

## Jurisprudentie – V. Aanneming van werk

### TBR 2024/62

#### Raad van Arbitrage in bouwgeschillen, 13 november 2023, No. 37.457, (Par. 47 UAV 2012: zo hoort het (niet)!)

(Mr. J.M. Rowel-van der Linde, ing. J.M.A. Kuijper en ir. W.J.M. Scheffers)

Afrekening van een werk. Prijsstijgingen. Schadeposten. Vergoeding

Met gastnoot J. Springelkamp, Red.<sup>1</sup>

#### DE GRONDEN VAN DE BESLISSING

##### *In conventie en in reconventie*

##### *De bevoegdheid*

5. De bevoegdheid van arbiters tot beslechting van dit geschil bij scheidsrechterlijk vonnis staat onbetwist tussen partijen vast. In artikel 13 van de tussen partijen tot stand gekomen overeenkomst is een arbitraal beding opgenomen dat verwijst naar de RvA en zijn arbitragereglement. Van toepassing is het arbitragereglement van 14 januari 2019.

##### *De feiten*

6. Tussen partijen staat het volgende vast:  
a. Tussen partijen is op 15 februari 2021 een overeenkomst tot stand gekomen voor het door onderaannemster fabriceren en op het werk leveren van prefab houten (HSB) wandelementen ten behoeve van het door hoofdaannemster in opdracht van haar opdrachtgever uit te voeren nieuwbouwproject. Het betreft een school met sporthal en jongerencentrum, met een totaaloppervlakte van 11.000 m<sup>2</sup>. Hoofdaannemster heeft de elementen door een derde in het werk laten monteren.

b. De aanneemsom voor het werk van onderaannemster bedraagt € 569.000,00 exclusief btw. In artikel 5.6 van de overeenkomst is bepaald dat de verleggingsregeling met betrekking tot de btw niet van toepassing is, zodat de aanneemsom verhoogd wordt met de btw.

c. Op de overeenkomst zijn de Algemene Inkoopvoorwaarden van hoofdaannemster van toepassing en, via het ook op de overeenkomst toepasselijke bestek voor het project, de UAV 2012.

d. In artikel 2.1 van de overeenkomst is bepaald dat de door onderaannemster te verrichten leveringen en werkzaamheden zijn beschreven in de onder artikel 3 van toepassing verklaarde contractuele documenten (tenzij uitdrukkelijk van afgeweken),

onder welke werkzaamheden in ieder geval maar niet uitsluitend wordt verstaan de leveranties en/of werkzaamheden en alle uit de hoofdaannemings-overeenkomst voortvloeiende verplichtingen op het gebied van paragraaf 24 van het bestek voor het project:

24 Ruwbouwtimmerwerk

24.00 Algemeen

24.12 Werkbescheiden

24.41 Beschietingen

24.52 Vloer-, wand- en dakelementen

24.81 Isolatie

24.83 Dampremmende/dampdoorlatende lagen

e. De eerste levering heeft plaatsgevonden op 5 juli 2021 en de laatste op 10 december 2021.

f. Hoofdaannemster heeft ter zake van termijnen van de aanneemsom en de verrekening van het door onderaannemster gestelde minderwerk van € 51.380,93 (exclusief btw) en meerwerk van € 41.219,18 (exclusief btw) een bedrag van € 121.313,37 (inclusief btw) onbetaald gelaten.

g. Onderaannemster heeft aanspraak gemaakt op vergoeding van door haar gestelde houtprijsstijging van € 59.674,00 exclusief btw. Hoofdaannemster heeft in het kader van overleg tussen partijen betaling ter zake van een bedrag van € 50.000,00 aangeboden.

h. Hoofdaannemster heeft een beroep gedaan op verrekening van door haar gestelde door haar geleden schade wegens door haar gestelde tekortkomingen in het werk van onderaannemster.

i. Partijen zijn niet tot een akkoord over de financiële afwikkeling van het werk van onderaannemster gekomen.

##### *Het geschil in conventie*

7. Onderaannemster stelt dat zij haar werkzaamheden en leveranties naar behoren heeft afgerond, dat zij het meer-/minderwerk correct heeft verrekend en dat zij recht heeft op vergoeding wegens houtprijsstijgingen. Zij stelt dat haar inclusief rente (tot 30 juni 2022) over onbetaald gelaten facturen en inclusief buitengerechtelijke incassokosten een bedrag toekomt van € 214.395,87. Onderaannemster vermindert haar eis met een bedrag van in totaal € 19.886,99 aan erkend extra minderwerk en erkende schadeposten, zodat van de vordering € 194.508,88 resteert. Onderaannemster vordert bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad hoofdaannemster te veroordelen tot betaling daarvan, vermeerderd met de wettelijke handelsrente over € 121.313,37 vanaf 1 juli 2022 tot de

<sup>1</sup> Jaap Springelkamp is vanaf juni werkzaam als advocaat bouwrecht bij Heijltjes Advocaten.

dag der algehele voldoening, met veroordeling van hoofdaannamester in de proceskosten.

**8.** Hoofdaannamester voert gemotiveerd verweer en doet een beroep op verrekening van door haar gestelde schadeposten. Zij concludeert op grond daarvan tot afwijzing van de vorderingen van onderaannemster, met veroordeling, uitvoerbaar bij voorraad, van onderaannemster in de proceskosten, met nakosten en met bepaling dat indien niet binnen veertien dagen na vonniswijzing aan de proceskostenveroordeling is voldaan, onderaannemster wettelijke rente verschuldigd zal zijn.

### Het geschil in reconventie

**9.** Hoofdaannamester stelt dat sprake is van een groter bedrag aan minderwerk dan onderaannemster heeft verrekend en dat onderaannemster tekort is geschoten in de nakoming van de overeenkomst door niet tijdig en niet deugdelijk te presteren waardoor hoofdaannamester schade ten belope van € 155.661,00 heeft geleden. Zij stelt dat, na verrekening van wat zij nog verschuldigd is aan onderaannemster, haar betaling toekomt, inclusief vergoeding van volledig gemaakte gerechtelijke kosten, van een bedrag van € 117.054,59, bij pleidooi vermeerderd met een bedrag van € 9.588,00 betreffende nadere gerechtelijke kosten, zodat hoofdaannamester aanspraak maakt op betaling van € 126.642,59. Hoofdaannamester vordert bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad onderaannemster te veroordelen tot betaling daarvan, vermeerderd met de wettelijke handelsrente vanaf de datum van de memorie van antwoord (in conventie) tevens eis in reconventie, en onderaannemster te veroordelen tot afgifte van de onder 8.2 van die memorie genoemde bescheiden binnen 14 dagen na datum van het door arbiters te wijzen vonnis op straffe van een dwangsom van € 1.000,00 voor elke dag dat onderaannemster te laat is, met veroordeling van onderaannemster in de proceskosten, met nakosten en met bepaling dat indien niet binnen veertien dagen na vonniswijzing aan de proceskostenveroordeling is voldaan, onderaannemster wettelijke rente verschuldigd zal zijn.

**10.** Onderaannemster voert gemotiveerd verweer en concludeert tot afwijzing van de vorderingen van hoofdaannamester, met veroordeling van hoofdaannamester in de proceskosten.

### De beoordeling van het geschil in conventie en reconventie

#### Vooraf

**11.** Arbiters hebben hiervoor bij de omschrijving van het geschil geen btw bij de bedragen vermeld en zullen hier verduidelijken waarom.

**12.** In conventie stelt onderaannemster dat € 121.313,37 inclusief btw onbetaald

is gelaten betreffende de onder punt 9 MvE opgesomde als productie 2 overgelegde facturen en dat de tot 30 juni 2022 berekende rente daarover € 5.443,82 bedraagt. Zij telt daarbij op de door haar gevorderde prijsverhoging wegens houtprijsstijgingen van € 59.674,00. Dit bedrag is exclusief btw, zodat over dit bedrag niet de btw is gevorderd. Onderaannemster vordert vergoeding van incassokosten van 15% over de vordering van (€ 121.313,37 + € 5.443,82 + € 59.674,00 =) € 186.431,19, ofwel € 27.964,68. Daarmee komt de aanvankelijke vordering op (€ 186.431,19 + € 27.964,68 =) € 214.395,87, deels inclusief btw en deels exclusief btw. Onderaannemster heeft daar een bedrag aan erkend extra minderwerk en aan erkende schadeposten van in totaal € 19.886,99 exclusief btw op in mindering gebracht en komt dan op een vordering van € 214.395,87 - € 19.886,99 = € 194.508,88 deels inclusief btw en deels exclusief btw.

**13.** In reconventie stelt hoofdaannamester dat gelet op (bedragen exclusief btw) de aanneemsom van € 569.000,00, meerwerk van € 38.283,00, minderwerk van € 108.500,00, een vergoeding op grond van paragraaf 35 lid 5 UAV 2012 van € 7.021,70 en de gedane betalingen van in totaal € 458.960,00, onderaannemster betaling toe zou komen van € 46.844,70. Zij stelt dat na verrekening met een haar toekomende schadevergoeding van € 155.661,00, haar betaling toekomt van € 108.816,30 exclusief btw. Hoofdaannamester maakt aanspraak op vergoeding van de volledige door haar gemaakte gerechtelijke kosten van € 8.238,29 inclusief btw. Haar vordering bedraagt € 108.816,30 exclusief btw + € 8.238,29 inclusief btw = € 117.054,59 deels exclusief btw en deels inclusief btw. Bij pleidooi heeft hoofdaannamester haar vordering vermeerderd met € 9.588,00 exclusief btw voor nadere gerechtelijke kosten.

**14.** Onderaannemster merkt ter zake van het door hoofdaannamester gestelde schadebedrag van € 155.661,00 exclusief btw terecht op dat de als productie 47 overgelegde schadeopstelling sluit op een bedrag van € 150.661,00 exclusief btw, zodat van de vordering van hoofdaannamester in ieder geval € 5.000,00 exclusief btw moet worden afgewezen. Hoofdaannamester heeft dit bij gelegenheid van de mondelinge behandeling erkend.

### Aanneemsom, meer-/minderwerk en betalingen

**15.** Niet in geschil is dat de aanneemsom € 569.000,00 exclusief btw bedraagt.

**16.** Onderaannemster stelt dat sprake is van meerwerk van € 41.219,18 exclusief btw. Hoofdaannamester stelde zich aanvankelijk op het standpunt dat slechts sprake is van meerwerk ten belope van € 38.283,00 exclusief btw, maar heeft ter zitting bij monde van mr. Kwaak het door on-

deraanneemster gestelde bedrag erkend. Daarom is niet meer in geschil dat voor het meerwerk een bedrag van € 41.219,18 exclusief btw kan worden verrekend.

**17.** De omvang van het minderwerk is wel nog in geschil. Het minderwerk heeft alleen betrekking op de niet meer door onderaanneemster gefabriceerde en geleverde elementen voor de gevel tussen de sporthal en de school. Hoofdaanneemster en haar opdrachtgever hebben voor die gevel voor een andere uitvoering gekozen.

**18.** Arbiters stellen voorop dat geen sprake is van een partiële opzegging van de overeenkomst, met de daarbij behorende afrekeningsmethode, maar dat sprake is van regulier te verrekenen minderwerk. Dat de wijziging niet schriftelijk is overeengekomen tussen partijen en dat partijen geen overeenstemming hebben bereikt over het minderwerk, maakt dat niet anders.

**19.** Onderaanneemster heeft het door haar aanvankelijk in mindering op de aanneemsom gebrachte bedrag van € 51.380,93 exclusief btw naar aanleiding van nadere van hoofdaanneemster verkregen informatie over de oppervlakte van de vervallen gevel bijgesteld naar € 64.862,92 exclusief btw. Volgens hoofdaanneemster is sprake van minderwerk ten belope van een bedrag van € 108.500,00 exclusief btw.

**20.** Zowel het door onderaanneemster als door hoofdaanneemster genoemde bedrag is zonder een deugdelijk inzichtelijke en controleerbare begroting, die niet is overgelegd, niet te beoordelen door arbiters. Het is arbiters daarom niet mogelijk om onderbouwd vast te stellen welk van beide bedragen juist is, of welk ander bedrag juist, of in ieder geval voldoende aannemelijk, zou zijn.

**21.** Daarom zullen arbiters het verschil tussen de door partijen gestelde bedragen in redelijkheid middelen, zodat zij  $(€ 64.862,92 + € 108.500,00)/2 = € 86.681,46$  exclusief btw als minderwerk zullen verrekenen.

**22.** Hoofdaanneemster neemt in haar opstelling voor de afrekening van het werk de vergoeding mee van 10% over het saldo van het minderwerk ten opzichte van het meerwerk die onderaanneemster op grond van paragraaf 35 lid 5 UAV 2012 toekomt. In navolging hiervan bepalen arbiters deze vergoeding op  $(€ 86.681,46 - € 41.219,18 = € 45.462,28)/10 = € 4.546,23$  exclusief btw.

**23.** Hoofdaanneemster heeft aan onderaanneemster een bedrag van in totaal € 458.960,00 exclusief btw betaald.

**24.** Gelet op het voorgaande komt onderaanneemster ter zake van de aanneemsom en het meer-/minderwerk nog betaling toe van  $€ 569.000,00 + € 41.219,18 - € 86.681,46 + € 4.546,23 - € 458.960,00 = € 69.123,95$  exclusief btw, ofwel € 83.639,98 inclusief btw.

### Prijsstijgingen

**25.** Vanwege diverse mondiale ontwikkelingen, waaronder de Covid-19 pandemie, zijn de houtprijzen in de periode dat het onderhavige project liep zeer fors gestegen. Onderaanneemster had bij het sluiten van de overeenkomst in februari 2021 al een prijsstijging van 20% meegenomen in de aan de aanneemsom ten grondslag liggende aanbieding.

**26.** Onderaanneemster stelt dat in september 2021 op basis van de houtprijzindex (EPV index) bleek dat de prijs voor vurenhout met 115% was gestegen, met name over het tweede kwartaal van 2021. Zij stelt dat sprake is van een stijging die zij nooit had kunnen voorzien en die de normaal te verwachten risico's te boven gaat.

**27.** Onderaanneemster heeft hoofdaanneemster hier direct over geïnformeerd en hoofdaanneemster heeft daarop aangegeven dit met haar opdrachtgever te bespreken.

**28.** Onderaanneemster heeft aanvankelijk de volgens haar te vergoeden prijsstijging berekend op basis van de aanneemsom van € 569.000,00 exclusief btw. Nadien heeft zij het minderwerk betreffende de vervallen gevel tussen de sporthal en de school daarop in mindering gebracht. Onderaanneemster stelt dat dan een bedrag van € 59.674,00 exclusief btw uit hoofde van prijsverhoging voor vergoeding in aanmerking komt, gebaseerd op de als productie 5 overgelegde overzichten.

**29.** Gebaseerd op nadien als producties 65 en 66 overgelegde overzichten komt onderaanneemster, zoals zij bij pleidooi toelicht, tot een prijsstijging van € 82.906,35 exclusief btw. Zij heeft haar eis niet vermeerderd en volstaat met de stelling dat gelet hierop een prijsverhoging van € 59.674,00 exclusief btw alleszins redelijk is.

**30.** Hoofdaanneemster erkent dat sprake is geweest van prijsstijgingen, maar reserveert haar rechten voor wat betreft de onvoorzienbaarheid van de prijsstijgingen, wat arbiters verder laten voor wat het is. Ook plaatst zij vraagtekens bij de hoogte van het door onderaanneemster gestelde bedrag.

**31.** Volgens hoofdaanneemster zet onderaanneemster de prijsstijgingen ten onrechte af tegen de begroting van onderaanneemster, zodat

eventuele miscalculaties ten onrechte voor rekening van hoofdaannemster komen. Bovendien is de begroting op geen enkele wijze te controleren en staat niet vast dat de begroting aansluit bij de offerte van onderaannemster die ten grondslag ligt aan de aanneemsom, aldus hoofdaannemster.

**32.** Arbiters volgen hoofdaannemster niet in haar stelling dat de vordering op grond hiervan al moet worden afgewezen.

**33.** Volgens hoofdaannemster is van de berekening van onderaannemster 'geen chocola te maken' en is onder andere niet duidelijk wat onderaannemster met het bedrag onder de noemer 'efficiency verschil' bedoelt.

**34.** Volgens hoofdaannemster miskent onderaannemster dat zij de engineering van de te fabriceren en leveren elementen al in het eerste kwartaal van 2021 af had kunnen hebben en vanaf dat moment ook het hout had kunnen inkopen, zodat de daarna opgetreden prijsstijgingen voor rekening van onderaannemster blijven. Arbiters volgen onderaannemster in haar stelling dat zij niet op voorhand kon inkopen, op het moment dat de omvang en details van het werk nog niet vastlagen. Niet is komen vast te staan dat de engineering daadwerkelijk zodanig in het eerste kwartaal van 2021 had kunnen plaatsvinden dat onderaannemster onverkort toen al alle materialen had kunnen inkopen.

**35.** Hoofdaannemster heeft zelf ook een vergoeding van haar opdrachtgever ontvangen voor compensatie van prijsstijgingen en heeft onderaannemster in het kader van tussen partijen gevoerd schikkingsoverleg een bedrag van € 50.000,00 aangeboden. Dit aanbod heeft niet geleid tot een oplossing tussen partijen betreffende dit geschilpunt.

**36.** Arbiters hebben hiervoor het minderwerk betreffende de vervallen gevel tussen de sporthal en de school bepaald op € 86.681,46 exclusief btw. De aanneemsom verminderd met dit bedrag geeft de basis voor een verrekening van prijsstijgingen, ofwel (€ 569.000,00 - € 86.681,46 =) € 482.318,54 exclusief btw.

**37.** Zoals hoofdaannemster aangeeft, moet gelet op de toepasselijkheid van de UAV 2012 de vordering van onderaannemster beoordeeld worden aan de hand van paragraaf 47 daarvan.

**38.** Bij de bepaling van voor vergoeding in aanmerking komende prijsstijgingen geldt een ondernemersrisico en een aanzienlijkheidsvereiste.

**39.** Het ondernemersrisico is het deel van de prijsstijgingen van het door een aannemer te verwerken materiaal dat die aannemer voor eigen rekening moet nemen. Het ondernemersrisico bedraagt over het algemeen 10 tot 20 % van de materiaalkosten. Voor een gespecialiseerde aannemer geldt een hoger ondernemersrisico. Onderaannemster is een gespecialiseerd aannemer ter zake van de inkoop en verwerking van houtproducten.

**40.** Gelet hierop en op het gegeven dat onderaannemster in de aan de aanneemsom ten grondslag liggende aanbieding in februari 2021 al een prijsstijging had meegenomen, zijn arbiters van oordeel dat een ondernemersrisico van 20% van toepassing is.

**41.** Daargelaten de bezwaren van hoofdaannemster tegen de berekening die ten grondslag ligt aan de vordering, resteert daarvan na aftrek van het ondernemersrisico een prijsverhoging van  $80\% \times € 59.674,00 = € 47.739,20$  exclusief btw.

**42.** Van een aanzienlijke verhoging van de kosten van het werk van onderaannemster is sprake als de verhoging meer bedraagt dan 5% van de aanneemsom, ofwel meer bedraagt dan 5% van het hierboven bepaalde bedrag van € 482.318,54, exclusief btw ofwel € 24.115,93 exclusief btw. De veronderstelde prijsverhoging ligt daar ruim boven.

**43.** Omdat vaststaat dat hoofdaannemster zelf een bedrag van haar opdrachtgever heeft ontvangen wegens prijsstijgingen, hoofdaannemster een bedrag van € 50.000,00 heeft aangeboden aan onderaannemster en voldoende aanmerkelijk is dat zij dit bedrag mede heeft bepaald op basis van de door haar zelf ontvangen vergoeding, zijn arbiters van oordeel dat het redelijk is dat hoofdaannemster een vergoeding ten belope van het bedrag van € 47.739,20 exclusief btw aan onderaannemster betaalt. Zij zijn van oordeel dat daarom ook de bezwaren van hoofdaannemster tegen de berekening die ten grondslag ligt aan deze vordering geen specifieke bespreking behoeven.

**44.** Onderaannemster komt dus ter zake van prijsstijgingen betaling toe van € 47.739,20 exclusief btw.

#### **Schadeposten**

**45.** Hoofdaannemster stelt dat sprake is geweest van tekortkomingen betreffende de door onderaannemster geleverde elementen en dat zij daardoor schade heeft geleden, ten bedrage van € 155.661,00 exclusief btw (waarover arbiters hiervoor onder rechtsoverweging 14 al hebben overwogen dat in ieder geval € 5.000,00 exclusief btw moet worden afgewezen).

**46.** Onderaannemster voert als meest verstrekkende verweer dat zij niet in verzuim is geraakt en dus niet schadelijktig is.

**47.** Het werk is aangenomen op basis van de inschrijffplanning. Hoofdaannemster heeft de planning vervolgens meerdere keren gewijzigd. Voldoende aannemelijk is geworden dat, zoals onderaannemster stelt, het werk aanvankelijk nog in de ontwerpfasen zat tijdens de productie en levering door onderaannemster.

**48.** In artikel 4.1 van de overeenkomst is, in afwijking van de Algemene Inkoopvoorwaarden, bepaald dat versnellen of vertragen ten opzichte van de planning in overleg moet.

**49.** In artikel 7 lid 6 van de Algemene Inkoopvoorwaarden is bepaald dat in geval van niet of niet tijdige levering, onderaannemster in gebreke is door de enkele overschrijding van de termijn en dat een schriftelijke ingebrekestelling hiervoor niet nodig is. In artikel 4.1 van de overeenkomst is dit gewijzigd in: "Wanneer Opdrachtnemer herhaaldelijk niet tijdig levert en ondanks enkele schriftelijke verzoeken zijn verplichting niet nakomt kan Opdrachtgever, nadat Opdrachtnemer in gebreke is gesteld, deze overeenkomst ontbinden." Arbiters volgen hoofdaannemster niet in haar stelling dat deze bepaling betreffende de vereiste ingebrekestelling alleen geldt voor de situatie van de ontbinding van de overeenkomst.

**50.** Arbiters zullen met inachtneming van het voorgaande op het verzuim-verweer hierna per post in voorkomend geval in redelijkheid beslissen.

**51.** Alle hierna bij de schadeposten te noemen bedragen zijn exclusief btw.

1. *Elementen*

*Paarse hoekjes in het werk timmeren*  
(€ 7.200,00)

2. *Elementen*

*Los leveren van allerlei materialen*  
(€ 5.000,00)

**52.** Tijdens het werk is vast komen te staan dat enkele onderdelen van elementen niet in prefab uitgevoerd en ook gemonteerd zouden kunnen worden. Vervolgens is tussen partijen besproken dat onderaannemster de desbetreffende materialen zou meeleveren met de elementen en dat hoofdaannemster de onderdelen bij het door haar monteren van de elementen in het werk zelf zou verwerken. Daarbij heeft hoofdaannemster niet het voorbehoud gemaakt dat zij daarvoor kosten in rekening zou brengen bij onderaannemster.

Daarom komt hoofdaannemster geen vergoeding toe.

**53.** Arbiters zullen deze posten afwijzen.

3. *Elementen*

*Onderregels kozijnen en aanslagen powerpanelstroken* (€ 3.420,00)

**54.** Onderaannemster erkent dat in het begin elementen met losse onderregels en aanslagen zijn geleverd die hoofdaannemster in het werk moest monteren. Na klachten ter zake door hoofdaannemster heeft onderaannemster haar leveringen herzien, waarna er geen klachten meer zijn geuit door hoofdaannemster. Ter zake van de eerste leveringen is geen verzuim ingetreden. Hoofdaannemster komt geen vergoeding toe.

**55.** Arbiters zullen deze post afwijzen.

4. *Elementen*

*HSB wand entree te laag gemaakt*  
(€ 1.800,00)

**56.** Volgens hoofdaannemster heeft onderaannemster elementen geleverd die niet hoog genoeg en ook niet breed genoeg waren, zodat te grote ruimten zijn ontstaan rondom de elementen die door hoofdaannemster weggevoerd moesten worden. Niet is komen vast te staan dat onderaannemster in gebreke is gesteld en in verzuim is komen te verkeren. Hoofdaannemster komt geen vergoeding toe.

**57.** Arbiters zullen deze post afwijzen.

5. *Elementen*

*Foutieve sparingen 1e verdieping sporthal*  
(€ 1.740,00)

**58.** Onderaannemster heeft de elementen van de eerste verdieping van de sporthal geprefabriceerd met inachtneming van de op tekening aangegeven sparingen. In de praktijk bleken deze sparingen bij de montage van de elementen te smal. Dit is vervolgens op tekening aangepast, zodat ook de elementen werden aangepast. Deze kwestie komt niet voor rekening van onderaannemster. Hoofdaannemster komt geen vergoeding toe.

**59.** Arbiters zullen deze post afwijzen.

6. *Elementen*

*Kozijnopening ontbreekt fase 4c* (€ 900,00)

7. *Elementen*

*Fase 4c vermaken element windverbanden*  
(€ 450,00)

**60.** Bij gelegenheid van de mondelinge behandeling is vast komen te staan dat deze twee posten vallen onder posten 1 en 2, zodat zij hier geen verdere inhoudelijke bespreken behoeven.

8. *Elementen*

*HSB wanden sporthal 10 st verkeerd geleverd* (€ 3.000,00)

**61.** Hoofdaannamester heeft wegens verkeerdt (te dun) geleverde elementen extra montagehandelingen moeten verrichten, met extra kraaninzet. Bij gelegenheid van de mondelinge behandeling heeft onderaannemster betwist dat dit tijdig is gemeld, maar niettemin deze post voor 50% geaccordeerd. Verschuldigheid van het meerdere daarboven is niet aangetoond.

**62.** Hoofdaannamester komt vergoeding toe van € 1.500,00. Arbiters zullen deze post voor het overige afwijzen.

9. *Elementen*

*Veekvuldig de hoeken aanpassen omdat die niet waren gespaard (-)*

**63.** Deze post valt onder post 26, zodat deze hier verder geen bespreking behoeft.

10. *Elementen*

*Puntjes pasten niet* (€ 1.800,00)

**64.** Onderaannemster heeft verschuldigheid van deze post bij MvArec erkend.

**65.** Hoofdaannamester komt vergoeding toe van € 1.800,00.

11. *Elementen*

*Smetlijnen komen niet overeen met dubbele stijlen* (€ 1.400,00)

**66.** De smetlijnen die de dubbele stijlen waaraan de steigers bevestigd moesten worden hadden moeten aangeven, ontbraken of klopten niet. Hoofdaannamester heeft als gevolg daarvan extra kosten voor de steigerbouw gehad. Ingebrekestelling ten behoeve van het in verzuim brengen van onderaannemster was op het moment dat de steigerbouwer al bezig was met de opbouw van de steiger geen optie. Onderaannemster heeft deze post verder onvoldoende gemotiveerd weersproken.

**67.** Hoofdaannamester komt vergoeding toe van € 1.400,00.

12. *Kozijnen*

*Brede stelkozijnen los geleverd* (€ 3.600,00)

**68.** In afwijking van de overeenkomst zijn elementen van de sporthal niet met de stelkozijnen erop gemonteerd geleverd, maar zijn de stelkozijnen los geleverd. Waar op tekening stond dat elementen met losse stelkozijnen zouden worden geleverd, betrof dit enkele andere gevallen waar het logischer was om de stelkozijnen los te leveren. Betreffende de elementen van de sporthal heeft onderaannemster hoofdaannamester, zoals zij zegt, voor het blok gezet en moest hoofdaannamester zelf de nodige (maatvoerings)werkzaamheden verrichten. Ingebrekestelling ten behoeve van het in verzuim brengen van onderaannemster was op het moment dat hoofdaannamester voor het blok werd gezet geen optie. Onderaannemster heeft niet deugdelijk onderbouwd waarom het technisch niet mogelijk zou zijn geweest de onderhavige elementen met gemonteerde stelkozijnen te leveren. Zij heeft de vordering van hoofdaannamester ook verder onvoldoende gemotiveerd weersproken.

**69.** Hoofdaannamester komt vergoeding toe van € 3.600,00.

13. *Kozijnen*

*Dagstukken in sporthal vermaakt*  
(€ 5.400,00 + € 975,00)

**70.** Voldoende aannemelijk is geworden dat ter plaatse van de sporthal stelkozijnen niet pasten en dat hoofdaannamester als gevolg daarvan gehouden was zelf dagstukken te verwerken op breedte en hoogte, op grond waarvan ingebrekestelling ten behoeve van verzuim niet aan de orde was. Arbiters volgen onderaannemster dat het aantal uren te hoog voorkomt en bepalen dat een bedrag van € 2.700,00 voor vergoeding in aanmerking komt. De kosten voor de hoogwerker van € 975,00 komen aannemelijk en redelijk voor.

**71.** Hoofdaannamester komt vergoeding toe van € 2.700,00 + € 975,00 = € 3.675,00. Arbiters zullen de post voor het overige afwijzen.

14. *Kozijnen*

*Stelkozijnen trekken krom* (€ 5.000,00)

**72.** Niet weersproken is dat er stelkozijnen krom zijn getrokken en dat onderaannemster geen compriband heeft toegepast, wat de luchtdichtheid ondanks het kromtrekken nog had kunnen garanderen. Niet is komen vast te staan dat

door het gestelde aflakken luchtdichtheid is gegaandeerd. Hoofdaanneemster was als gevolg daarvan genoodzaakt de ontstane naden dicht te kitten. Herstel door onderaanneemster van de gebrekkige levering was niet meer aan de orde, evenmin het uitvoeren van kitwerkzaamheden door onderaanneemster. Ingebrekestelling ten behoeve van het in verzuim brengen van onderaanneemster was daarom ook niet aan de orde. Gelet op de omvang van de noodzakelijke kitwerkzaamheden, komt arbiters het gevorderde bedrag aannemelijk en redelijk voor.

**73.** Hoofdaanneemster komt vergoeding toe van € 5.000,00.

15. *Kozijnen*

*Maatvoering stelkozijnen wijkt af*  
(€ 2.700,00)

**74.** Volgens hoofdaanneemster was sprake van afwijkende maatvoering van stelkozijnen, was niet overal stelruimte rondom kozijnen beschikbaar en zaten stelkozijnen niet overal haaks en waterpas in de elementen. Niet is door arbiters vast te stellen welke stelkozijnen (en dagkantstukken) los geleverd waren en welke gemonteerd waren op de elementen. Daarom is niet vast te stellen voor welke punten onderaanneemster aansprakelijk zou zijn. Bovendien is in voorkomende gevallen niet vast te stellen of onderaanneemster in verzuim is komen te verkeren. Hoofdaanneemster komt geen vergoeding toe.

**75.** Arbiters zullen deze post afwijzen.

16. *Kozijnen*

*Stelkozijnen deels niet of onvoldoende gegrond*  
(€ 4.153,00)

17. *Folies*

*Folie/tape te ver omgeplakt in dagkant*  
(€ 2.700,00)

**76.** Gezien het gemotiveerde verweer van onderaanneemster tegen deze posten, heeft hoofdaanneemster deze post niet voldoende gemotiveerd onderbouwd. Hoofdaanneemster komt geen vergoeding toe.

**77.** Arbiters zullen deze posten afwijzen.

18. *Folies*

*Dampopen folie in onderzijde spinning doorgezet* (€ 1.800,00)

**78.** Volgens hoofdaanneemster had onderaanneemster de dampopen folie in de onderzijde van de elementen zodanig in de spinning bevestigd dat hoofdaanneemster deze los moest

maken om de kantplanken te monteren en de folie daaroverheen te kunnen laten lopen. Niet is komen vast te staan dat hoofdaanneemster deugdelijk en tijdig onderaanneemster in gebreke heeft gesteld, zodat deze niet in verzuim is geraakt. Hoofdaanneemster komt daarom geen vergoeding toe.

**79.** Arbiters zullen deze post afwijzen.

19. *Folies*

*Geen folie binnenwanden* (€ 7.500,00)

**80.** Niet in geschil is dat onderaanneemster, anders dan overeengekomen, in binnenwanden geen folie heeft toegepast. Er is sprake van minderwerk. Het bedrag van € 2.500,00 komt arbiters aannemelijk en redelijk voor.

**81.** Niet in geschil is dat waar onderaanneemster wel een folie heeft toegepast, zij een van de overeenkomst afwijkende, goedkopere, folie heeft gebruikt. In het als productie 6 overgelegde Overzicht minderwerk en schadeposten is echter aangegeven dat hoofdaanneemster dit voordeel bij onderaanneemster liet omdat hoofdaanneemster zelf ook geen minderwerk heeft hoeven geven. Hoofdaanneemster komt geen vergoeding van € 5.000,00 toe.

**82.** Hoofdaanneemster komt van deze post vergoeding toe van € 2.500,00. Arbiters zullen deze post voor het overige afwijzen.

20. *Folies*

*Dampopen folie vastgezet met niet-rvs nietjes*  
(-)

**83.** Hoofdaanneemster stelt dat dampopen folies zijn vastgezet met niet-rvs nietjes, met als gevolg (gevaar op) roestvorming. Omdat hoofdaanneemster geen te vergoeden bedrag bij deze post heeft ingevuld, zodat geen vordering voorligt, overwegen arbiters alleen ten overvloede dat het toepassen van rvs nietjes volgens het bestek niet verplicht is.

21. *Folies*

*Folie/tape bol geplakt in de hoeken van de stelkozijnen* (€ 900,00)

**84.** Volgens hoofdaanneemster heeft onderaanneemster folie/tape zodanig in de hoeken van de stelkozijnen geplakt dat kozijnen er niet in pasten en hoofdaanneemster de folie/tape eerst moest corrigeren. Niet is komen vast te staan dat hoofdaanneemster onderaanneemster tijdig in gebreke heeft gesteld en de gelegenheid heeft geboden de folie/tape te corrigeren. Zonder verzuim komt hoofdaanneemster geen vergoeding toe.

**85.** Arbiters zullen deze post afwijzen.

22. *Folies*

*Afsnijden te ver omgevouwen dampopen folie*  
(-)

**86.** Arbiters volstaan met de vaststelling dat deze post valt onder posten 16/17 en dat hoofdaannemster geen te vergoeden bedrag bij deze post heeft ingevuld.

23. *Tijdelijke voorzieningen/noodgrepen*

*Stagnatie levering puntjes windverbanden fase 4c* (€ 1.500,00)

**87.** Onderaannemster heeft deze post bij gelegenheid van de mondelinge behandeling erkend.

**88.** Hoofdaannemster komt vergoeding toe van € 1.500,00.

24. *Tijdelijke voorzieningen/noodgrepen*

*Te late engineering en levering bouw*

*Materieel* (€ 1.750,00)

*Tent opbouwen* (€ 5.400,00)

*Tent deels afbreken/opbouwen* (€ 1.800,00)

*Extra inzet kraan* (€ 3.328,00)

*Tijdelijke dakopstanden* (€ 2.233,00)

*Waterschade* (€ 2.240,00)

**89.** Omdat vanwege nog niet geleverde elementen daklichten nog niet konden worden gemonteerd, moest hoofdaannemster tijdelijke voorzieningen treffen om de werkzaamheden betreffende de afbouw binnen in het pand droog te kunnen uitvoeren. Onderaannemster erkent dat sprake is geweest van een planningsfout van haar kant en heeft bij gelegenheid van de mondelinge behandeling vergoeding van 25% van het door hoofdaannemster gestelde schadebedrag aangeboden, ofwel (€ 1.750,00 + € 5.400,00 + € 1.800,00 + € 3.328,00 + € 2.233,00 + € 2.240,00 = € 16.751,00) x  $\frac{1}{4}$  = € 4.187,75. Hoofdaannemster heeft bij gelegenheid van de mondelinge behandeling de sub-post Waterschade (€ 2.240,00) ingetrokken en voorgesteld de posten Tent opbouwen (€ 5.400,00) en Tent deels afbreken/opbouwen (€ 1.800,00) te middelen. Zij komt daarmee op een te vergoeden schadebedrag van (€ 1.750,00 +  $\frac{1}{2}$  x (€ 5.400,00 + € 1.800,00) + € 3.328,00 + € 2.233,00 =) € 10.911,00. Gelet op de erkenning, speelt de verzuimkwestie hier niet. Het door hoofdaannemster genoemde bedrag komt arbiters aannemelijk en redelijk voor.

**90.** Hoofdaannemster komt vergoeding toe van € 10.911,00.

25. *Tijdelijke voorzieningen/noodgrepen*

*Dakopbouw 3e verdieping*

*Materiaal* (€ 1.000,00)

*Tent opbouwen* (€ 3.240,00)

*Extra kraan* (€ 1.716,00)

*Tijdelijke dakopstanden* (€ 2.000,00)

**91.** Ook hier erkent onderaannemster aansprakelijkheid en biedt zij vergoeding aan van 25% van het door hoofdaannemster gestelde schadebedrag, ofwel (€ 1.000,00 + € 3.240,00 + € 1.716,00 + € 2.000,00 = € 7.956,00) x  $\frac{1}{4}$  = € 1.989,00. Hoofdaannemster stelt voor de post Tent opbouwen te halveren en komt daarmee op (€ 1.000,00 +  $\frac{1}{2}$  x € 3.240,00 + € 1.716,00 + € 2.000,00 =) € 6.336,00. Gelet op de erkenning, speelt de verzuimkwestie hier niet. Het door hoofdaannemster genoemde bedrag komt arbiters aannemelijk en redelijk voor.

**92.** Hoofdaannemster komt vergoeding toe van € 6.336,00.

26. *Extra werk VM montage elementen*

*N.a.v. bovengenoemde onvolkomenheden extra regie-uren*

*wk 27/28* (€ 428,00)

*wk 32* (€ 404,00)

*wk 36* (€ 428,00)

*wk 37* (€ 285,00)

*wk 40* (€ 451,00)

*wk 41* (€ 333,00)

*wk 41* (€ 1.520,00)

*wk 43* (€ 1.164,00)

*wk 44* (€ 903,00)

*wk 44* (€ 119,00)

*wk 47* (€ 1.235,00)

*wk 48* (€ 879,00)

**93.** Hoofdaannemster stelt dat als gevolg van de hiervoor besproken onvolkomenheden in het door onderaannemster geleverde werk zij kosten voor extra regie-uren heeft gemaakt, ten belope van in totaal (€ 428,00 + € 404,00 + € 428,00 + € 285,00 + € 451,00 + € 333,00 + € 1.520,00 + € 1.164,00 + € 903,00 + € 119,00 + € 1.235,00 + € 879,00 =) € 8.149,00. Bij MvArec heeft onderaannemster een bedrag van € 1.485,00 erkend.



**94.** Arbiters overwegen dat betreffende de onderhavige schadepost beide partijen gevolgd zouden kunnen worden in hun stellingen ter zake van de aansprakelijkheidsvraag en dat voor arbiters niet vast is te stellen welke partij het gelijk aan haar zijde heeft. Daarom en omdat arbiters hiervoor hebben geoordeeld dat niet alle door hoofdaannemster gestelde onvolkomenheden tot schadeplichtigheid van onderaannemster leiden, zijn arbiters van oordeel dat het redelijk is het door hoofdaannemster gestelde bedrag, dat arbiters als zodanig aannemelijk en redelijk voorkomt, te middelen.

**95.** Hoofdaannemster komt vergoeding toe van  $\frac{1}{2} \times (\text{€ } 8.149,00 - \text{€ } 1.485,00) = \text{€ } 3.332,00$ . Arbiters zullen deze post voor het overige afwijzen.

27. *Additionele inzet kranen*

*Langere inzet kranen + weghalen kraan*  
(€ 21.000,00)

**96.** Hoofdaannemster stelt dat, als gevolg van het later leveren en dus monteren van de elementen, zij ervoor heeft moeten kiezen een van de torenkranen uit het werk te verwijderen zodat het pand ter plaatse dicht kon worden gemaakt ten behoeve van de voortgang van de afbouwwerkzaamheden binnen in het pand. Zij stelt dat zij ten behoeve van de nog te monteren door onderaannemster te leveren elementen vanaf september 2021 gedurende drie weken (15 draaidagen) een mobiele kraan heeft gehuurd.

**97.** Bij gelegenheid van de mondelinge behandeling heeft hoofdaannemster erkend dat de factuur ten bedrage van € 1.442,21 voor de inzet van een kraan in juli 2021 onterecht in de opstelling is meegenomen en dus kan vervallen. Er resteert dan een vordering van € 21.000,00 - € 1.442,21 = € 19.557,79 voor een periode van circa drie weken.

**98.** Niet is komen vast te staan dat deze volledige vertraging voor rekening van onderaannemster komt, waarbij, zoals ter zitting aangevoerd door onderaannemster, de noodzaak voor deze maatregel ook door derden kan zijn veroorzaakt.

**99.** Arbiters bepalen het voor rekening van onderaannemster komende deel van de vertraging in redelijkheid op een week en bepalen de door onderaannemster te vergoeden kosten in redelijkheid op  $\frac{1}{3} \times \text{€ } 19.557,79 = \text{€ } 6.519,26$ .

**100.** Hoofdaannemster komt vergoeding toe van € 6.519,26. Arbiters zullen deze post voor het overige afwijzen.

28. *Additionele inzet UTA*

1. *Uittekenen dakopbouw 3e verdieping*  
(€ 2.720,00)

2. *Extra engineering en controle* (€ 6.800,00)

3. *Onduidelijkheid over constructeur*  
(€ 3.400,00)

4. *Extra inzet tekenaar* (€ 3.400,00)

5. *Uittekenen elementen as S-2 + S-B*  
(€ 2.550,00)

**101.** Volgens hoofdaannemster heeft zij uitvoerend technisch administratief personeel extra moeten inzetten als gevolg van voor rekening en risico van onderaannemster komende omstandigheden. Het totaal van deze post bedraagt (€ 2.720,00 + € 6.800,00 + € 3.400,00 + € 3.400,00 + € 2.550,00 =) € 18.870,00.

**102.** Bij MvArec heeft onderaannemster, omdat zij een beroep op de tekenaar van hoofdaannemster heeft gedaan, betreffende sub-posten 1 en 5 een te vergoeden bedrag erkend van in totaal € 3.120,00 (48 uur tegen een uurtarief van € 65,00). Hoofdaannemster heeft haar vordering gebaseerd op een uurtarief van € 85,00. Ter zitting is met partijen besproken dat een uurtarief van € 75,00 redelijk is. Daarmee komt het door onderaannemster erkende bedrag op  $48 \times \text{€ } 75,00 = \text{€ } 3.600,00$ . Arbiters zijn echter van oordeel dat aannemelijk is dat het door hoofdaannemster gestelde aantal uren van 62 is besteed, zodat hoofdaannemster betreffende sub-posten 1 en 5 vergoeding toekomt van  $62 \times \text{€ } 75,00 = \text{€ } 4.650,00$ .

**103.** Betreffende sub-posten 2 en 3 (in totaal 120 uur tegen een uurtarief van € 85,00 = € 10.200,00) overwegen arbiters dat voldoende aannemelijk is geworden dat hoofdaannemster in de zomerperiode van 2021 verschillende keren heeft moeten ingrijpen en daardoor extra werkzaamheden heeft moeten verrichten, maar dat controle houden en het maken van aanpassingen ook tot de gebruikelijke werkzaamheden van een hoofdaannemster horen. Voldoende aannemelijk is geworden dat hoofdaannemster door toedoen van onderaannemster een aantal keer meer heeft moeten handelen dan gebruikelijk. Arbiters bepalen de te vergoeden kosten daarvoor op 40 uur tegen het hiervoor genoemde uurtarief van € 75,00, zodat € 3.000,00 van deze posten voor vergoeding in aanmerking komt.

**104.** Sub-post 4 is, zoals onderaannemster aanvoert, dubbel opgenomen in de kostenopstelling, zodat het bedrag van € 3.400,00 niet voor vergoeding in aanmerking komt.

**105.** Hoofdaannamester komt gelet op het voorgaande vergoeding toe van € 4.650,00 + € 3.000,00 = € 7.650,00. Arbiters zullen deze post voor het overige afwijzen.

29. *Risico*

*Ontbreken garantieverklaring en revisies*  
(€ 15.000,00)

**106.** Hoofdaannamester heeft in haar kostenopstelling een post van € 15.000,00 opgenomen wegens het ontbreken van garantieverklaringen en revisiebescheiden, alsmede wegens verborgen gebreken en mogelijk op te treden risico's.

**107.** Onderaannamester zal hierna worden veroordeeld tot afgifte van garantieverklaringen en andere bescheiden, zodat daarin geen grondslag (meer) is gelegen voor het toekennen van een risicoreservering.

**108.** Voor het toekennen van een risicoreservering wegens verborgen gebreken en mogelijk op te reden risico's is in beginsel geen grondslag en niet gesteld of gebleken is dat dit hier anders ligt.

**109.** Arbiters zullen deze post afwijzen.

**Resumé schadeposten**

**110.** Hoofdaannamester komt vergoeding toe van € 1.500,00 (post 8) + € 1.800,00 (10) + € 1.400,00 (11) + € 3.600,00 (12) + € 3.675,00 (13) + € 5.000,00 (14) + € 2.500,00 (19) + € 1.500,00 (23) + € 10.911,00 (24) + € 6.336,00 (25) + € 3.332,00 (26) + € 6.519,26 (27) + € 7.650,00 (28) = € 55.723,26 exclusief btw.

**Ontbrekende bescheiden**

**111.** Hoofdaannamester stelt dat onderaannamester volgens de overeenkomst bij oplevering een aantal bescheiden moest aanleveren en dat onderaannamester nog niet aan deze verplichting heeft voldaan.

**112.** Bij gelegenheid van de mondelinge behandeling is komen vast te staan dat het gaat om de volgende onder 8.2 van de MvA/E genoemde nog door onderaannamester aan te leveren bescheiden:

1. Garantieverklaringen, 2. As built tekeningen, 3. Keuring-/meet-/testrapporten, 4. Productcertificaten, 8. Gegevens FSC en/of PEFC en 9. Gegevens SROI.

**113.** Arbiters zullen onderaannamester veroordelen tot afgifte van deze bescheiden binnen een maand na datum van dit vonnis op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 250,00 voor elke dag dat onderaannamester niet aan deze veroordeling voldoet, met een maximum aan te verbeuren dwangsommen van € 10.000,00.

**Tot slot**

**114.** Omdat geen sprake is van door partij- en voorgedragen stellingen die, als zij zouden kunnen worden bewezen door middel van het horen van getuigen, arbiters tot een ander oordeel kunnen leiden, zullen arbiters het aanbod van partijen tot het horen van getuigen passeren.

**115.** Ter zake van de aanneemsom en meer-/minderwerk komt onderaannamester betaling toe van € 83.639,98 inclusief btw (rechtsoverweging 24) en ter zake van prijsstijgingen € 47.739,20 exclusief btw (rechtsoverweging 44).

**116.** Hoofdaannamester komt ter zake van de schadeposten betaling toe van € 55.723,26 exclusief btw (rechtsoverweging 110).

**117.** Hoofdaannamester doet een beroep op opschorting van haar betalingsverplichting ten opzichte van onderaannamester en een beroep op verrekening daarvan met wat haar aan schadevergoeding toekomt.

**118.** Hoofdaannamester vordert over het door haar gevorderde bedrag geen btw, kennelijk omdat sprake is van schadevergoeding. Onderaannamester komt wel betaling inclusief btw toe over haar vordering ter zake van aanneemsom en meer-/minderwerk. Daarom zullen arbiters hoofdaannamester niet volgen in haar eindafrekening met verrekening van haar schadevergoedingsvordering met het onderaannamester toekomende netto bedrag (exclusief btw) betreffende aanneemsom en meer-/minderwerk. Arbiters zullen niet overgaan tot verrekening, maar zullen wat hoofdaannamester toekomt separaat toewijzen in reconventie.

**119.** In plaats van het door onderaannamester gestelde openstaande bedrag van € 121.313,37 inclusief btw komt haar € 83.639,98 inclusief btw toe. Gelet op de toe te wijzen tegenvordering van hoofdaannamester, heeft hoofdaannamester naar het oordeel van arbiters het volledige bedrag van € 83.639,98 inclusief btw terecht opgeschort en komt onderaannamester pas rentevergoeding toe vanaf de datum van dit vonnis. Over de prijsstijging vordert onderaannamester geen vergoeding van rente.

**120.** Arbiters zullen in conventie hoofdaanneemster veroordelen tot betaling van € 83.639,98 inclusief btw, vermeerderd met de wettelijke handelsrente daarover vanaf de datum van dit vonnis en haar veroordelen tot betaling van € 47.739,20 exclusief btw.

**121.** Zij zullen in reconventie onderaanneemster veroordelen tot betaling van € 55.723,26 exclusief btw, vermeerderd met de wettelijke handelsrente vanaf de datum van dit vonnis. Omdat gelet op de toe te wijzen bedragen feitelijk geen sprake is van een hoofdaanneemster toekomstige saldo, is vergoeding van de door hoofdaanneemster gevorderde rente - vanaf de memorie van antwoord (in conventie) tevens eis in reconventie - niet aan de orde.

**122.** Omdat het onderaanneemster toekomstige bedrag van € 83.639,98 inclusief btw terecht is opgeschort, komt onderaanneemster geen vergoeding van incassokosten ter zake toe.

**123.** Haar komt wel vergoeding van incassokosten toe over € 47.739,20 exclusief btw (de prijsstijgingen). Onderaanneemster vordert vergoeding van buitengerechtigke (incasso)kosten van primair 15% over de hoofdsom of subsidiair met inachtneming van de BIK-staffel. Voor vergoeding van 15% is, zoals hoofdaanneemster als verweer aanvoert, geen grond. Arbiters bepalen de te vergoeden kosten op grond van de BIK-staffel op € 1.352,39. Zij zullen hoofdaanneemster veroordelen tot betaling daarvan. (*Enz., enz., Red.*)

## NOOT

### Inleiding en opzet annotatie

**1.** Deze uitspraak behandelt een veelvoorkomende situatie in de rechtspraak over par. 47 UAV 2012: een aannemer baseert zijn aanbieder op een bepaalde prijsstijging maar wordt na het sluiten van de overeenkomst geconfronteerd met hogere prijsstijgingen. In deze uitspraak laten de arbiters zich uit over de vraag voor wiens rekening de gevolgen behoren te komen. De arbiters doen dat mijns inziens op basis van enkele onjuiste en onlogische overwegingen en dat brengt mij tot de vraag: toepassing van par. 47 UAV 2012, hoe hoort het eigenlijk?

**2.** Ik begin de annotatie met een korte beschrijving van de casus en het toepassingskader van par. 47 UAV 2012. Daarna behandel ik de uitspraak aan de hand van vijf beoordelingsstappen die voortvloeien uit het toepassingskader, waarbij ik telkens per stap eerst dieper inga op het toepassingskader om vervolgens aan de hand daarvan de uitspraak te bespreken. Ik sluit af met een conclusie.

## Beschrijving casus

**3.** 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 opdrachtgever heeft de onderaannemer € 50.000,- aangeboden, echter heeft dat niet geleid tot een minnelijke oplossing.

**4.** Omdat partijen niet tot een akkoord zijn gekomen over de financiële afwikkelingen van het werk, is de zaak voorgelegd bij de Raad van Arbitrage in bouwgeschillen (hierna: Raad van Arbitrage). Omdat de UAV 2012 van toepassing zijn wordt de aanspraak op vergoeding van de prijsstijging beoordeeld op basis van par. 47 UAV 2012.

## Het toepassingskader van par. 47 UAV 2012

**5.** Op grond van par. 47 UAV 2012 kan een aannemer recht hebben op bijbetaling van kosten die het gevolg zijn van een kostenverhogende omstandigheid als die omstandigheid van dien aard is dat bij het tot stand komen van de omstandigheid geen rekening behoefde te worden gehouden met de mogelijkheid dat die zich zou voordoen, deze omstandigheid niet kan worden toegerekend aan de aannemer en de kosten van het werk aanzienlijk worden verhoogd (het 'aanzienlijkevereiste').

**6.** Hieruit volgen vijf beoordelingsstappen die relevant zijn voor de voorliggende uitspraak. De eerste stap is het vaststellen of sprake is van een kostenverhogende omstandigheid waarvoor een beroep kan worden gedaan op par. 47 UAV 2012 (stap 1). Voor de beoordeling van het beroep op par. 47 UAV 2012 moet vervolgens worden vastgesteld of de kostenverhogende omstandigheid niet aan de aannemer kan worden toegerekend. Er kan sprake zijn van toerekening wegens schuld (stap 2) of omdat een omstandigheid tot het ondernemersrisico behoort (stap 3). Uit de woorden 'geen rekening behoefde te houden met de kans dat' in par. 47 UAV 2012 volgt dat normale prijsstijgingen tot het *ondernemersrisico* behoren. Is de kostenverhogende omstandigheid groter dan het ondernemersrisico, dan wordt dat meerdere aangemerkt als *surplus* (stap 4). Of dat surplus vervolgens voor bijbetaling in aanmerking komt, hangt af van de vraag of voldaan is aan het aanzienlijkevereiste (stap 5).<sup>2</sup>

## Stap 1: is sprake van een kostenverhogende omstandigheid?

*Het toepassingskader van par. 47 UAV 2012*

<sup>2</sup> Zie voor het volledige beoordelingskader: 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; J. Springelkamp, *Kostenverhogend of onvoorzien: een groot verschil of is dat te overzien?*, Den Haag: IBR 2022, p. 23-44.

7. Op de aannemer rust de stelplicht en (eventuele) bewijslast dat sprake is van een kostenverhogende omstandigheid. Het is vaste rechtspraak dat voor de onderbouwing daarvan niet moet worden gerekend met indexen, maar met werkelijke betaalde prijzen.<sup>3</sup>

### Bespreking van RvA 13 november 2023, No. 37.457

8. De vordering van de onderaannemer lijkt uitsluitend te zijn gebaseerd op de stijging die volgt uit een indexreeks. De hoofdaannemer heeft bezwaar gemaakt tegen de berekening die ten grondslag ligt aan de vordering, omdat van die berekening 'geen chocola te maken' was en de prijsstijging ten onrechte zou zijn afgezet tegen de begroting van de onderaannemer, waardoor eventuele miscalculaties voor rekening van de hoofdaannemer zouden komen.<sup>4</sup>

9. Het bezwaar van de hoofdaannemer (het lijkt erop dat dit geen gemotiveerde betwisting is geweest op basis van de hiervoor genoemde vaste rechtspraak) heeft niet tot gevolg gehad dat de onderaannemer de prijsstijging moest gaan bewijzen op basis van werkelijk betaalde prijzen. Volgens de arbiters is het redelijk om de onderaannemer een vergoeding toe te kennen omdat de hoofdaannemer zelf ook een vergoeding heeft ontvangen.<sup>5</sup>

10. Hoewel de onderaannemer, gezien de rechtspraak waaruit volgt dat moet worden gerekend met werkelijk betaalde prijzen, hiermee goed lijkt weg te komen, denk ik dat deze benadering van de arbiters in lijn is met par. 47 lid 3 UAV 2012 waarin staat dat de kostenverhoging naar redelijkheid en billijkheid zal worden vergoed.

### Stap 2: is de kostenverhogende omstandigheid te wijten aan de schuld van de aannemer?

*Het toepassingskader van par. 47 UAV 2012*

11. Een aannemer heeft geen recht op bijbetaling op grond van par. 47 UAV 2012 als de kostenverhogende omstandigheid aan hem kan worden toegerekend vanwege schuld. Schuld moet in dit kader worden uitgelegd als 'subjectieve verwijtbaarheid'. Daar is sprake van als de aannemer persoonlijk kan worden verweten dat hij de kostenverhogende omstandigheid had kunnen en moeten voorkomen, maar dat heeft nagelaten.<sup>6</sup>

12. In een uitspraak uit 2007 overwogen de arbiters dat een kostenverhogende omstandigheid als gevolg van te laat bestellen van materialen niet kan worden toegerekend aan de onderaannemer als het moment van bestellen wordt bepaald door de opdrachtgever. Dat de onderaannemer voor deze prijsstijgingen had gewaarschuwd

en toegezegd de materialen snel en tegen een vaste prijs te gaan bestellen deed daar niet aan af.<sup>7</sup>

13. In 2004 overwogen arbiters eveneens dat een kostenverhogende omstandigheid niet kan worden toegerekend als deze in praktische zin niet kon worden voorkomen of verhinderd. De onderaannemer kon het staal niet vroegtijdig bestellen en voor langere tijd opslaan. Echter, belangrijker aan deze uitspraak is de overweging dat een kostenverhogende omstandigheid niet kan worden toegerekend zolang deze niet voorzien was. Een bedrijfsvoering valt volgens de arbiters slecht af te stemmen op onvoorziene omstandigheden.<sup>8</sup>

14. Om een kostenverhogende omstandigheid daadwerkelijk aan een aannemer toe te rekenen is het dus in ieder geval van belang dat de aannemer (i) bekend was met de te verwachten omstandigheid en (ii) de gevolgen van de omstandigheid ook redelijkerwijs kon voorkomen.

### Bespreking van RvA 13 november 2023, No. 37.457

15. Volgens de hoofdaannemer had de onderaannemer de engineering eerder kunnen afronden, waardoor het hout ook eerder kon worden ingekocht. De prijsstijgingen vanaf het moment waarop de engineering afgerond had kunnen zijn, zouden daarom voor rekening van de onderaannemer moeten blijven.<sup>9</sup>

16. In eerste plaats overwogen arbiters dat de stelling van hoofdaannemer moet worden verworpen, omdat op dat moment de details en omvang van het werk toen nog niet vastlagen.<sup>10</sup> Tot zover is dit een logische en juiste overweging. Echter, de arbiters voegen aan het voorgaande nog het volgende toe: "(...) Niet is komen vast te staan dat de engineering daadwerkelijk zodanig in het eerste kwartaal van 2021 had kunnen plaatsvinden dat onderaannemster overkort toen al alle materialen had kunnen inkopen."<sup>11</sup>

17. Deze toevoeging lijkt op het eerste gezicht logisch, maar de arbiters wekken hiermee de sterke indruk dat, als de onderaannemer de engineering eerder had kunnen afronden, de kostenverhogende omstandigheid dan wel aan de onderaannemer toegerekend kon worden - en dat is niet juist. Het gaat namelijk niet alleen om de vraag of vraag de engineering eerder kon plaatsvinden en daarmee de kostenverhogende omstandigheid kon worden voorkomen, maar ook of de onderaannemer in het eerste kwartaal van 2021 bekend was met de omstandigheid dat de prijzen zouden gaan stijgen. Volgens rechtsoverweging 26 bleek pas in september 2021 dat de prijzen in het tweede kwartaal waren gestegen, maar daaruit volgt niet dat de aannemer al eerder wist dat de prijzen zouden gaan stijgen.

3 RvA 25 april 2016, No. 35.131, TBR 2016/178, m.nt. W.J.M. Herber, r.o. 30; zie voor meer rechtspraak hierover: M.A. van Wijngaarden & M.A.B. Chao-Duivis, *Serie Bouw- en Aanbestedingsrecht 17*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2022, p. 219-224.

4 RvA 13 november 2023, No. 37.457, r.o. 31, 33.

5 RvA 13 november 2023, No. 37.457, r.o. 43.

6 Springelkamp 2022, p. 26.

7 RvA 19 juni 2007, No. 27.947.

8 RvA 9 december 2004, No. 26.658, BR 2005/64, p. 244, r.o. 19.

9 RvA 13 november 2023, No. 37.457, r.o. 34.

10 RvA 13 november 2023, No. 37.457, r.o. 34.

11 RvA 13 november 2023, No. 37.457, r.o. 34.

### Stap 3: vaststellen van het ondernemersrisico en de mate waarin deze is verdisconteerd in de verkoopprijs

Het toepassingskader van par. 47 UAV 2012

**18.** Als geen indexerings- of risicoregeling is overeengekomen, hoort een aannemer in zijn verkoopprijs in voldoende mate rekening te houden met de te verwachten prijsstijgingen. Dit volgt onder andere uit een uitspraak van de Raad van Arbitrage uit 2007 waarin is overwogen dat voor prijsstijgingen een risicopost hoort te zijn begroot.<sup>12</sup> Volgens arbiters kan voor deze post worden uitgegaan van de normale prijschommelingen in de jaren voorafgaand aan het sluiten van een overeenkomst, tenzij er aanleiding is om rekening te houden met meer dan het 'gebruikelijke ondernemersrisico van prijsstijgingen'.<sup>13</sup>

**19.** De hoogte van het ondernemersrisico is afhankelijk van de omstandigheden van het geval en wordt mede bepaald door de kennis die een aannemer wordt geacht te hebben over prijsontwikkelingen. Dit wordt duidelijk geïllustreerd in een uitspraak in hoger beroep van de Raad van Arbitrage uit 2006. In deze zaak waren er kort voor het sluiten van overeenkomst signalen dat de prijs van betonstaal zou gaan stijgen en was het onmogelijk om langer dan zes weken vooruit een goede voorspelling te doen van de prijsontwikkeling.<sup>14</sup> De onderaannemer was een professionele partij die van deze signalen op de hoogte behoorde te zijn en *vanwege de signalen* rekening moest houden met een hoger ondernemersrisico dan gebruikelijk.<sup>15</sup>

**20.** In lijn met deze redenering overwogen arbiters in 2016 dat een bepaalde mate van prijsstijgingen voorzienbaar zou moeten zijn vanwege de grote marktkennis die een professionele staalleverancier heeft of behoort te hebben.<sup>16</sup> Er kan zich ook de situatie voordoen waarbij een professionele aannemer geen ongebruikelijke prijsstijgingen hoeft te verwachten. Zo overwoog de rechtbank Rotterdam dat een aannemer geen rekening hoefde te houden met prijsstijgingen die niet door experts werden verwacht

en die buiten het niveau van de gebruikelijke marges van fluctuaties vallen.<sup>17</sup>

### Bespreking van RvA 13 november 2023, No. 37457

**21.** De onderaannemer heeft *'vanwege diverse mondiale ontwikkelingen, waaronder de covid-19 pandemie'* een te verwachten prijsstijging van 20% verdisconteerd in zijn aanneemsom.<sup>18</sup> Volgens de arbiters zou de hoogte van het ondernemersrisico vooral worden bepaald door het feit dat de onderaannemer een *'gespecialiseerde aannemer'* is. Het ondernemersrisico zou over het *'algemeen 10 tot 20% van de materiaalkosten'* bedragen en *'voor een gespecialiseerde aannemer geldt een hoger ondernemersrisico'*.<sup>19</sup> Gelet op de achtergrond van de onderaannemer en het gegeven dat in de aanbidding een prijsstijging is voorzien, stellen de arbiters het ondernemersrisico vast op 20%.<sup>20</sup>

**22.** Deze overweging lijkt mij onlogisch en onjuist.<sup>21</sup> Uit (de eerdergenoemde) rechtspraak volgt niet dat een gespecialiseerd aannemer altijd rekening moet houden met prijsstijgingen van 20%, maar dat een gespecialiseerde aannemer voldoende marktkennis behoort te hebben om bepaalde prijsontwikkelingen te kunnen voorzien.<sup>22</sup> Dat kan 20% zijn, maar bijvoorbeeld ook 7,5%,<sup>23</sup> en hangt af van de omstandigheden van het geval.<sup>24</sup> Als een gespecialiseerd aannemer altijd een prijsstijging van 20% moet verdisconteren in zijn aanbidding (ook als daar geen enkele aanleiding toe is) dan beperkt dit zijn concurrentie (tegenover niet-gespecialiseerde aannemers) en is sprake van een ongelijke behandeling van partijen. Een dergelijke uitleg lijkt

**17** Rb. Rotterdam 16 juli 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD9020, TBR 2009/96, r.o. 3.11, 3.12 en 3.19; Anders dan Herber en De Leeuwe (zie hierover: 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); T.L. de Leeuwe, 'Extremes prijsstijgingen en § 47 UAV: tijd voor een nieuwe benadering?', TBR 2023/18, p. 156) lees ik in rechtsoverweging 3.11 (in samenhang met 3.12 en 3.19) niet dat de rechtbank Rotterdam heeft overwogen dat moet worden uitgegaan van het hoogste prijsniveau dat ooit is bereikt. Het gaat volgens mij om het maximale niveau binnen een marge die is vastgesteld op basis van prijsfluctuaties in het verleden. Zie hierover ook Chao-Duivis die deze uitspraak samenvat als dat rekening moet worden gehouden met 'dat staalprijsen binnen bepaalde marges fluctueren': *Serie Bouw- en Aanbestedingsrecht 17*, p. 172. Ondanks dat Herber en De Leeuwe iets anders lezen in deze rechtsoverweging, zijn zij wel van mening dat niet uit zou moeten worden gegaan van het hoogste niveau dat ooit is bereikt in het verleden. Zie hierover: 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 Leeuwe 2023, p. 156.

**18** RvA 13 november 2023, No. 37457, r.o. 25.

**19** RvA 13 november 2023, No. 37457, r.o. 39.

**20** RvA 13 november 2023, No. 37457, r.o. 40.

**21** Uit de uitspraak is overigens niet op te maken hoe de arbiters tot deze overweging zijn gekomen. Bijvoorbeeld omdat de onderaannemer op dit punt geen (voldoende gemotiveerd) verweer heeft gevoerd en arbiters (daarom) uit zijn gegaan van een stelling van de hoofdaannemer.

**22** RvA 29 augustus 2006, No. 70.981, BR 2006/251, p. 1105, m.nt. W.J.M. Herber (Staalprijzen), r.o. 29-30; Rb. Rotterdam 16 juli 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD9020, TBR 2009/96, r.o. 3.11, 3.12 en 3.19; RvA 25 april 2016, No. 35.131, TBR 2016/178, m.nt. W.J.M. Herber, r.o. 17.

**23** RvA 19 juni 2007, No. 27.947, r.o. 22, 28.

**24** Springelkamp 2021.

**12** RvA 19 juni 2007, No. 27.947, r.o. 22.

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

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

**15** RvA 29 augustus 2006, No. 70.981, BR 2006/251, p. 1105, m.nt. W.J.M. Herber (Staalprijzen), r.o. 30.

**16** RvA 25 april 2016, No. 35.131, TBR 2016/178, m.nt. W.J.M. Herber, r.o. 17.

mij evident in strijd met het mededingings- en aanbestedingsrecht.

#### Stap 4: in hoeverre is sprake van een surplus?

##### Het toepassingskader van par. 47 UAV 2012

**23.** Als de *daadwerkelijke prijsstijging* het ondernemersrisico (dat de aannemer in zijn verkoopprijs mee heeft genomen of had moeten nemen) overstijgt, kan de aannemer aanspraak maken op vergoeding van het meerdere boven het ondernemersrisico (het 'surplus'). De in de uitspraak van de Raad van Arbitrage uit 2007 genoemde cijfers laten duidelijk zien hoe het surplus moet worden uitgerekend:

"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."<sup>25</sup> Dit resulteert in de volgende tabel met onderbouwing van de verkoopprijs:

Prijs op de dag van inschrijving	€ 265.475,-	
De te verwachten prijsstijgingen (het 'ondernemersrisico')	€ 21.525,-	+ / +
Verkoopprijs van het betreffende materiaal	€ 287.000,-	

De aannemer had aanspraak gemaakt op volledige vergoeding van het meerdere (van € 38.560,67) boven de prijs op de dag van inschrijving. Echter, hoort het ondernemersrisico dat een aannemer heeft verdisconteerd (en dus al vergoed krijgt door betaling van de aanneemsom) in mindering te worden gebracht op de vordering:

Daadwerkelijke prijsstijgingen (t.o.v. prijs op de dag van inschrijving)	€ 38.560,67	
Ingecalculeerd ondernemersrisico	€ 21.525,-	- / -
Het surplus	€ 17.035,67	

**24.** Een aannemer hoort in voldoende mate rekening te houden met de te verwachten prijsstijgingen, maar er kan zich ook een situatie voordoen waarin de aannemer niet of in onvoldoende mate rekening heeft gehouden met prijsstijgingen die hij had behoren te verdisconteren in zijn verkoopprijs. Op basis hiervan zijn de volgende scenario's denkbaar, die ik illustreer aan de hand van een fictief voorbeeld.

**25.** Stel: een aannemer maakt een aanbieding voor het realiseren van een betonwerk, onderdeel daarvan is de levering van wapeningsstaal. Op de dag van de aanbieding was de prijs voor het wapeningsstaal € 100.000,-.

In zijn verkoopprijs voor het wapeningsstaal heeft de aannemer een prijsstijging van 15% verdisconteerd:

##### 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,-	

**26.** 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,-	

**27.** 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 aanzienlijkevereiste. Ik pas het voorbeeld iets aan. Bij het bepalen van de verkoopprijs heeft de aannemer niet een verwachte prijsstijging van 15% meegenomen, maar van 5%:

##### Scenario 2

Prijs op de dag van inschrijving	€ 100.000,-	
Ondernemersrisico (te verwachten prijsstijgingen van 5%)	€ 5.000,-	+ / +
Verkoopprijs van het betreffende materiaal	€ 105.000,-	

**28.** Omdat de aannemer in onvoldoende mate rekening heeft gehouden met het ondernemersrisico, blijft dat deel waar hij te weinig rekening mee heeft gehouden voor eigen rekening:

<sup>25</sup> RvA 19 juni 2007, No. 27.947, r.o. 28.

Daadwerkelijke prijsstijgingen (40%)	€ 40.000,-	
Ingecalculeerd ondernemersrisico (5%)	€ 5.000,-	-/-
<hr/>		
Prijsstijging t.o.v. verkoopprijs	€ 35.000,-	
De aannemer had rekening moeten houden met een ondernemersrisico van 15%, maar heeft 5% verdisconteerd in zijn aanbieding, en daarom blijft een bedrag van 10% (is 15% - 5%) van € 100.000,- voor eigen rekening van de aannemer	€ 10.000,-	-/-
<hr/>		
Het surplus	€ 25.000,-	

**29.** Uit deze rekensom volgt dat de aannemer niet volledig kan worden gecompenseerd voor de prijsstijging ten opzichte van zijn verkoopprijs. Hoewel het surplus gelijk is aan scenario 1, dekt het surplus van € 25.000,- niet de gehele prijsstijging van € 35.000,-. Hierdoor komt in ieder geval een bedrag van € 10.000,- voor eigen rekening van de aannemer. Ik pas het voorbeeld nog eenmaal aan en ga nu uit van de situatie waarin de aannemer vooraf *geen* rekening heeft gehouden met prijsstijgingen:

### Scenario 3

Prijs op de dag van inschrijving	€ 100.000,-	
Te verwachten prijsstijgingen (ondernemersrisico)	Geen rekening mee gehouden	+ / +
<hr/>		
Verkoopprijs van het betreffende materiaal	€ 100.000,-	

**30.** Omdat de aannemer geen rekening heeft gehouden met het ondernemersrisico, blijft het ondernemersrisico waarmee hij rekening had moeten houden volledig voor eigen rekening:

Daadwerkelijke prijsstijgingen (40%)	€ 40.000,-	
Geen ingecalculeerd ondernemersrisico	€ 0,-	-/-
<hr/>		
Prijsstijging t.o.v. verkoopprijs	€ 40.000,-	
De aannemer had rekening moeten houden met een ondernemersrisico van 15%, maar heeft geen ondernemersrisico verdisconteerd in zijn aanbieding, en daarom blijft een bedrag van 15% van € 100.000,- voor eigen rekening van de aannemer	€ 15.000,-	-/-
<hr/>		
Het surplus	€ 25.000,-	

**31.** Net als in scenario 2 heeft de aannemer bij scenario 3 ook geen recht op volledige vergoeding van de prijsstijging ten opzichte van zijn verkoopprijs. De aannemer kan aanspraak maken op vergoeding van een surplus van € 25.000,-, maar hij is geconfronteerd met een prijsstijging van € 40.000,-. Dat wil dus zeggen dat in ieder geval € 15.000,- voor rekening van de aannemer blijft.

### Bespreking van RvA 13 november 2023, No. 37457

**32.** De onderaannemer werd geconfronteerd met een prijsstijging van 115%. Dat resulteerde in een vordering van € 59.674,-. De arbiters brengen in rechtsoverweging 25 het ondernemersrisico in mindering op de prijsstijging zelf.<sup>26</sup> Deze wijze waarop het surplus wordt vastgesteld is niet juist. Voor zover de onderaannemer onvoldoende rekening heeft gehouden met het ondernemersrisico,<sup>27</sup> hoort het ondernemersrisico namelijk niet in mindering te worden gebracht op de prijsstijging, maar moet het *bedrag* waar de onderaannemer rekening mee had moeten houden worden afgetrokken van zijn vordering (op de wijze zoals hiervoor gedaan bij de scenario's 2 en 3). Ik vermoed dat de arbiters op het verkeerde been zijn gezet door een uitspraak van de Raad van Arbitrage uit 2016. Voor ik verder ga met de bespreking van de voorliggende uitspraak, maar ik eerst een korte uitstap naar de uitspraak uit 2016.

Zijn de arbiters op het verkeerde been gezet door de uitspraak RvA 8 februari 2016, No. 35.133?

**33.** In de uitspraak van de Raad van Arbitrage uit 2016 overwegen de arbiters dat '20% van de (...) opgetreden staalprijsstijging voor risico en rekening van' de onderaannemer moest blijven.<sup>28</sup> Deze tekst kan ten onrechte de indruk kan wekken dat het ondernemersrisico niet bij de verkoopprijs hoort, maar als percentage van daadwerkelijk prijsstijging afgetrokken moet worden.<sup>29</sup>

**34.** De cijfers in deze uitspraak laten echter duidelijk zien dat het ondernemersrisico onderdeel is van de verkoopprijs, of dat in ieder geval zou moeten zijn. De onderaannemer werd geconfronteerd met prijsstijgingen van 54%, 30% en 42% en daarvan zou 20% als ondernemersrisico niet voor vergoeding in aanmerking komen, waardoor volgens arbiters een surplus zou resteren van 34%, 10% en 22%.<sup>30</sup> In tabelvorm ziet het voorgaande er als volgt uit:

**26** De arbiters stellen het ondernemersrisico op 20%. Om dit ondernemersrisico in mindering te brengen vermenigvuldigen arbiters de prijsstijging met 80%. Dit heeft rekenkundig tot gevolg dat een bedrag gelijk aan 20% van de prijsstijging van de vordering wordt afgetrokken.

**27** Hetgeen in deze zaak overigens *niet* het geval is, waardoor twee keer wordt gerekend met een ondernemersrisico.

**28** RvA 8 februari 2016, No. 35.133, r.o. 32.

**29** Zie bijv.: De Leeuwe 2023, p. 154-163, voetnoot 19.

**30** RvA 8 februari 2016, No. 35.133, r.o. 35.

**Tabel 1: ondernemersrisico is onderdeel van de verkoopprijs**

Ondernemersrisico waar de aannemer rekening mee had moeten houden in verkoopprijs. De aannemer heeft dan niet gedaan en daarom blijft dit percentage voor zijn eigen rekening.	20%	20%	20%	
Het surplus (prijsstijging boven op het ondernemersrisico)	34%	10%	22%	+/+
Totale prijsstijging boven op de verkoopprijs	54%	30%	42%	

**35.** Als de uitspraak zo zou moeten worden gelezen dat het ondernemersrisico als percentage in mindering moet worden gebracht op de prijsstijging, dan ziet de tabel er als volgt uit.

**Tabel 2: ondernemersrisico in mindering gebracht op de prijsstijging**

Totale prijsstijging boven op de verkoopprijs	54%	30%	42%	
20% van prijsstijging (54% x 20% = 10,8%, etc.)	10,8%	6%	10,4%	-/-
Het surplus (is gelijk aan prijsstijging x 80%)	43,2%	24%	33,6%	

**36.** De cijfers laten dus duidelijk zien dat de Raad van Arbitrage in de uitspraak uit 2016 *niet* de berekening uit tabel 2 heeft gevolgd, maar die uit tabel 1. Dit blijkt ook uit de uitspraak in hoger beroep. Volgens appèlarbiters kon en moest de onderaannemer met de redelijkerwijs te verwachten prijsstijging (het ondernemersrisico) rekening houden bij het vaststellen van de *verkoopprijs*.<sup>31</sup> Dit blijkt ook uit de volgende cijfers:

40. (...) Appèlarbiters hebben (...) overwogen dat onderaannemer bij die prijsvaststelling rekening had moeten houden met een risico op prijsstijgingen, welk risico is vastgesteld op 20% van de staalprijs. Onderaannemer heeft aangegeven dat zij is uitgegaan van een staalinkoopprijs van € 478,00 per ton staal, zodat haar ondernemersrisico bestaat uit een stijging van die prijs tot € 478,00 + 20% = € 573,60. De prijzen zijn echter kennelijk (gemiddeld) gestegen tot maximaal € 478,00 + 54% = € 736,12. Niet onder het ondernemersrisico

in het algemeen valt dan € 736,12 -/- € 573,60 = € 162,52 per ton. (...)”<sup>32</sup>

**37.** In tabelvorm ziet het voorgaande er als volgt uit:

Prijs op de dag van inschrijving	€ 478,00 per ton	
Te verwachten prijsstijgingen (ondernemersrisico)	€ 0,00	+/+
Verkoopprijs van het betreffende materiaal	€ 478,00 per ton	

**38.** Omdat de aannemer in zijn verkoopprijs geen rekening heeft gehouden met de te verwachten prijsstijgingen, wordt het bedrag dat de aannemer had moeten verdisconteren afgetrokken van de prijsstijging ten opzichte van de prijs op de dag van inschrijving:

Daadwerkelijke prijsstijgingen (54% over € 478,00)	€ 258,12 per ton	
Ingecalculeerd ondernemersrisico	€ 0,00	
Ondernemersrisico waar de opdrachtnemer rekening mee had moeten houden (20% van € 478,00) en daarom voor zijn eigen rekening blijft	€ 95,60 per ton	-/-
Het surplus (34% over € 478,00)	€ 126,52 per ton	

### Bespreking van RvA 13 november 2023, No. 37.457 (vervolg)

**39.** In de voorliggende uitspraak zijn de arbiters uitgegaan van de berekening van tabel 2, door de prijsstijging te vermenigvuldigen met 80% en daarmee 20% van de prijsstijging zelf af te trekken, en dat is dus *niet* juist. Voor zover de onderaannemer in onvoldoende mate rekening had gehouden met het ondernemersrisico, had het surplus moeten worden vastgesteld volgens de rekensom zoals weergegeven in tabel 1. De onderaannemer heeft echter in voldoende mate een ondernemersrisico verdisconteerd in zijn aanbieding en daarom moet worden uitgegaan van de rekensom zoals weergegeven bij het hiervoor beschreven scenario 1.

**40.** Uit de uitspraak blijkt niet of (i) de vordering het bedrag bedraagt voor zover de prijzen harder zijn gestegen dan de vooraf verwachte prijsstijging van 20% of (ii) de door de onderaannemer verdisconteerde prijsstijging van 20% onderdeel is van het gevorderde bedrag.

**41.** Als sprake is van het eerste geval, waarbij de vordering alleen betrekking heeft op dat deel van de prijsstijging boven de verdisconteerde 20%, dan hebben de

**31** RvA 8 februari 2017, No. 72.067, r.o. 36.

**32** RvA 8 februari 2017, No. 72.067, r.o. 36 en 40.



arbiters ten onrechte nogmaals (en bovendien op onjuiste wijze) een ondernemersrisico in minder gebracht op de vordering. De berekening van de verkoopprijs zou er in het eerste geval als volgt moeten uitzien:

Prijs op de dag van inschrijving	€ 43.242,03	
<i>Is € 51.890,43 / 1,2</i>		
Te verwachten prijsstijgingen (ondernemersrisico):	€ 8.648,40	
<i>Is 20% van € 43.242,03</i>		
		+ / +
Verkoopprijs van het betreffende materiaal	€ 51.890,43	
<i>Bepaald door de prijsstijging van € 59.674 te delen door 115%</i>		

Het surplus is in dit geval gelijk aan het (afgeronde) gevorderde bedrag:

Daadwerkelijke prijsstijgingen (t.o.v. prijs op de dag van inschrijving)	€ 68.322,40	
<i>Is € 8.648,40 (ondernemersrisico 20%) + € 59.674,00 (prijsstijging van 115%)</i>		
Ingecalculeerd ondernemersrisico	€ 8.648,60	- / -
Het surplus	€ 59.673,80	

**42.** Als sprake is van het tweede geval, waarbij de verdisconteerde prijsstijging van 20% onderdeel is van de vordering, dan hoorde wel een ondernemersrisico in mindering te worden gebracht. De berekening van de verkoopprijs zou er voor het tweede geval als volgt moeten uitzien:

Prijs op de dag van inschrijving	€ 51.890,43	
<i>Bepaald door de prijsstijging van € 59.674 te delen door 115%</i>		
Te verwachten prijsstijgingen (ondernemersrisico)	€ 10.378,09	
<i>Is 20% van € 51.890,43</i>		
		+ / +
Verkoopprijs van het betreffende materiaal	€ 62.268,52	

Dit resulteert in de volgende berekening van het surplus:

Daadwerkelijke prijsstijgingen (t.o.v. prijs op de dag van inschrijving)	€ 59.674,00	
<i>115% van € 51.890,43</i>		
Ingecalculeerd ondernemersrisico	€ 10.378,09	- / -
Het surplus	€ 49.295,91	

**43.** Deze twee berekeningen laten zien dat het door de arbiters berekende bedrag van € 48.739,20 hoe dan ook niet juist is. Het surplus zou een bedrag moeten zijn van € 49.295,91 of € 59.673,80.

### Stap 5: zorgt het surplus voor een aanzienlijke stijging van de kosten van het werk?

*Het toepassingskader van par. 47 UAV 2012*

**44.** De laatste stap in het toepassingskader van par. 47 UAV 2012 is het beoordelen of het surplus zorgt voor een aanzienlijke stijging van de kosten van het werk. Dit kan op verschillende manieren worden vastgesteld. Ik licht de verschillende manieren kort toe en voor een uitgebreide bespreking verwijs ik naar de literatuur in de voetnoten.<sup>33</sup>

**45.** Herber hanteert een (harde) ondergrens gebaseerd op de winststopslag van de aannemer. De rechtspraak zou in dat kader uitgaan van een percentage van 5% van de aanneemsom (incl. meer- en minderwerk) en het surplus komt alleen voor vergoeding in aanmerking voor zover dat meer bedraagt dan de drempel van 5%. Dat wil zeggen dat een bedrag gelijk aan 5% van de aanneemsom *altijd* voor rekening van de aannemer blijft. Volgens Herber moet een bedrag voor eigen rekening blijven omdat zich anders de bijzondere situatie voor kan doen dat een aannemer die blijft steken op 4,9% geen vergoeding krijgt, terwijl de aannemer alles vergoed krijgt bij een kostenstijging van 5,1%.<sup>34</sup>

**46.** Naast het feit dat in de rechtspraak vaak lagere percentages dan 5% zijn gehanteerd, ben ik van mening dat niet uitgegaan moet worden van een harde ondergrens van 5% (die na het sluiten van de overeenkomst niet meer kan worden bijgesteld),<sup>35</sup> maar van een vuistregel (open norm) van 5% die omlaag of omhoog kan worden bijgesteld. Als voor dit percentage wordt uitgegaan van de risico-opslag, is het logisch om te spreken over een 'vuistregel'. Een vuistregel is namelijk een hoofdregel, waarop een uitzondering kan worden gemaakt.<sup>36</sup> Als de kosten van het werk met 5% toenemen, is de risico-opslag *in ieder geval*

<sup>33</sup> Zie voor een uitgebreidere behandeling van de verschillende manieren: W.J.M. Herber, 'Par. 47 UAV 2012. Reactie op TBR 2021/139', *TBR* 2022/26, p.182-188; De Leeuwe 2023; Springelkamp 2021.

<sup>34</sup> 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; Herber 2022, Springelkamp 2021; Chao-Duivis wijst erop dat Herber blij is met de 'vuistregel van 5%' en daarmee dus ook ruimte laat voor een lager percentage dan 5% en niet uitgaat van een 'harde' ondergrens, zie hierover: *Serie Bouw- en Aanbestedingsrecht* 17, p. 188, voetnoot 91; In Herber 2022 pleit Herber er ook voor om deze vuistregel niet te star toe te passen en uit te gaan van een lager percentage als de winststopslag die de aannemer heeft begroot lager is dan 5%. Dit heeft overigens *niet* tot gevolg dat dit percentage na het sluiten van de overeenkomst kan worden aangepast, gezien de winststopslag *in de begroting* niet meer kan veranderen.

<sup>35</sup> Een percentage gebaseerd op de winststopslag die de aannemer heeft begroot blijft immers altijd gelijk, ongeacht de omstandigheden van het geval.

<sup>36</sup> 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.

opgesoupeerd, maar het kan zijn dat dit percentage omhoog moet worden bijgesteld omdat de risico-opslag nodig is geweest voor andere risico's dan kostenverhogende omstandigheden. Als de aannemer zijn risico-opslag niet, of slechts deels, nodig heeft gehad om risico's mee af te dekken, zou het niet aangesproken deel van de vorderingen af moeten worden getrokken en heeft de aannemer geen recht op volledige vergoeding van het surplus. Echter, als de risico-opslag volledig nodig is (geweest) voor andere risico's dan prijsstijgingen, dan heeft de aannemer wel recht op volledige vergoeding van het surplus.<sup>37</sup>

**47.** Ik ben tot deze uitleg gekomen, mede omdat bij een harde ondergrens (gebaseerd op de winstopslag die de aannemer heeft begroot) een aannemer *nooit* recht heeft op volledige vergoeding van het surplus,<sup>38</sup> terwijl de rechtspraak, op één uitspraak na, altijd is uitgegaan van een *volledige* vergoeding van het surplus nadat is vastgesteld dat is voldaan aan het aanzienlijkevereiste. Dit wijst erop dat de rechtspraak niet uitgaat van een harde ondergrens en dus ook niet op een percentage op basis van de winstopslag.<sup>39</sup> Dit blijkt ook duidelijk uit een arrest van het Hof Den Haag uit 2012, waarin het Hof overweegt dat er geen reden is om uit te gaan van een harde ondergrens van 5% en moet worden uitgegaan van een open norm, waarbij wordt gekeken naar alle omstandigheden van het geval zoals de *uiteindelijke winstgevendheid*. De kostenverhogende omstandigheid mag dus *niet* tot gevolg mag hebben dat er *geen winst* overblijft.<sup>40</sup>

**48.** De Leeuwe heeft een alternatieve benadering voorgesteld voor de toepassing van par. 47 UAV 2012. Deze benadering is in zoverre een alternatief voor de toepassing van het aanzienlijkevereiste dat De Leeuwe aansluit bij de uitleg van Herber, maar niet uitgaat van een percentage van 5% van de aanneemsom, maar van een percentage gelijk aan het daadwerkelijk in de begroting opgenomen winstpercentage of een percentage gelijk aan de gebruikelijke winstmarge. In het ('uitzonderlijke goede) jaar 2021' bedroeg de winst volgens De Leeuwe gemiddeld 3,4%. De Leeuwe komt tot deze uitleg omdat hij van mening is dat de aannemer bij kostenverhogende omstandigheid eerst zijn winstopslag volledig moet aanspreken. Echter zou de kostenverhogende omstandigheid niet tot gevolg mogen hebben dat de aannemer achterblijft met een verlieslatend project.<sup>41</sup>

<sup>37</sup> Springelkamp 2021, p.1123-1126.

<sup>38</sup> Bij een vuistregel gebaseerd op de winstopslag kan alleen een volledige vergoeding van het surplus worden toegekend als sprake is van een winstopslag van 0%. Een dergelijke uitleg kan volgens mij aanbestedingsrechtelijke complicaties tot gevolg hebben.

<sup>39</sup> Springelkamp 2021; Springelkamp 2022, bijlage 1; de recente jurisprudentie laat ook geen ander beeld zien, zie hierover: J. Springelkamp, 'Kroniek over kostenverhogende en onvoorziene omstandigheden in het bouwcontractenrecht 2022', *TBR* 2023/16, p. 134-142; J. Springelkamp, 'Kroniek over kostenverhogende en onvoorziene omstandigheden in het bouwcontractenrecht 2023', *TBR* 2024/2, p. 25-40.

<sup>40</sup> 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.

<sup>41</sup> De Leeuwe 2023; Overigens bepleit Herber ook om niet uit te gaan van een vast percentage van 5%, maar van het winstpercentage zoals opgenomen in de begroting van de aannemer, zie: Herber 2022.

## Bespreking van RvA 13 november 2023, No. 37457

**49.** Volgens de arbiters is aan het aanzienlijkevereiste vereiste ruimschots voldaan nu het surplus (van € 47.739,20) meer bedraagt dan 5% van de aanneemsom. De arbiters concluderen dat de onderaannemer recht heeft op vergoeding van een bedrag van € 47.739,20. Dat komt neer op een *volledige* vergoeding van het surplus.<sup>42</sup>

**50.** In de uitspraak mist een duidelijke onderbouwing van het percentage van 5%. Als dit percentage gebaseerd was op (gebruikelijke) winst, dan was het (gezien de overeenkomst tot stand is gekomen en uitgevoerd in het 'uitzonderlijke goede jaar 2021') logischer om uit te gaan van een percentage van 3,4% en uitsluitend het meerdere boven die drempel toe te kennen. Dat hebben de arbiters niet gedaan. De arbiters hebben ook niet overwogen dat het percentage is gebaseerd op de risico-opslag en een volledige vergoeding is toegekend omdat de aannemer zijn risico-opslag – zoals gebruikelijk – nodig heeft gehad voor andere risico's dan prijsstijgingen.

**51.** Kortom: in de uitspraak is onvoldoende gemotiveerd inzake het aanzienlijkevereiste, anders dan dat het erop lijkt dat de arbiters niet uit zijn gegaan van een harde ondergrens. Immers kan bij een harde ondergrens geen volledige vergoeding worden toegekend en zou zijn geschreven: 'is *uitsluitend* sprake als de verhoging meer bedraagt dan 5%' en 'onderaannemster komt dus ter zake een betaling tot voor zover de prijsverhoging meer bedraagt dan 5% van de aanneemsom'.

**52.** Er was dus voldaan aan het aanzienlijkevereiste en de aannemer kreeg een *volledige* vergoeding van het surplus toegekend. In die zin wijkt deze uitspraak niet af van eerdere rechtspraak over dit onderwerp (op slechts één uitspraak na). Hierop gelet blijf ik van mening 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.

### Tot slot

**53.** Het is spijtig dat de arbiters een veelbesproken - en cijfermatig niet ingewikkelde – bepaling verkeerd hebben toegepast, waardoor bij toekomstige toepassingen van par. 47 UAV 2012 eenvoudig verwarren kan ontstaan. Ik hoop met deze 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. Tot slot kom ik nog terug op de vraag aan het begin van deze annotatie. Toepassing van par. 47 UAV 2012, hoe hoort het eigenlijk? Nou, zo hoort het dus (niet)!

J. Springelkamp

<sup>42</sup> RvA 13 november 2023, No. 37457, r.o. 42-44.