamp dat in deze casus is voldaan aan het aanzienlijkevereiste en dat, in lijn met eerdere rechtspraak, de aannemer de volledige vergoeding van het surplus – het bedrag waarmee het door hem begrote bedrag aan prijsstijgingen wordt oversteegen – vergoed krijgt. Inderdaad is juist dat in deze uitspraak deze vuistregel niet is toegepast. De stelling dat het aanzienlijkevereiste in lijn met eerdere rechtspraak niet is toegepast is niet juist. Die lijn in eerdere rechtspraak is er immers niet, waartoe ik verwijs naar de eerdere discussie die ik hierover met Springelkamp heb gevoerd.⁸

De reden dat het aanzienlijkevereiste in deze uitspraak niet is toegepast kan worden gelezen in rechtsoverweging 43: de opdrachtgever had zijn hoofdaannemer al een bedrag wegens prijsstijgingen vergoed. Naar aanleiding daarvan had de hoofdaannemer de onderaannemer € 50.000 aangeboden ter vergoeding van de prijsstijging van de wandelementen. Daarom, zo oordelen arbiters, is het redelijk om in dit geval het aanzienlijkevereiste niet toe te passen en de onderaannemer een vergoeding te geven van € 47.739,20, zijnde het door de aannemer gevorderde bedrag minus het bedrag van zijn ondernemersrisico van 20%. Om deze reden kan uit deze uitspraak niet worden afgeleid dat arbiters afscheid hebben genomen van voornoemde vuistregel. Om dezelfde reden biedt deze uitspraak geen enkele steun voor de opvatting van Springelkamp dat het aanzienlijkevereiste is gebaseerd op de risico-opslag en de mate waarin de aannemer deze nodig heeft gehad voor andere risico's dan prijsstijgingen.⁹ Bovendien botst die opvatting frontaal met rechtsoverweging 42 van de uitspraak waarin uitdrukkelijk wordt overwogen dat van een aanzienlijke verhoging van de kosten van

het werk sprake is als de verhoging meer bedraagt dan 5% van de aanneemsom.

Tot slot: Thomas de Leeuwe heeft ervoor gepleit om het aanzienlijkevereiste vast te stellen aan de hand van de winstopslag die de aannemer heeft begroot.¹⁰ Dit pleidooi heeft hij onderbouwd met uitstekende argumenten. Het is jammer dat arbiters in deze uitspraak er geen blijk van hebben gegeven dit artikel gelezen te hebben en star vasthouden aan de vuistregel van meer dan 5% van de aanneemsom. Deze vuistregel krijgt daarmee steeds meer het karakter van een harde regel en ik ben het met hem eens dat dit niet juist is en een nieuwe benadering van het aanzienlijkevereiste op zijn plaats is.

4. Naschrift mr. ing. J. Springelkamp¹¹

Naar aanleiding van mijn annotatie bij RvA 13 november 2023, No. 37.457 heeft Herber een reactie geschreven, waarin hij aangeeft een andere mening te hebben ten aanzien van het 'ondernemersrisico' en 'aanzienlijkevereiste'. Hij stelt dat mijn uitleg over par. 47 UAV 2012 niet juist zou zijn. In dit naschrift licht ik toe dat de stelling van Herber onjuist is en bovendien onlogisch.

4.1 Het Ondernemersrisico

Uit rechtspraak van de Raad van Arbitrage zou volgens Herber – kortgezegd – volgen dat het ondernemersrisico geen onderdeel is van de aanneemsom en dat het door de aannemer ingecalculeerde (en daarmee voorziene) bedrag voor prijsstijgingen dus geen ondernemersrisico is. Het ondernemersrisico bestaat volgens Herber uit *onvoorzien*e prijsstijgingen en zou moeten worden vastgesteld op een percentage van 10 tot 20% van het bedrag dat voor de betreffende kostenpost is opgenomen in de aanneemsom. Dit bedrag valt dus buiten de aanneemsom en mag volgens Herber ook niet in rekening worden gebracht bij een aanspraak op grond van par. 47 UAV 2012.

Herber komt tot bovenstaande uitleg omdat het uitgangspunt zou zijn dat een aannemer bij een vaste aanneemsom het risico draagt van onverwachte tegenvallers, waaronder onverwachte prijsstijgingen. Deze uitleg van Herber is in de eerste plaats onlogisch, omdat par. 47 UAV 2012 nu juist bedoeld is voor de omgang met onverwachte omstandigheden. Daar komt bij dat als een aannemer *altijd* een deel van de onverwachte prijsstijgingen zelf moet dragen, hij dit risico nooit volledig kan uitsluiten. Dat lijkt mij onlogisch en in strijd met de contractsvrijheid, maar ook onjuist omdat dat niet

6 Springelkamp beoogt dit sub 41 van zijn noot.

7 Zie no. 52 van de noot.

8 Zie het artikel van Springelkamp in *TBR* 2021/139 en mijn reactie hierop in *TBR* 2022/26. Voor een samenvatting van deze discussie verwijs ik naar het artikel "Extreme prijsstijgingen en par. 47 UAV: tijd voor een nieuwe benadering?" van Thomas de Leeuwe in *TBR* 2023/18. Ook hij stelt vast dat deze lijn er niet is, zie p. 160 en 161 van zijn artikel.

9 Zie no. 52 van de noot.

10 Zie zijn artikel "Extreme prijsstijgingen en par. 47 UAV: tijd voor een nieuwe benadering?" in *TBR* 2023/18, p. 162 t/m p. 163.

11 Mr. ing. J. Springelkamp is advocaat bouwrecht bij Heijlits Advocaten.

volgt uit de tekst van par. 47 UAV 2012 of uit de rechtspraak over dit onderwerp.

4.2 De tekst van par. 47 UAV 2012

Uit de tekst van par. 47 UAV 2012 volgt dat een kostenverhogende omstandigheid een omstandigheid is waarmee juist geen rekening behoefde te worden gehouden [onderstreping toegevoegd; JS]:

‘Onder kostenverhogende omstandigheden worden in deze paragraaf verstaan omstandigheden die van dien aard zijn dat bij het tot stand komen van de overeenkomst geen rekening behoefde te worden gehouden met de kans dat zij zich zouden voordoen, die de aannemer niet kunnen worden toegerekend en die de kosten van het werk aanzienlijk verhogen.’

Voor zover Herber zou willen bepleiten dat uit de woorden ‘van dien aard’ een drempel volgt die meebrengt dat niet iedere overschrijding van de redelijkerwijs te verwachten prijsstijging kan worden aangemerkt als kostenverhogende omstandigheid, wordt daarmee miskend dat uit de tekst van par. 47 UAV 2012 maar twee smaken volgen: (1) omstandigheden die *niet* ‘van dien aard’ zijn dat daar bij het aangaan van de overeenkomst rekening mee moest worden gehouden en (2) omstandigheden die *wel* ‘van dien aard’ zijn en derhalve op grond van par. 47 UAV 2012 voor vergoeding in aanmerking komen.

De stelling dat het ondernemersrisico buiten de aanneemsom valt en niet voor vergoeding in aanmerking komt volgt dus niet uit de tekst van par. 47 UAV 2012. Uit de tekst van par. 47 UAV 2012 volgt duidelijk dat de aannemer (uitsluitend) rekening moet houden met prijsstijgingen waarvan de kans bestaat dat zij zich voordoen. Overige prijsstijgingen kunnen worden aangemerkt als kostenverhogende omstandigheid, mits voldaan aan het aanzienlijkheidsvereiste. Dit blijkt ook duidelijk uit de hierna te behandelen rechtspraak.

4.3 De rechtspraak

In een uitspraak uit 2007 overwegen arbiters dat er voor de aannemer geen aanleiding was om *in zijn begroting* met meer rekening te houden dan het ‘gebruikelijke ondernemersrisico van prijsstijgingen’, dat kon worden vastgesteld op basis van de normale prijschommelingen in de jaren voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst. Omdat de daadwerkelijke prijsstijging meer bedroeg dan de te verwachten prijsstijging (het ondernemersrisico), werd het surplus aangemerkt als kostenverhogende omstandigheden en werd deze *volledig* vergoed [onderstreping toegevoegd; JS]:¹²

‘22. (...) In de onderhavige prijsstijging zit met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid deels ook de “normale” prijsstijging van wapeningsstaal verwerkt, waarvoor onderaannemster een risicopost geacht moet te hebben begroot aldus “rekening houdende met de kans” in de zin van par. 47 UAV, zodat niet valt in te zien waarom deze hier niet eerst dient te worden opgesoupeerd, alvorens zij recht heeft op vergoeding van de meerkosten.

(..) 24. Voor onderaannemster bestond dan ook geen aanleiding om met meer rekening te houden dan met het gebruikelijke ondernemersrisico van prijsstijgingen in de staalmarkt. Arbiters stellen dit gebruikelijke ondernemersrisico op 7,5% van de aanneemsom, gelet op de “normale” prijschommelingen in de periode november 1995 tot en met mei 2003 zoals die blijken uit de door onderaannemster overgelegde overzichten daarvan. Voor het meerdere komt onderaannemster een beroep op par. 47 UAV 1989 toe.

(..) 28. Waar vaststaat dat onderaannemster 410 ton staal geleverd heeft en betaald heeft gekregen ad € 0,70 cent per kg, derhalve € 287.000,00, is het daarin begrepen ondernemersrisico, gelijk eerder overwogen te stellen op 7,5% daarvan, derhalve € 21.525,00. Waar onderaannemster in totaal € 38.560,67 aan onvoorziene kosten claimt, komt haar na aftrek van het ondernemersrisico toe € 17.035,67.¹³

In een uitspraak in hoger beroep van de Raad van Arbitrage uit 2016 overwegen appèlarbiters hetzelfde. De aannemer behoorde *bij de prijsvaststelling* rekening te houden met de redelijkerwijs te verwachten prijsstijging, door *deze te voorzien in de verkoopprijs* [onderstreping toegevoegd; JS]:

‘36. Appèlarbiters achten deze redenering juist, consistent en billijk, mede gezien de door hoofdaannemster onweersproken gestelde mate van schommelingen van de prijzen op de staalmarkt in 2006 en 2007. Onderaannemster had met die schommelingen rekening kunnen en moeten houden bij het vaststellen van haar verkoopprijs voor staal. Zij kan niet volstaan met alleen de staalprijs te beschouwen op het moment dat zij de overeenkomst met een afnemer sluit, zij moet de beweging op de markt als geheel meerekenen en komt dan tot een marktconforme prijs. In die prijs moet een risico zijn meegeerekend voor prijsstijgingen van een zekere omvang, in dit geval van 20%. Doet zij dat niet en sluit zij een overeenkomst zonder risicoregeling, dan loopt zij kans op een verlies op de verkoopprijs, dat zij niet op de afnemer, in het bijzonder op hoofdaannemster kan afwentelen.

¹² RvA 19 juni 2007, No. 27.947; zie hierover ook RvA 13 november 2023, No. 37.457, TBR 2024/62, p. 430-447, m.nt. J. Springelkamp (Par. 47 UAV 2012: zo hoort het (niet)!), randnr. 23.

¹³ RvA 19 juni 2007, No. 27.947, r.o. 22, 24, 28.

(..) 40. Het gaat er immers om of de prijsstijging van dien aard is dat daarmee bij de prijsvaststelling redelijkerwijs geen rekening kon worden gehouden. Appellarbiters hebben hiervoor, in overeenstemming met arbiters in eerste aanleg, overwogen dat onderaannemster bij die prijsvaststelling rekening had moeten houden met een risico op prijsstijgingen, welk risico is vastgesteld op 20% van de staalprijs.¹⁴

In een andere uitspraak van de Raad van Arbitrage uit 2016 werd eveneens overwogen dat een bepaalde mate prijsstijgingen voorzienbaar zou moeten zijn en dat (uitsluitend) die voorzienbare prijsstijging wordt aangemerkt als het ondernemersrisico [onderstreping toegevoegd; JS]:

‘17. Arbiters zijn van oordeel dat onderaannemster, als grote professionele staalleverancier en – verwerker, een grote marktkennis heeft, althans behoort te hebben, zodat – mede gelet op de eerdere staalprijsencrisis van 2004 en de sindsdien optredende schommelingen in de staalprijzen – in de onderhavige periode (2008) een bepaalde mate van staalprijsstijging voor haar voorzienbaar was en dat die voorzienbare prijsstijging als ondernemersrisico aan onderaannemster moet worden toegerekend. Dat ondernemersrisico heeft betrekking op de staalprijsverhoging en niet op de verhoging van de kosten van het gehele werk.’¹⁵

De stelling van Herber dat het ondernemersrisico bestaat uit onvoorziene prijsstijgingen volgt duidelijk niet uit voorgaande jurisprudentie. Dit wordt ook duidelijk geïllustreerd in een uitspraak in hoger beroep van de Raad van Arbitrage uit 2006. Volgens de arbiters behoorde deze aannemer in het concrete geval rekening te houden met hogere prijsfluctuaties dan gebruikelijk [onderstreping toegevoegd; JS]:

‘29. (...) zijn er met name in de periode kort voor het sluiten van de onderaannemingsovereenkomst tussen N. en S. signalen geweest dat de prijs van betonstaal zou gaan stijgen, dit als gevolg van de toenemende vraag uit China. (...)’

30. Omdat de onderneming van N. blijkens de algemene bedrijfsgegevens onder meer als doel heeft de in- en verkoop van ijzer en staal, wordt N. geacht als professionele partij in de staalmarkt kennis van zaken te hebben. Gelet op de voor het sluiten van de overeenkomst bekende informatie, moest N. bij het aangaan van de overeenkomst dan ook rekening houden met hogere prijsfluctuaties dan gebruikelijk in de staalmarkt.¹⁶

Tot slot laat ook de Rechtbank Rotterdam duidelijk zien dat een aannemer rekening behoort te houden met de redelijkerwijs te verwachten prijsstijgingen en niet met onverwachte prijsstijgingen [onderstreping toegevoegd; JS]:

‘3.11 (...) paragraaf 47 UAV kan worden toegepast indien sprake is geweest van excessieve stijgingen van de prijzen van staal, tot boven het maximale niveau waarmee Sa-turn op grond van de historische ontwikkelingen van de staalprijzen per peildatum rekening diende te houden. Voor zover staalprijzen het genoemde maximale niveau hebben overstegen is sprake van kostenverhogende omstandigheden die Saturn in beginsel niet kunnen worden toegerekend. (...)’

3.12 (...) bij het tot stand komen van de overeenkomst geen rekening behoefde te worden gehouden met de kans dat zij zich zouden voordoen. Relevant is in dit verband of bij bepaling van de inschrijvingsom rekening moest worden gehouden met de mogelijkheid dat dergelijke prijsstijgingen zouden optreden. Zulks ligt niet in de rede indien het prijsstijgingen betreft die door (experts in) de industrie niet op dat moment en/of in die mate werden verwacht en die buiten de marges van in het verleden opgetreden prijsfluctuaties vallen (...)¹⁷

Kortom: in tegenstelling tot hetgeen door Herber bepleit, ziet het ondernemersrisico op de redelijkerwijs te verwachten prijsstijgingen en behoren onverwachte prijsstijgingen niet voor risico van de aannemer te komen (mits voldaan aan het aanzienlijkheidsvereiste), hetgeen ook uitdrukkelijk wordt onderstreept door de Rechtbank Rotterdam [onderstreping toegevoegd; JS]:

‘Het bepaalde in §47 UAV maakt anders gezegd geen onderscheid naar de wijze waarop de prijsvaste aanneemsom is overeengekomen, te weten het niet van toepassing verklaren van een prijsregeling dan wel het welbewust uitsluiten daarvan. Het bepaalde in §47 UAV maakt een inbreuk op de prijsvastheid in het geval geen rekening behoefde te worden gehouden met de kans dat in casu de optredende prijsstijgingen zich zouden voordoen. De enkele omstandigheid dat de risicoregeling uit haar aard ook de effecten van niet verwachte prijsstijgingen dekt, brengt niet mee dat bij het bepalen van de aanneemsom met een uitgesloten risicoregeling rekening is gehouden met prijsstijgingen, terzake waarvan geen rekening behoefde te worden gehouden met de kans dat deze zich eventueel zouden voordoen.¹⁸

¹⁴ RvA 8 februari 2017, No. 72.067, r.o. 36, 40; zie hierover ook: Springlekamp 2024, randnr. 37 en 38.

¹⁵ RvA 25 april 2016, No. 35.131, TBR 2016/178, m.nt. W.J.M. Herber.

¹⁶ RvA 29 augustus 2006, No. 70.981, BR 2006/251, p. 1105, m.nt. W.J.M. Herber (Staalprijzen).

¹⁷ Rb. Rotterdam 16 juli 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD9020, TBR 2009/96, r.o. 3.12.

¹⁸ Rb. Rotterdam 16 juli 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD9020, TBR 2009/96, r.o. 3.20.

4.4 Andere kostenverhogende omstandigheden dan prijsstijgingen

Herber geeft terecht aan dat de regeling van par. 47 UAV 2012 ook ziet op andere kostenverhogende omstandigheden dan prijsstijgingen. Uit deze rechtspraak volgt echter niet dat een aannemer naast de verdisconteerde risico's (en mits voldaan aan het aanzienlijkheidsvereiste) zelf een deel van de gevolgen moet dragen als het bijvoorbeeld harder regent dan waar hij rekening mee moest houden, het werk als gevolg van een gewijzigde planning van de hoofdaannemer of door protesten uit de omgeving anders moeten worden uitgevoerd dan vooraf verwacht of als het water in de rivieren lager staat dan vooraf verwacht. De gevolgen van deze omstandigheden vielen stuk voor stuk volledig buiten het in de aanneemsom verdisconteerde ondernemersrisico, waarmee óók deze rechtspraak duidelijk laat zien dat de stelling van Herber onjuist is.¹⁹

4.5 Het aanzienlijkheidsvereiste

Het ontbreekt in de rechtspraak aan een expliciete uitleg over hoe het aanzienlijkheidsvereiste moet worden toegepast, waardoor kennelijk verschil in inzicht kan ontstaan over de uitleg daarvan. Wat wel vaststaat is dat in de meeste gevallen het surplus volledig is vergoed en in één geval een bedrag in mindering is gebracht.²⁰

Het ligt bij de uitleg van een regeling voor de hand om in beginsel uit te gaan van (i) een uitleg die past binnen alle rechtspraak. En, als blijkt dat een uitspraak afwijkend is, dient het vertrekpunt te zijn dat (ii) de afwijkende uitspraak niet juist is en alle overige rechtspraak wel. Slechts in een zeer uitzonderlijk geval kan worden aangenomen dat (iii) één afwijkende uitspraak juist is en alle overige uitspraken niet.²¹ Dit laatste kan aan de orde zijn als de Hoge Raad 'om gaat' in de uitleg van een bepaald leerstuk.²²

Ik heb mij in mijn uitleg zoveel als mogelijk onthouden van persoonlijke meningen over wat redelijk zou zijn en mij hoofdzakelijk gebaseerd op de

rechtspraak en logica, waaruit mijns inziens volgt dat voor het aanzienlijkheidsvereiste uitgegaan moet worden van een vuistregel gebaseerd op (het resterende budget van) de gebruikelijke risico-opslag. De mate van vergoeding van het surplus hangt daarmee af van de omstandigheden van het geval. Dit is (i) een uitleg die past binnen *alle* rechtspraak.

Herber en De Leeuwe menen dat uit moet worden gegaan van (iii) één afwijkende uitspraak (uit 2009) en de overige rechtspraak niet juist is. De hoogte van het aanzienlijkheidsvereiste zou moeten worden vastgesteld op basis van het (door de aannemer in zijn begroting opgenomen) winstpercentage. Dit heeft tot gevolg dat *nooit* sprake kan zijn van volledige vergoeding van het surplus en dat staat haaks op de rechtspraak.²³

Het lijkt mij hoe dan ook niet juist om uit te gaan van het in de begroting opgenomen winstpercentage.²⁴ Maar belangrijker is dat de afwijkende uitspraak waar Herber en De Leeuwe hun uitleg op baseren dubbelzinnig is geformuleerd.²⁵ Voor zover zou moeten worden aangenomen dat deze uitspraak afwijkend is opzichte van de overige rechtspraak, is hoogstens sprake van (ii) een afwijkende uitspraak die *niet juist* is, terwijl de overige rechtspraak wel juist is.

4.6 Cijfers liegen niet!

Mijn uitleg over par. 47 UAV 2012 is gebaseerd op de rechtspraak en logica en niet op een eigen mening over wat redelijk zou zijn. Herber is het niet eens met mijn uitleg en heeft een sterke persoonlijke mening dat par. 47 UAV 2012 anders zou moeten worden toegepast.

Hoewel meningen kunnen verschillen, liegen de cijfers niet. De cijfers zijn in dit geval duidelijk: (a) het ondernemersrisico bestaat uit hetgeen de aannemer redelijkerwijs behoort te verwachten en te voorzien in zijn aanbieding en (b) de rechtspraak gaat in beginsel uit van een *volledige* vergoeding van het surplus. ●

¹⁹ RvA 10 september 2004, No. 24.654, BR 2004, p. 232; RvA 13 juni 1995, No. 16.830, BR 1995, p. 794; RvA 3 december 2025, No. 35.402; RvA 18 juli 1983, No. 10.122, BR 1996, p. 427, m.nt. J. Rozemond.

²⁰ J. Springelkamp, Kostenverhogend of onvoorzien: een groot verschil of is dát te overzien? Een onderzoek naar de toe-passingskaders van par. 47 UAV 2012 en par. 44 lid 1 sub c UAV-GC 2005, Den Haag: IBR 2022, bijlage 1.

²¹ Daarvoor lijkt het mij op zijn minst noodzakelijk dat die afwijkende uitspraak ondubbelzinnig is geformuleerd en voorzien van duidelijke toelichting waarom deze afwijkt van de overige uitspraken.

²² Zie hierover ook mijn opmerkingen in mijn naschrift bij W.J.M. Herber, Par. 47 UAV 2012, Reactie op TBR 2021/139, TBR 2022/26, p. 180-188 op p. 184.

²³ Herber 2021; T.L. de Leeuwe, Extreme prijsstijgingen en § 47 UAV: tijd voor een nieuwe benadering?, TBR 2023/18, p. 154-163.

²⁴ Dat zal immers leiden tot aanbestedingsrechtelijke complicaties, gezien daarmee de verschillende inschrijvers bij toepassing van par. 47 UAV 2012 met terugwerkende kracht verschillend worden behandelend. Voor zover voor het aanzienlijkheidsvereiste uit moet worden gegaan van een vuistregel gebaseerd op het winstpercentage, zal het moeten gaan om het gebruikelijke winstpercentage.

²⁵ Hetgeen overigens ook wordt erkend door De Leeuwe en Herber. Zie daarover: RvA 19 februari 2009, No. 71.215, TBR 2009/95, m.nt. W.J.M. Herber en De Leeuwe 2023, p. 159. Herber spreekt in zijn annotatie over een rekensom die 'onbegrijpelijk' is, met welke rekensom volgens De Leeuwe 'de plank mis' wordt geslagen. De Leeuwe voegt daaraan toe dat zowel de rekensom als de toelichting 'moelijk te volgen' zijn.