

Par. 47 UAV 2012

Reactie op TBR 2021/139

– Mr. W.J.M. Herber¹

1. Inleiding

In TBR van december vorig jaar heeft mr. ing. J. Springelkamp uitgelegd hoe de jurisprudentie over par. 47 UAV 2012 moet worden begrepen.² Kort samengevat betoogt hij dat, ook als zich onvoorziene kostenverhogende omstandigheden voordoen, de aannemer recht heeft op een redelijke winstmarge. Daarvan is géén sprake als de opslag voor risico de kostenstijging niet dekt, in welk geval de aannemer recht heeft op vergoeding van de kostenstijging minus het bedrag dat voor deze kostenstijging is opgenomen in de opslag voor risico. Als een gebruikelijke risico-opslag is opgesoupeerd door andere omstandigheden, gaat de kostenstijging ten koste van een redelijke winstmarge en zal er snel sprake zijn van een aanzienlijke stijging van de kosten van het werk (van de aanneemsom). Een aannemer 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. In dat geval heeft de aannemer in beginsel recht op vergoeding van de gehele kostenstijging. Kortom: de kostenverhogende omstandigheden mogen niet ten koste gaan van de winstopslag van de aannemer, mits deze redelijk is en sprake is van een gebruikelijke risico-opslag.

Springelkamp schrijft dat zijn standpunt in de Rechtspraak wordt bevestigd. De kern van zijn betoog is dat (nadat een onverwachte kostenstijging is vastgesteld) de vigerende jurisprudentie voor het aanzienlijkheidsvereiste een percentage van de aanneemsom (5%) hanteert, maar dat dat de facto niets anders lijkt dan het beoordelen of er nog sprake is van een redelijke winstmarge. Hoe sympathiek deze opvatting in de oren van menig een klinkt, meen ik dat die niet past binnen de vigerende jurisprudentie van de Raad van Arbitrage in Bouwgeschillen (RvA). Ik leg licht dit standpunt hierna toe.

2. Rechtspraak Raad van Arbitrage in Bouwgeschillen over par. 47 UAV 1968/1989/2012

De RvA heeft enkele tientallen uitspraken gedaan over de betekenis van par. 47 UAV. De reden hiervan is dat lang onduidelijkheid heeft bestaan over twee zaken die beide te maken hebben met de vraag wanneer sprake is van een *aanzienlijke* kostenstijging in de zin van par. 47 UAV 1968/1989/2012. De eerste is wat het juiste referentiepunt is ten opzichte waarvan kan worden afgemeten of van een aanzienlijke kostenverhoging sprake is. De tweede is wanneer een kostenstijging als aanzienlijk moet worden aangemerkt. Hierna bespreek ik deze twee zaken.

2.1 Referentiepunt

Zoals al gezegd is over de vraag wat het referentiepunt is aan de hand waarvan kan worden afgemeten of van een aanzienlijke kostenstijging sprake is, lang verschillend gedacht. Er zijn uitspraken waarbij het in de aanneemsom opgenomen opslagpercentage voor risico en/of winst als referentiepunt is aangemerkt. Ook zijn er uitspraken waarbij het referentiepunt bestond uit het percentage waarmee een kostenpost was overschreden en in weer andere zaken werd het bedrag van de kostenstijging als referentiepunt genomen.³ Ikzelf heb bepleit dat de aanneemsom het enig juiste referentiepunt is.⁴ Par. 47 UAV 2012 spreekt immers over een aanzienlijke verhoging van de kosten van het werk en die zijn uitgedrukt in de aanneemsom. Hierover lijkt geen discussie meer te bestaan nu dit referentiepunt in diverse uitspraken van de RvA en ook van de burgerlijke rechter wordt toegepast.⁵

³ Een overzicht van deze rechtspraak is te vinden in M.A. van Wijn-gaarden & M.A.B. Chao-Duivis, *Bouw- en Aanbestedingsrecht. Deel 17*, Zutphen: Uitgeverij Paris, par. 43.

⁴ W.J.M. Herber, 'Staalprijzen, ofwel de invloed van China op de Nederlandse bouwrechtpraak', BR 2005/73, p. 291-292.

⁵ Volgens het Hof Den Haag is het referentiepunt de aanneemsom, vermeerderd met het overeengekomen meerwerk. Zie ro. 12 van het arrest van het Hof Den Haag, 31 januari 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:83, TBR 2016/11, m.nt. W.J.M. Herber.

¹ Pim Herber is als adviseur en docent bouwrecht werkzaam bij Juridisch Management Nederland B.V. in Houten.

² 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.

2.2 Aanzienlijke vereiste

Over de vraag wanneer volgens de RvA sprake is van een aanzienlijke verhoging van de kosten van het werk, heeft ook lang onduidelijkheid bestaan. Aan die onduidelijkheid heeft de RvA bij vonnis d.d.19 februari 2009⁶ als volgt een einde gemaakt:

Arbiters hanteren hierbij het uitgangspunt dat prijsverhogingen als aanzienlijk zijn aan te merken als het gemiddeld te verwachten financieel resultaat, door deze ontwikkelingen buiten de invloedssfeer van de aannemer, omslaat in een negatief resultaat. Arbiters gaan bij de kwantificering hiervan uit van een in de branche gebruikelijk netto ondernemingsresultaat van 2%.

Arbiters overwegen voorts dat om op ondernemingsniveau een netto resultaat van 2% te halen er een bruto marge van ca. 5% op de werken gerealiseerd moet worden (het verschil tussen netto ondernemingsresultaat en bruto marge op de werken wordt veroorzaakt door belastingen, ondernemersrisico en algemene kosten op ondernemingsniveau). Bovenstaande overwegingen leiden ertoe dat een project met niet voorziene prijsstijgingen ter hoogte van meer dan 5% van de aanneemsom geconfronteerd moet worden alvorens aan het aanzienlijke criterium voldaan wordt.

Deze uitspraak is, op de berekening na⁷, glashelder. Aan het aanzienlijke vereiste is voldaan als de aannemer wordt geconfronteerd met kostenverhogende omstandigheden die zijn winst op het werk geheel doen verdampen. Arbiters oordelen dat als gevolg van onverwachte kostenverhogende omstandigheden de aannemer niet in de rode cijfers mag belanden - een negatief resultaat behaalt - en daarvan is sprake als het bedrag dat met de kostenverhogende omstandigheden is gemoeid, hoger is dan 5% van de aanneemsom, zijnde de (fictieve) bruto winst die de aannemer op een werk maakt.

Voor genoemde uitspraak is bevestigd in uitspraak van de RvA d.d. 25 april 2016⁸, waarin de Raad als volgt overwoog:

De tweede vraag die moet worden beantwoord, is wanneer de staalprijsverhoging die wel als kostenverhogende omstandigheid resteert - dus in dit geval na aftrek van die 20% - (verder 'het surplus' te noemen) de kosten van het werk 'aanzienlijk' verhogen. Anders dan bij het ondernemersrisico gaat het daarbij niet om de stijging van de staalprijs zelf maar om de stijging van de prijs van het gehele door onderaannemer aangenomen werk. Inmiddels wordt door

de Raad bij de toepassing van paragraaf 47 UAV als vuistregel gehanteerd dat een kostenverhoging van meer dan 5% op dat gehele aangenomen werk in beginsel als aanzienlijk kan worden aangemerkt.

Arbiters overwegen voorts dat, omdat pas van een 'aanzienlijk kostenverhoging' sprake is boven die 5% - en de eerste 5% dus niet als aanzienlijk wordt aangemerkt - uitsluitend het meerdere boven die 5% voor vergoeding in aanmerking komt.

Ok deze uitspraak is glashelder en maakt, samen met eerdere uitspraken die de RvA over par. 47 UAV heeft gedaan, duidelijk dat:

- normale prijswijzigingen behoren tot het ondernemersrisico en komen daarom niet voor vergoeding in aanmerking;
- de aanneemsom is het referentiepunt aan de hand waarvan moet worden afgemeten of sprake is van een aanzienlijke kostenstijging;
- aan het aanzienlijke vereiste is in beginsel voldaan als de kostenverhoging meer bedraagt dan 5% van de aanneemsom (vuistregel); en
- uitsluitend het meerdere boven die 5% komt voor vergoeding in aanmerking.⁹ Met deze twee uitspraken zijn alle eerder gedane uitspraken van de RvA die een ander referentiepunt hanteerden of het aanzienlijke vereiste anders uitlegden, achterhaald en niet meer actueel.¹⁰

3. Bespreking standpunt Springelkamp

Zoals ik hiervoor heb geschreven, betoogt Springelkamp dat, indien een aannemer wordt geconfronteerd met kostenverhogende omstandigheden, uit de vigerende rechtspraak van de RvA blijkt dat het aanzienlijke vereiste zo moet worden uitgelegd dat deze omstandigheden niet ten koste mogen gaan van een redelijke winstmarge van de aannemer. Springelkamp onderbouwt zijn standpunt met een analyse van de rechtspraak die ik hierna bespreek.

⁹ Springelkamp betoogt op p.1125 van zijn bijdrage dat mijn standpunt dat alleen het meerdere - het bedrag dat boven de 5% uitkomt - voor vergoeding in aanmerking komt, niet logisch en onjuist is. Dat vindt hij dus ook van het standpunt van de RvA. Het is juist, zoals Springelkamp schrijft, dat dit de enige uitspraak van de RvA is waarin wordt bepaald dat alleen het meerdere boven de 5% voor vergoeding in aanmerking komt. Uitsluitend indien de risico-opslag als referentiepunt wordt genomen, is te verdedigen dat ook een bedrag dat minder dan 5% van de aanneemsom bedraagt, voor vergoeding in aanmerking komt. De RvA neemt echter de aanneemsom als referentiepunt en dan is niet logisch dat een bedrag dat minder dan 5% van de aanneemsom bedraagt voor vergoeding in aanmerking komt.

¹⁰ Zo ook Asser/Van den Berg 7-VI 2022/143. De twee uitspraken zijn nadien door de RvA nog eens bevestigd in uitspraak No. 72.067 d.d. 8 februari 2017, ro. 41 en uitspraak No. 72.009, ro. 26 waarin arbiters overwegen dat overeenkomstig de vaste jurisprudentie als vuistregel moet worden gehanteerd dat de kostenverhoging betrekking heeft op ten minste 5% van de aanneemsom om aanzienlijk genoemd te kunnen worden als bedoeld in par. 47 lid 1 UAV 1989.

⁶ RvA 19 februari 2009, No. 71.215, TBR 2009/95, m.nt. W.J.M. Herber.

⁷ Zie mijn annotatie onder de in de vorige noot genoemde uitspraak.

⁸ RvA 25 april 2016, No. 35.131.

3.1 Oude uitspraken

Springelkamp verwijst in zijn artikel naar veel oude uitspraken die een ander referentiepunt bevatten dan de aanneemsom en die het aanzienlijkheidsvereiste anders uitleggen dan de RvA thans standaard doet.

Zoals hiervoor al gezegd: deze uitspraken van de RvA zijn met de hiervoor genoemde uitspraken uit 2009 en 2016 achterhaald en niet meer actueel en het is m.i. dus niet juist aan deze achterhaalde uitspraken argumenten te ontlenen voor zover het het aanzienlijkheidsvereiste betreft.¹¹

3.2 Risico-opslag als referentiepunt is niet juist

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.¹² 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.

Met een beroep op de uitspraak van de RvA waarin de Raad voornoemde vuistregel van 5% gaf én het zojuist genoemde arrest van het Hof Den Haag, concludeert Springelkamp dat moet worden uitgegaan van de vraag of, uitgaande van een gebruikelijke algemene risico-opslag, in werkelijkheid nog steeds sprake is van een redelijke winstmarge.

Daarvan is volgens hem geen sprake als de opslag voor risico niet toereikend is en de aanzienlijke kostenverhoging dus niet dekt, want dan gaat het bedrag dat de risico-opslag overstijgt ten koste van een redelijke winstmarge. Alleen als het bedrag van de kostenstijging kleiner is dan de risico-opslag is géén sprake van een aanzienlijke kostenstijging. Springelkamp onderbouwt dit standpunt o.m. door te verwijzen naar uitspraken die zijn gedaan vóór 2009, het jaartal waarin de RvA de vuistregel van 5% vaststelde.

¹¹ Dat geldt ook voor het vonnis van de rechtbank Amsterdam d.d. 15 april 2009. Zie rov 4.11 van dit vonnis waarin de rechtbank oordeelt dat noch in de jurisprudentie van de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven als in die van de burgerlijke rechter op dit punt een vast criterium is ontwikkeld. Dat was op 15 april 2009 wel het geval. Zie het vonnis van de rechtbank Rotterdam d.d. 16 juli 2008, LJN:BD9020 waarin de rechtbank oordeelt dat sprake is van een aanzienlijke verhoging van de kosten van het werk als sprake is van een kostenverhoging van 5 procent of meer van de aanneemsom. De hiervoor genoemde uitspraak No. 71.215 waarin hetzelfde wordt geoordeeld dateert van 19 februari 2009.

¹² Zie noot 3

Ik meen dat (de onderbouwing van) dit standpunt niet juist is. Bepalend zijn de uitspraken van de RvA van 2009 en 2016 en uit deze uitspraken kan niet worden afgeleid dat iedere kostenstijging die niet is afgedekt door een gebruikelijke risico-opslag aanzienlijk is in de zin van par. 47 UAV 2012 en daarmee voor rekening van de opdrachtgever komt.

Dat standpunt botst met voornoemde uitspraken van de RvA waarin de vuistregel wordt geformuleerd dat pas van een aanzienlijke stijging van de kosten van het werk sprake is als de *gehele* winst van de aannemer als gevolg van de kostenverhogende omstandigheden teloor is gegaan, waarbij een fictieve bruto winst van 5% van de aanneemsom wordt aangenomen. Alleen dan slaat het gemiddeld financieel resultaat om in een negatief resultaat. Ik verwijs naar de gegeven samenvattingen van deze uitspraken in par. 2 van deze bijdrage.

Ook na herlezing meen ik dat deze uitspraken geen enkele steun geven aan de opvatting van Springelkamp. Ook in het arrest van het Hof Den Haag lees ik geen bevestiging van het standpunt van Springelkamp. Juist is dat in het arrest het woord 'winstgevendheid' als criterium wordt genoemd, maar dat leidt niet tot de conclusie dat iedere kostenstijging die niet wordt gedekt door een gebruikelijke risico-opslag, voor rekening van de opdrachtgever komt.

Springelkamp neemt aldus de risico-opslag van de aannemer als referentiepunt. Dat is in strijd met eerdergenoemde rechtspraak waarin de *aanneemsom* als referentiepunt is genoemd en de met vuistregel dat pas van een aanzienlijke kostenstijging sprake is als deze een impact op de *aanneemsom* heeft van meer dan 5%.

3.3 Gevolgen standpunt Springelkamp

Het standpunt van Springelkamp heeft tot gevolg dat, als de aannemer tijdens het werk met meer tegenvallers wordt geconfronteerd dan hij als gebruikelijke risico-opslag heeft begroot, de opdrachtgever opdraait voor onvoorziene kostenstijgingen die niet worden afgedekt door de risico-opslag. Dat kan aanleiding geven tot veel discussies. Wat is, gegeven de aard van het werk, een gebruikelijk risicopercentage, heeft de aannemer wel voldoende maatregelen genomen om de risico's waarmee hij is geconfronteerd te beheersen, wat is een redelijk winstpercentage en moet daarbij rekening worden gehouden of het werk is aanbesteed of niet, etc.

Springelkamp lost dit alles als volgt op: *'Hij (de aannemer, Herber) 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. Het is logisch om in beginsel*

uit te gaan van een volledige vergoeding van het surplus³.

Dat betekent dat, onder aftrek van het ondernemersrisico, het gehele risico voor onverwachte prijsstijgingen bij de opdrachtgever ligt. Ik meen dat dit in strijd is met het gegeven dat een vaste aanneemsom is overeengekomen, hetgeen betekent dat tegenvallers voor rekening van de aannemer komen.

In 2008¹³ hebben arbiters dit standpunt ook met kracht verworpen:

Daarenboven zijn arbiters van oordeel dat de benadering van aannemster in feite met zich brengt dat indien sprake is van één of meerdere prijsstijgingen in de zin van paragraaf 47(1) UAV, opdrachtgever het risico dient te dragen voor alle opgetreden prijsstijgingen, voor zover deze prijsstijgingen meer bedragen dan de risicovergoeding die aannemster in zijn aannemingsom heeft verdisconteerd. Arbiters achten die benadering in strijd met het uitgangspunt van paragraaf 47 UAV op grond waarvan aannemster enkel recht heeft op verrekening van de gevolgen van onvoorzienbare omstandigheden en niet op verrekening van alle prijsstijgingen, voor zover deze meer bedragen dan voornoemde risicovergoeding. Arbiters wijzen dan ook het primair gevorderde bedrag ad € 83.237,33 af.

Aleen bij *aanzienlijke* kostenverhogingen kan volgens par. 47 UAV 2012 worden aangeklopt bij de opdrachtgever. Ik meen dat moeilijk volgehouden kan worden dat, nadat het ondernemersrisico is vastgesteld, een kostenverhoging van 0,1% een *aanzienlijke* stijging van de kosten van het werk oplevert.¹⁴ Dat lijkt mij evident in strijd met de uitspraken van de RvA waarin zij expliciet heeft geoordeeld dat pas van een aanzienlijke kostenstijging sprake is als de impact daarvan op de aanneemsom meer dan 5% van de aanneemsom is. Ik voeg daaraan toe dat nimmer, ook niet in de rechtspraak van de vorige eeuw, door de RvA of door de burgerlijke rechter is geoordeeld dat met een kostenstijging van 0,1% van de aanneemsom wordt voldaan aan het aanzienlijkheidsvereiste.

Ik meen dus dat de stelling dat in beginsel moet worden uitgegaan van vergoeding van het gehele surplus niet past binnen de vigerende jurisprudentie van de RvA en zelfs uitdrukkelijk door de RvA wordt verworpen.

3.4 Aanwending risico-opslag

Terug naar het standpunt van Springelkamp dat eerst de risico-opslag moet zijn opgesoupeerd.

Hij betoogt dat, indien de risico-opslag de onvoorzienbare kostenstijging niet dekt, dat betekent dat de kostenstijging aanzienlijk is en voor vergoeding in aanmerking komt nu het niet door de risico-opslag gedekte bedrag de winst van de aannemer aantast. Daarin stelt hij dat maar in één zaak door de RvA anders is overwogen: uitspraak No. 35.131 d.d. 25 april 2016 die ik ook heb genoemd in par. 2.2. van dit artikel. Arbiters oordeelden in deze uitspraak dat 20% van de prijsstijging behoort tot het ondernemersrisico en dus sowieso niet voor vergoeding in aanmerking kwam.

Vervolgens kwam de vraag aan de orde of de totale kostenstijging onder aftrek van het bedrag van de 20% kostenstijging, aanzienlijk was. Dit bedrag bedroeg 4,7% van de aanneemsom, was dus niet aanzienlijk en werd daarom niet toegewezen.

Springelkamp verklaart deze uitspraak door aan te nemen dat tijdens de uitvoering zich geen of weinig andere risico's hebben voorgedaan en dat de betreffende onderaannemer zijn risico-opslag nergens anders voor nodig had. De risico-opslag was voldoende om de kostenstijging van 4,7% van de aanneemsom te dekken zodat deze niet ten koste ging van de winst en dan is juist dat de vordering van de aannemer wordt afgewezen. Deze verklaring berust op de aannemen dat de risico-opslag tenminste 4,7% van de aanneemsom is geweest én dat tijdens de uitvoering zich geen andere risico's hebben voorgedaan.

In de uitspraak is echter niets vermeld over de hoogte van de risico-opslag. Dat de risico-opslag 4,7% of hoger is, is een aanneme van Springelkamp waarvan de juistheid op geen enkele manier vaststaat. Dat de risico-opslag niet aangewend hoefde te worden om andere risico's af te dekken is eveneens een aanneme waarvan de juistheid niet vaststaat.

Daar komt nog bij dat, als arbiters het eens zouden zijn met Springelkamp, zij hun vonnis anders zouden hebben gemotiveerd. Die motivering zou dan zijn dat het bedrag van de kostenstijging minder is dan het bedrag van de risico-opslag, om welke reden de vordering moet worden afgewezen. Van een dergelijke motivering is echter geen sprake.

Ik voeg daaraan toe dat ook in andere uitspraken van de RvA waarin de vordering van de aannemer is afgewezen, deze motivering ontbreekt. Zie bv. de uitspraak van de RvA d.d. 23 maart 2017¹⁵ waarin als volgt werd geoordeeld:

Tussen partijen staat vast dat overeenkomstig de vaste jurisprudentie (onderstreping Herber) op dit punt als vuistregel moet worden geoordeeld dat de kos-

¹³ RvA 11 maart 2008, No. 28.697, ro. 14.

¹⁴ Springelkamp betoogt dit in zijn bijdrage op p. 1124, tweede kolom, laatste zin van de tweede alinea.

¹⁵ RvA 23 maart 2017, No.72.009.

tenverhoging betrekking heeft op ten minste 5% van de aanneemsom om aanzienlijk genoemd te kunnen worden als bedoeld in paragraaf 47 lid 1 UAV 1989 (criterium 4). Het zou dus moeten gaan om een kostenverhoging van tenminste $5\% \times \text{€}2.470.000,00 = \text{€}123.500,00$. De toe te wijzen kostenverhoging van $\text{€}105.750,00$ blijft daar onder en voldoet dus niet aan het aanzienlijkevereiste. Een vordering onder paragraaf 47 UAV 1989 kan daarom niet worden toegewezen. Appellarbiters wijzen de vordering van aanneemster af.

Van belang is te beseffen dat het arrest van het Hof dateert van 31 januari 2012, is gepubliceerd op 5 januari 2016 en in het TBR gepubliceerd in TBR november 2016. De RvA heeft de 5% regel herhaald in de hiervoor genoemde uitspraak van 25 april 2017, No. 72.009, dus 15 maanden na publicatie van het arrest van het Hof en 5 maanden na publicatie in TBR.

Aangenomen moet worden dat de RvA, toen zij deze uitspraak deed, kennis had van het arrest van het Hof. Dan lijkt het er heel sterk op dat de RvA bewust het standpunt van het Hof Den Haag niet heeft overgenomen en is gebleven bij de 5% regel. De RvA lijkt dit te benadrukken door in deze uitspraak te spreken over vaste jurisprudentie.

Ik meen dus dat het standpunt van Springelkamp inhoudende dat in beginsel het gehele surplus voor vergoeding in aanmerking komt, niet past binnen de vigerende jurisprudentie van de RvA. Evenmin is juist dat de risico-opslag van de aannemer het referentiepunt is bij de bepaling of een kostenstijging aanzienlijk is.

4. Tot slot

De rechtspraak van de RvA is m.i. redelijk en zeker niet aannemersonvriendelijk. Kern van deze rechtspraak is immers dat als gevolg van onvoorziene kostenverhogende omstandigheden een positief resultaat niet mag omslaan in een negatief resultaat. Betoogd kan worden dat een fictief winstpercentage van 5% van de aanneemsom aan de hoge kant is. Veel aannemers kunnen niet met succes een aanbesteding winnen met een winstopslag van 5%. Ik pleit er daarom voor om deze vuistregel niet al te star toe te passen en dat, als de aannemer aantooft dat hij het betreffende werk met een lager winstpercentage heeft begroot, uit te gaan van dit lagere winstpercentage om zo te voorkomen dat de aanne-

mer als gevolg van onverwachte prijsstijging(en) in de rode cijfers belandt.¹⁶

Naschrift bij de reactie van mr. W.J.M. Herber

Mr. ing. J. Springelkamp¹⁷

1. Inleiding

Met genoegen heb ik kennisgenomen van de bovenstaande reactie van mr. W.J.M. Herber, waarin hij mijn standpunt over het 'aanzienlijkevereiste' kritisch tegen het licht houdt. Dat de standpunten van Herber en mij uiteenlopen, wordt met name verklaard doordat ik mij baseer op de jurisprudentie vanaf 1976 tot heden en Herber op de jurisprudentie vanaf 2006. Herber noemt deze latere jurisprudentie de *vigerende* jurisprudentie.

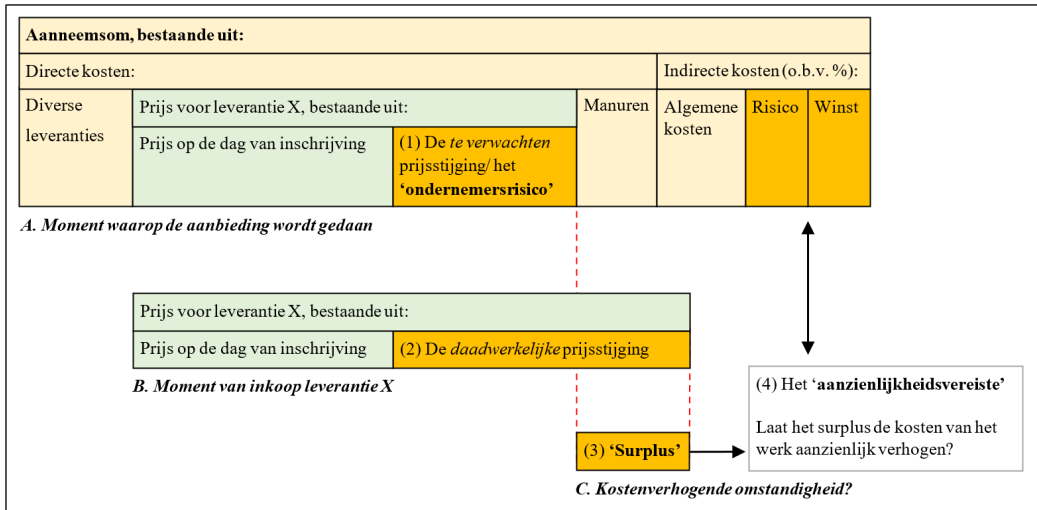
Volgens mij moet niet worden gesproken van vigerende, maar van *recente* jurisprudentie. De Raad van Arbitrage in Bouwgeschillen (RvA) kan - als feitelijke instantie - niet 'om gaan', laat staan dat de RvA 'om is gegaan' in haar recente jurisprudentie.¹⁸ De recente jurisprudentie moet worden gezien in het licht van alle rechtspraak over toepassing van par. 47 UAV 1968/1989/2012. Als een daarvan afwijkende uitspraak is gedaan, is hoogstens sprake van een foute toepassing van het recht. In de recente rechtspraak is geen sprake van een fout. Ik heb in mijn bijdrage laten zien dat deze jurisprudentie niet afwijkt van eerdere jurisprudentie en zal dat in dit naschrift nader toelichten.

In par. 2 sta ik eerst stil bij de wijze waarop door de aannemer een aanbidding wordt vastgesteld en hoe dat zich verhoudt tot het referentiepunt. In par. 3 ga ik dieper in op de inhoud van het referentiepunt en de mogelijke kenmerken van een ondergrens en de gevolgen voor de vergoeding van de aannemer. Deze punten zijn relevant bij het bestuderen van de jurisprudentie. Tot slot sta ik in par. 4 stil bij een uitspraak van het Hof. Deze uitspraak laat zien dat in bepaalde gevallen gebruik kan worden gemaakt van een oplossing die tussen de standpunten van Herber en mij in ligt. Geeft het Hof voor die gevallen een gulden middenweg?

¹⁶ Zo 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. Met andere woorden: de aannemer mocht als gevolg van de kostenstijging niet in de rode cijfers belanden en dat sluit aan op de door de RvA gegeven regel dat prijsverhogingen als aanzienlijk zijn aan te merken indien als gevolg van de prijsstijgingen het positief resultaat omslaat in een negatief resultaat.

¹⁷ Jaap Springelkamp is contractmanager bij Heijmans. Hij heeft deze bijdrage op persoonlijke titel geschreven.

¹⁸ Dit is voorbehouden aan een andere raad: de Hoge Raad.



Figuur 1: visualisatie 'ondernemersrisico', 'surplus' en 'aanzienlijksvereiste'

2. Een percentage van de aanheemsom of een redelijke winstmarge: wat is het verschil?

Om de discussie goed te kunnen duiden, geef ik in par. 2.1 eerst een voorbeeld van een aannemer die zijn aanbidding maakt. Aan de hand van dat voorbeeld visualiseer ik in figuur 1 en par. 2.2 het 'ondernemersrisico', 'surplus' en 'aanzienlijksvereiste'. De in par. 2.1 en 2.2 opgenomen nummering, komt overeen met die in figuur 1. In par. 2.3 laat ik zien dat 'een percentage van de aanheemsom' als referentiepunt niet anders is dan de beoordeling of nog sprake is van 'een redelijke winstmarge'.

2.1 Opstellen van de aanbidding

Een aannemer heeft voor zijn aanbidding eerst de 'directe kosten' vastgesteld van de losse onderdelen van het werk; deze directe kosten zijn grofweg opgebouwd uit diverse leveranties en manuren. Voor de levering van product X heeft de aannemer zijn (1) 'ondernemersrisico' vastgesteld, of anders gezegd: hij heeft vastgesteld welke prijsstijging hij behoorde te verwachten en daar in zijn aanbidding rekening mee gehouden.¹⁹

Nadat alle directe kosten zijn vastgesteld, vermeerderd de aannemer het subtotale van deze kosten met een opslagpercentage voor de indirecte kosten, bestaande uit: algemene kosten, winst en

risico. Deze kosten zijn - in tegenstelling tot de directe kosten - niet toe te wijzen aan een bepaald onderdeel van het werk.²⁰ De aanheemsom bestaat uit het totaal van directe en indirecte kosten.

2.2 Vaststellen of sprake kan zijn van een kostenverhogende omstandigheid

Op het moment dat de aannemer product X daadwerkelijk moet inkopen, blijkt dat de (2) daadwerkelijke prijsstijging hoger is dan de prijsstijging die hij behoorde te verwachten: dit meerdere (verschil tussen (2) en (1)) wordt aangemerkt als (3) het 'surplus'. Als deze aannemer niet of onvoldoende rekening zou hebben gehouden met het juiste ondernemersrisico (wat in dit voorbeeld niet het geval is), dan komt dat deel eerst voor eigen rekening voordat sprake is van een surplus. Als het surplus (4) de kosten van het werk aanzienlijk doet stijgen, dan is - ervan uitgaande dat aan alle overige voorwaarden van par. 47 UAV 2012 is voldaan - sprake van een kostenverhogende omstandigheid.

2.3 Wat is het referentiepunt?

De beoordeling van de vraag of voldaan is aan het 'aanzienlijksvereiste' heeft in het verleden plaatsgevonden aan de hand van de begrote risico-opslag, een redelijke winstmarge, een percentage van de aanheemsom of een absoluut bedrag.²¹

Volgens Herber heb ik in mijn bijdrage ten onrechte de risico-opslag als referentiepunt genomen. De recente jurisprudentie zou uitgaan van een ander referentiepunt: de aanheemsom. Ik heb

¹⁹ Hiervoor kan de aannemer gebruik maken van de gezichtspunten omschreven in: 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. 1121-1123; In dit voorbeeld ga ik uit van het ondernemersrisico ten aanzien van prijsstijgingen, er kunnen zich uiteraard ook andere ondernemersrisico's voordoen, zoals bijvoorbeeld de invloed van lage waterstanden.

²⁰ RAWeetjes gebundeld, nummer 47, rekenen/2003, CROW.

²¹ 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. 1123.

aangegeven dat het voor de hand ligt om voor de toetsing aan het aanzienlijke vereiste uit te gaan van een *percentage van de aanneemsom*, maar dat *de facto* niet anders is dan de beoordeling of nog sprake is van een *redelijke winstmarge* (en dat afhangt van de vraag of het niet benodigde deel van de *risico-opslag* dekking biedt voor de gevolgen van de kostenverhogende omstandigheid). Met andere woorden: het is een en hetzelfde referentiepunt.

Ik ben het met Herber eens dat het logisch is om de aanneemsom als referentiepunt te nemen. Maar de aanneemsom (of beter gezegd: een percentage van de aanneemsom) staat niet op zichzelf. Dit is een verzamelaam voor verschillende referentiepunten. Het percentage kan bijvoorbeeld worden gebaseerd op i) de risico-opslag of ii) de opslag voor winst. Deze opslagen worden in de aanbieding van de aannemer vastgesteld op basis van een *percentage van de aanneemsom*.

3. Wat is de ondergrens?

Het ligt voor de hand om pas tot vergoeding over te gaan als er sprake is van een overschrijding van de ondergrens, want anders kan de door Herber geschetste bijzondere situatie zich voordoen waarbij een aannemer die - uitgaande van een ondergrens van 5% - blijft steken op 4,9% geen vergoeding krijgt, terwijl hij bij 5,1% een volledige vergoeding zou ontvangen.²²

Een ondergrens kan *variabel* of *hard* zijn. In par. 3.1 laat ik zien wat de gevolgen zijn als voor een variabele of harde ondergrens wordt gekozen. Daarna laat ik in par. 3.2 zien dat de RvA in haar uitspraak uit 2016 uitgaat van een variabele ondergrens. Deze variabele grens komt neer op de vraag of en in hoeverre de risico-opslag nog dekking biedt voor de gevolgen van de kostenverhogende omstandigheid. In par. 3.3 zet ik uiteen dat de recente rechtspraak dit bevestigt.

3.1 Gevolgen van een variabele of harde ondergrens

Ik ben in mijn bijdrage uitgegaan van het vaststellen van het percentage op basis van het niet benodigde deel van de risico-opslag. Dat komt neer op een *variabele* ondergrens. Dit kan tot gevolg hebben dat een bedrag ten hoogte van 5% van de aanneemsom (uitgaande van een vuistregel van 5%) voor eigen rekening van de aannemer blijft. Maar dit kan, als de ondergrens wordt vastgesteld op 0%, ook tot gevolg hebben dat het volledige surplus voor vergoeding in aanmerking komt. Ook kan sprake zijn van ondergrens tussen 0 en 5% in. Dit hangt af van de omstandigheden van het geval.

Herber gaat uit van een *harde* ondergrens. Deze hangt af van één omstandigheid: de hoogte van de winstopslag.²³ Dit uitgangspunt zorgt voor de situatie dat de aannemer *nooit* voor een volledige vergoeding van het surplus in aanmerking kan komen.²⁴

3.2 Gaat de RvA uit van een harde of variabele ondergrens?

In 2016 heeft de RvA overwogen dat, nadat vast kwam te staan dat de aannemer voor vergoeding in aanmerking kwam, uitsluitend het meerdere boven een grens van 5% vergoed moest worden.²⁵ In deze uitspraak wordt niet overwogen dat dit percentage is gebaseerd op de winstopslag van de aannemer. Ook wordt - zoals Herber in zijn reactie terecht aangeeft - niet overwogen dat dit percentage is gebaseerd op het nog niet benutte deel van de risico-opslag.

Wat in de door Herber aangehaalde rechtsoverweging wel is te lezen, is dat sprake is van een 'vuistregel' van 5%. Deze ondergrens van 5% moet 'in beginsel' worden bereikt alvorens sprake is van een aanzienlijke stijging van de kosten van het werk. Hier lijkt - gelet op de woorden 'vuistregel' en 'in beginsel' - sprake van een variabele ondergrens. Volgens de RvA komt uitsluitend het meerdere boven deze ondergrens voor vergoeding in aanmerking.

Als het percentage van 5% niet zou zijn vastgesteld op basis van de risico-opslag, maar op het tenietgaan van de opslag voor winst, dan zou dat betekenen dat de RvA afwijkt van alle voorgaande uitspraken. In de eerdere uitspraken waarin werd toegekomen aan vergoeding, werd namelijk een volledige vergoeding toegekend; dat zou onmogelijk zijn als het percentage zou zijn gebaseerd op het volledig teniet gaan van de winst. Hieruit blijkt dat de RvA uitgaat van een *variabele* ondergrens.

3.3 Is de ondergrens gebaseerd op het verdampen of aantasten van de winst?

Volgens Herber is de uitspraak van de RvA van 2009, op de berekening na, glashelder en heeft deze een onduidelijkheid weggenomen. Ik vraag me echter af of deze uitspraak, buiten de berekening om, zo glashelder is.

De arbiters overwogen dat sprake is van een aanzienlijke prijsverhoging als '*het gemiddeld te verwachten financieel resultaat* (...), *omslaat in een negatief resultaat*'. Als hiermee werd bedoeld dat eerst de

²³ Het lijkt mij logischer om in het kader van rechtszekerheid - en in ieder geval voor de aanbestede overeenkomsten - uit te gaan van een *gebruikelijke* winstopslag.

²⁴ De rechtspraak laat echter zien dat daar geen sprake is.

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

²² RvA 19 februari 2009, No. 71.215, TBR 2009/95, m.nt. W.J.M. Herber.

winst moet zijn verdampt, alvorens sprake is van een aanzienlijke stijging van de kosten, wat voegen de woorden ‘gemiddeld te verwachten’ dan toe? Het gaat dan toch om de vraag of *het resultaat* omslaat in een negatief resultaat?

Gelet op het voorgaande - en de vele andere uitspraken waarin een volledige vergoeding werd toegekend - bedoelden de arbiters waarschijnlijk de situatie waarin het gemiddeld te verwachten financieel resultaat in negatieve zin wordt beïnvloed. Oftewel: de situatie waarin de *winst wordt aangetast*.

Naar mijn mening wordt de winst aangetast als het niet benodigde deel van de risico-opslag geen dekking biedt voor de gevolgen van de kostenverhogende omstandigheid. In tegenstelling tot hetgeen Herber in zijn naschrift stelt, is dit standpunt in 2008 *niet* met kracht verworpen.

De betreffende aannemer had alle prijsstijgingen opgeteld en daar de risico-opslag (van 2% van de *aanneemsom*) en al ontvangen vergoeding van afgetrokken. Voor het resterende bedrag deed de aannemer een beroep op par. 47 UAV 1989.²⁶ De opdrachtgever stelt de hoogte van de prijsstijging ter discussie en voert aan dat een deel van de prijsstijging voor eigen rekening van de aannemer behoorde te blijven; deels vanwege afspraken in de ‘Compensatieregeling brandstofprijzen 2006’ en deels omdat sprake was van ‘voorzienbare prijsstijgingen’.²⁷

De arbiters overwegen dat *niet alle* prijsstijgingen, maar alleen (i) de *onvoorzienbare* prijsstijgingen voor vergoeding in aanmerking komen als deze (ii) meer bedragen dan de risicovergoeding.²⁸ Dat lijkt mij juist: (i) de *voorzienbare* prijsstijgingen vallen immers binnen het ‘ondernemersrisico’ en (ii) het ‘surplus’ moet worden afgezet tegen het niet benodigde bedrag van de risico-opslag. Dat is ook wat arbiters overwegen. Volgens de arbiters dient het ‘voorzienbare deel van de prijsstijging buiten beschouwing te blijven’.²⁹ Na vaststelling van de daadwerkelijke prijsstijgingen en aftrek van het voorzienbare deel, bleek geen sprake van prijsstijgingen die niet werden gedekt door de risico-opslag.³⁰ De prijsstijgingen konden worden opgevangen met de risico-opslag en gingen niet ten koste van de winstmarge; het beroep op par. 47 UAV 1989 slaagde niet.

4. Gaat het Hof - in bepaalde gevallen - uit van een gulden middenweg?

Er kan *niet* worden gesteld dat de uitspraken uit 2009 en 2016 tot gevolg hebben dat alle uitspraken van voor die datum over het aanzienlijkheidsvereiste, achterhaald en niet meer actueel zijn. Dat over de uitleg van de deze uitspraken anders wordt gedacht, is - gelet op de uiteenlopende lezingen - wel duidelijk. Interessant in dit kader is de uitspraak van het Hof van 31 januari 2012, die de beide uitleggen voor een deel samen laat komen.³¹ De uitspraak van het Hof

Het Hof laat in de eerste plaats zien dat de winstopslag niet het referentiepunt is; er wordt immers overwogen dat ook moet worden gekeken naar de *uiteindelijke winstgevendheid*. Het is dus niet de bedoeling dat de winst volledig verdampt, er moet uiteindelijk winst overblijven. Daarnaast is deze uitspraak interessant omdat het Hof aangeeft dat moet worden gekeken naar alle omstandigheden van het geval, op grond waarvan de opslag voor winst dus mede van belang kan zijn.³²

4.1 Beperking op grond van de redelijkheid en billijkheid

Ik kan mij voorstellen dat in bepaalde gevallen de aannemer een deel van de winst op moet maken voordat hij voor vergoeding in aanmerking komt. Deze werkwijze wijkt niet af van de jurisprudentie of de systematiek van par. 47 UAV 2012. Op grond van par. 47 lid 3 UAV 2012 kan in overleg worden vastgesteld in hoeverre de kostenverhoging naar redelijkheid en billijkheid zal worden vergoed.

Mij is maar één geval bekend waarbij op grond van de redelijkheid en billijkheid geen volledige vergoeding werd toegekend. Het ging in de betreffende zaak om vergoeding van schade aan het werk, als gevolg van extreme regenval. Door de aannemer werd een beroep gedaan op par. 44 en 47 UAV 1989. De arbiters laten in het midden welke paragraaf van toepassing is; bij de toetsing aan deze bepalingen zou er geen wezenlijk verschil zijn.³³ Dat de schade niet *volledig* werd vergoed, lijkt mij gelet op par. 44 lid 3 UAV 1989 niet onlogisch. Volgens deze paragraaf komt schade aan het werk voor rekening van de aannemer, tenzij sprake is buitengewone omstandigheden, waartegen hij geen maatregelen had behoeven te nemen én het *onredelijk* zou zijn dat deze kosten voor zijn rekening komen.³⁴

³¹ 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*).

³² 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.

³³ RvA 10 september 2004, No. 24.654, BR 2004, p. 232.

³⁴ De ‘redelijke kosten’ zijn dus voor rekening van de aannemer gebleven, het overige ‘onredelijke’ niet.

²⁶ RvA 11 maart 2008, No. 28.697, r.o. 10 t/m 12.

²⁷ RvA 11 maart 2008, No. 28.697, r.o. 13.

²⁸ RvA 11 maart 2008, No. 28.697, r.o. 14.

²⁹ RvA 11 maart 2008, No. 28.697, r.o. 16.

³⁰ RvA 11 maart 2008, No. 28.697, r.o. 21 en 22.

4.2 Een redelijke winstmarge als uitgangspunt

Het voorgaande neemt niet weg dat er meer gevallen kunnen zijn waarbij het redelijk zou zijn dat de aannemer een deel van zijn winst aanwendt om (deels) de gevolgen van een kostenverhogende omstandigheid af te dekken. Het zal dan aankomen

op de vraag: wanneer is nog sprake van een *redelijke winstmarge*? Daar geeft het Hof geen antwoord op. Maar misschien moet daar eens over worden nagedacht. Mij lijkt het in ieder geval niet onredelijk om, in lijn met de rechtspraak, een aannemer op zijn minst de gebruikelijke - toch al lage - winstmarge te gunnen. ●