

Notitie : 2VERAS-SEC.04195.N
Van : redactie drs. ing. A.D. Hol; gebaseerd op het advies van mr. W.J.M. Herber
Voor : leden
Datum : 16-4-2012
Betreft : regeling voor verrekening van meerwerk in sloopbestekken, specifiek ter zake asbest

De Werkgroep Sloopbestekken van VERAS buigt zich momenteel over de problematiek van onredelijke c.q. onevenwichtige sloopbestekken. Eén van de onderwerpen is de ontwikkeling dat steeds meer opdrachtgevers het meerwerkrisico van onverwacht aangetroffen asbestbronnen bij de sloopaannemer neerleggen.

VERAS stelt zich op het standpunt dat een dergelijk gedrag vanuit het oogpunt van maatschappelijk verantwoord opdrachtgeverschap / duurzaam inkopen onjuist is en bovendien uiteindelijk voor de opdrachtgever meer zal kosten dan dat het oplevert. Vanuit de werkgroep worden acties gepleegd om deze problematiek aan te pakken.

Bij veel leden speelt de vraag of dit aanbestedingsrechtelijk aanvaardbaar is. Daarom is advies ingewonnen bij de heer mr. W.J.M. Herber van Juridisch Management Nederland b.v. over de onderstaande vraagstelling. De heer Herber is gespecialiseerd in bouw- en aanbestedingsrecht.

Vraagstelling

Bij een sloopbestek wordt een inventarisatierapport conform SC-540 gevoegd met daarin een overzicht van geïnventariseerde asbestbronnen. In het bestek is vaak bepaald dat de sloopaannemer in zijn calculatie van dit inventarisatierapport uit moet gaan, soms zelfs met de bepaling dat door de inschrijver (sloopaannemer) expliciet moet worden ingestemd met de inhoud van dat rapport. Verder is dan bepaald dat, indien ten opzichte van het bij het bestek gevoegde inventarisatierapport extra asbestbronnen worden aangetroffen, het daaruit voortvloeiende meerwerk niet voor verrekening in aanmerking komt. Niet zelden is in die situatie het asbestinventarisatiebureau tevens degene die het bestek heeft opgesteld, de aanbestedingsprocedure voor de opdrachtgever uitvoert en later ook de directievoering doet.

Deze notitie bevat een compilatie van het advies van de heer mr. W.J.M. Herber, dat tot stand is gekomen na overleg met de Werkgroep Sloopbestekken. Aan deze notitie kunnen geen rechten worden ontleend. Voor concrete vragen zal altijd een op de situatie toegespitste beoordeling en afweging van relevante feiten en omstandigheden moeten plaatsvinden.

Wat mag tussen opdrachtgever en sloopaannemer worden overeengekomen?

1. De hoofdvraag is wat wel en wat niet tussen een opdrachtgever en een sloopaannemer mag worden overeengekomen. Meer in het bijzonder is de vraag of het geoorloofd is dat een opdrachtgever risico's die normaliter door de hem worden gedragen, overdraagt aan de aannemer.

2. Indien een opdrachtgever een bestek maakt en de aannemer het werk volgens bestek en tekeningen moet uitvoeren, is de opdrachtgever verantwoordelijk voor de juistheid en volledigheid van het bestek. Bevat het bestek een fout of is het onvolledig, dan zal de opdrachtgever een bestekswijziging moeten opdragen en ontstaat voor de aannemer meerwerk.
3. In de sloopbranche komt het vaak voor dat een opdrachtgever het risico dat hij wordt geconfronteerd met meerwerk niet wil dragen. Daarom bedingt de opdrachtgever vaak dat niet hijzelf, maar de sloopaannemer verantwoordelijk is voor de juistheid en volledigheid van het bestek. Dat is dus een inbreuk op de regel dat de opdrachtgever verantwoordelijk is voor de juistheid en volledigheid van het bestek.
4. Uitgangspunt is dat een overeenkomst waarbij een opdrachtgever met een aannemer afspreekt dat het ontwerprisico en daarmee het risico van meerwerk door de aannemer wordt gedragen, geoorloofd is. Uitsluitend een overeenkomst die in strijd is met de goede zeden of de openbare orde, is nietig (artikel 3:40 BW). Daarvan is in de situatie van de vraagstelling geen sprake.
5. Voorwaarde is wel dat een dergelijk beding uitdrukkelijk tussen partijen moet worden overeengekomen. Het is aan de sloopaannemer om dit risico te inventariseren en vervolgens maatregelen te treffen om dit risico te beheersen dan wel terug te brengen tot een voor hem aanvaardbaar nivo.
6. Indien sprake is van een aanbesteding waarbij de sloopaannemer inschrijft, is zijn inschrijfbedrag gebaseerd op bestek, tekeningen en nota (s) van inlichtingen. Indien in één van deze contractdocumenten uitdrukkelijk is bepaald dat het ontwerprisico en daarmee het risico van meerwerk bij de sloopaannemer ligt, dan wordt de sloopaannemer geacht hiermee akkoord te zijn gegaan op het moment van inschrijving. Indien hij heeft verzuimd de beheersmaatregelen te begroten die nodig zijn om dit risico te beheersen, is dit in beginsel het probleem van de sloopaannemer.

Onaanvaardbare bepalingen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid

7. Artikel 6:248 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt het volgende:
Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.
8. De vraag is of de sloopaannemer een beroep kan doen op deze bepaling indien door of namens de opdrachtgever een (onvolledig) asbestinventarisatie bij het bestek is gevoegd en het meerwerkrisico uitdrukkelijk bij de sloopaannemer is neergelegd en meerwerk ontstaat omdat extra asbestbronnen worden aangetroffen.

9. De burgerlijke rechter (rechtbank, gerechtshof en Hoge Raad) is terughoudend om dit artikel toe te passen. Voor hem is uitgangspunt wat partijen zijn overeengekomen en als de aannemer uitdrukkelijk het ontwerprisico heeft aanvaard, is er voor de burgerlijke rechter niet snel reden om een beroep op de hiervoor geciteerde bepaling te honoreren.
10. In veel bouwbestekken wordt bepaald dat geschillen worden beslecht door de Raad van Arbitrage voor de Bouw. Ook voor arbiters is uitgangspunt hetgeen partijen met elkaar hebben afgesproken, maar de praktijk is dat, als dit tot een evident onredelijk en onbillijk resultaat leidt, zij sneller dan de burgerlijke rechter oordelen dat het overeengekomen beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.
11. De vraag is in welke situaties het waarschijnlijk is dat arbiters met een verwijzing naar de redelijkheid en billijkheid een beroep van de sloopaannemer op meerwerk ten gevolge van extra asbestbronnen, die niet in het asbestinventarisatierapport staan, zouden kunnen honoreren. Bij de volgende situaties is daar mogelijk aanleiding voor.
- Het asbestinventarisatie onderzoek is in strijd met de regelgeving uitgevoerd.
 - Van een gecertificeerd inventarisatiebureau had verwacht mogen worden dat zij het niet geïnventariseerde asbest wel had geïnventariseerd en in het rapport had opgenomen.
 - De opdrachtgever heeft gepretendeerd een goed en volledig inventarisatieonderzoek te hebben gedaan hetgeen evident niet het geval blijkt te zijn.
 - De opdrachtgever laat een evident onjuist onderzoek doen en weigert, ondanks dat hem dit door de aannemer is verzocht, een correct onderzoek uit te laten voeren.
 - De opdrachtgever wist of kon weten dat sprake was van asbest, maar heeft dit niet in het rapport opgenomen.
12. Indien in het bestek de UAV 1989 van toepassing worden verklaard, bepaalt paragraaf 47 van deze UAV het volgende.

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

13. Indien de UAV 1989 niet van toepassing zijn, dan bepaalt artikel 6:256 van het Burgerlijk Wetboek het volgende.

Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

14. Criterium bij toepassing van paragraaf 47 UAV 1989 is of de hoeveelheid asbest die de aannemer aantreft en niet in het rapport is opgenomen de kosten van het sloopwerk zo aanzienlijk doen stijgen dat de aannemer in redelijkheid niet meer kan worden gehouden aan de overeengekomen aanneemsom.
15. Als vuistregel geldt daarbij dat, met inachtneming van een zeker ondernemersrisico, als gevolg van niet voorzienbaar meerwerk de kosten van het werk met 5% of meer stijgen. Het staat niet vast of dit criterium ook geldt indien uitsluitend het Burgerlijk Wetboek van toepassing is.

Tussenconclusie: meerwerkrisico extra asbestbronnen voor sloopaannemer redelijk?

16. Tussenconclusie is dus dat het is toegestaan om meerwerkrisico's bij de sloopaannemer te leggen, mits dit uitdrukkelijk wordt overeengekomen.
17. Hoe onredelijk dit ook moge worden ervaren, er is geen rechtsregel die de opdrachtgever verbiedt om het meerwerkrisico van extra asbestbronnen ten opzichte van het inventarisatierapport bij de sloopaannemer neer te leggen.
18. Het is vervolgens aan de sloopaannemer om in de aanbestedingsfase de juiste maatregelen te bedenken om dit risico te beheersen dan wel terug te brengen tot een voor hem aanvaardbaar niveau. Indien dergelijke beheersmaatregelen niet kunnen worden bedacht en dus ook niet kunnen worden genomen, staat de sloopaannemer voor de keuze om ofwel dit risico al schattend te begroten ofwel niet in te schrijven.
19. De redelijkheid en billijkheid kunnen de gevolgen van een dergelijk beding verzachten of wegnemen. Indien, met inachtneming van een zeker ondernemersrisico – niet alle tegenvallers kan de aannemer bij zijn opdrachtgever neerleggen – als gevolg van niet verwacht meerwerk de kosten van het werk met meer dan 5% stijgen, kan worden overwogen een beroep te doen op paragraaf 47 UAV 1989 of op het Burgerlijk Wetboek.
20. Hieronder wordt op beide mogelijkheden nader ingegaan.

Verrekening meerwerk als UAV 1989 van toepassing is

21. Op overeenkomsten van aanneming van werk worden vaak de UAV 1989 – onlangs vervangen door de UAV 2012- van toepassing verklaard. Paragraaf 47 lid 1 UAV, kostenverhogende omstandigheden, bepaalt het volgende.

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

22. De Raad van Arbitrage voor de Bouw en ook de burgerlijke rechter hebben meerdere keren geoordeeld dat, als het risico van prijsstijgingen van lonen en materialen tijdens de duur van het werk bij de aannemer is gelegd, dit niet betekent dat de aannemer geen beroep meer kan doen op paragraaf 47 lid 1 UAV. Het is waarschijnlijk dat voor meerwerkrisico hetzelfde geldt en dat betekent dus dat, als het meerwerkrisico als gevolg van het vinden van meer asbest zich realiseert, de sloopaannemer een beroep op deze paragraaf kan doen.
23. Paragraaf 47 lid 1 UAV stelt de eis dat sprake moet zijn van een situatie die de kosten van het werk *aanzienlijk* verhogen. De kosten van het werk zijn uitgedrukt in de tussen partijen overeengekomen aanneemsom, zodat voor een beroep op paragraaf 47 UAV nodig is dat de aanneemsom *aanzienlijk* wordt verhoogd als gevolg van het realiseren van het meerwerkrisico.
24. Vertaald naar het meerwerkrisico als gevolg van het aantreffen van meer asbest, oordelen arbiters daarover als volgt.

Nu het risico bij de aannemer is neergelegd en deze het risico heeft aanvaard, kan de aannemer niet alle kosten als gevolg van het aantreffen, verwijderen en afvoeren van het extra aangetroffen asbest bij de opdrachtgever declareren. De sloopaannemer wordt geacht een *voorziening* te hebben getroffen om dit risico op te vangen, anders gezegd: hij wordt geacht een bepaalde hoeveelheid meerwerk te hebben begroot. Arbiters plegen deze *voorziening* vast te stellen op 10%, in dit geval van de hoeveelheid asbest waarmee de sloopaannemer in redelijkheid rekening had moeten houden. De eerste 10% overschrijding komt dus sowieso voor rekening van de aannemer. Vervolgens moeten de kosten die gemoeid zijn met het aantreffen, verwijderen en afvoeren van asbest dat boven voornoemde 10% uitkomt, een impact hebben op de aanneemsom van 5% of meer.

Voorbeeld

Indien de begrote hoeveelheid asbest 100 is, komt de overschrijding tot en met 110 voor rekening van de sloopaannemer. Alles wat boven de 110 uitkomt, moet een impact hebben van 5% of meer op de aanneemsom. Het gedeelte dat boven deze 5% uitkomt, kan de aannemer declareren bij zijn opdrachtgever; de eerste 5% blijft voor rekening van de aannemer.

25. Indien de sloopaannemer onderaannemer is, kan de situatie anders liggen. Dan kan voor de hoofdaannemer zich de situatie voordoen dat hij moet afrekenen met de sloopaannemer omdat als gevolg van het aantreffen van onverwacht meer asbest de onderaanneemsom met meer dan 5% is gestegen. Maar: omdat de hoofdaanneemsom vele malen hoger is dan de onderaanneemsom, zal de impact van de kostenstijging op de hoofdaanneemsom, uitgedrukt in een percentage, veel minder zijn en is er voor de hoofdaannemer geen grond voor verrekening.

26. Om dit te voorkomen bevatten de algemene voorwaarden van veel hoofdaannemers deze of een vergelijkbare clausule:

Opdrachtnemer komt uitsluitend beroep op vergoeding toe wegens kostenverhogende omstandigheden op basis van artikel 7:753 BW of, indien de UAV 1989 of de UAV-GC 2005 van toepassing is, het bepaalde in § 47 UAV 1989 respectievelijk § 44 UAV-GC 2005, in geval Opdrachtgever dat beroep ook heeft op de Principaal.

27. Indien de sloopaannemer met een dergelijke clausule akkoord is gegaan, zal hij nagenoeg altijd achter het net vissen en geen claim hebben op zijn hoofdaannemer. Hetzelfde geldt uiteraard als de sloopaannemer rechtstreeks met de opdrachtgever heeft gecontracteerd en in het contract een vergelijkbare clausule staat.

28. Het percentage van 5% is overigens niet onomstreden. Het Gerechtshof Den Haag heeft onlangs geoordeeld dat er geen reden is om de 5% norm als harde ondergrens te hanteren. Een open norm is volgens het Hof meer op haar plaats. Deze open norm dient aan de hand van alle omstandigheden van het geval, waaronder de mate waarin tegenover deze kostenstijging zich elders in het werk kostendalingen hebben voorgedaan, de uiteindelijke winstgevendheid van het gehele project en de mate van voorzienbaarheid van de kostenstijging te worden vastgesteld. Daarvoor is, zo oordeelt het Hof, advisering door deskundigen nodig.

29. Tot slot: paragraaf 47 lid 3 UAV stelt de eis dat, als de sloopaannemer van oordeel is dat sprake is van kostenverhogende omstandigheden, hij zijn opdrachtgever daarvan zo spoedig mogelijk schriftelijk op de hoogte moet stellen. Doet de sloopaannemer dat niet, dan wordt zijn claim niet gehonoreerd.

Verrekening meerwerk als UAV 1989 niet van toepassing is

30. Indien de UAV 1989 niet van toepassing zijn, geldt artikel 7:753 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek dat als volgt luidt.

Indien na het sluiten van de overeenkomst kostenverhogende omstandigheden ontstaan of aan het licht komen zonder dat zulks aan de aannemer kan worden toegerekend, zal de rechter op vordering van de aannemer de overeengekomen prijs geheel of gedeeltelijk aan de kostenverhoging kunnen aanpassen, mits de aannemer bij het bepalen van de prijs geen rekening heeft behoeven te houden met de kans op zulke omstandigheden.

31. Over dit artikel is nog nauwelijks rechtspraak. In zijn algemeenheid zijn auteurs die over dit artikel hebben geschreven van mening dat dit artikel voor de aannemer minder streng is dan paragraaf 47 UAV 1989, omdat dit artikel niet de eis stelt dat sprake moet zijn van een aanzienlijke verhoging van de kosten van het werk. Wel is terughoudendheid bij toepassing van dit artikel op zijn plaats. Uitgangspunt is en blijft immers wat partijen zijn overeengekomen. Ook bij dit artikel geldt de eis dat de sloopaannemer zijn opdrachtgever zo spoedig mogelijk moet hebben gewaarschuwd voor de prijsverhoging.

Eindconclusie

32. De eindconclusie is dat het is toegestaan dat een opdrachtgever bedingt dat de sloopaannemer het meerwerkrisico draagt, mits dit uitdrukkelijk wordt overeengekomen. De situatie zoals verwoord in de vraagstelling is niet verboden.

33. De enige weg om de negatieve gevolgen daarvan aan te vechten is, indien tussen de sloopaannemer en zijn opdrachtgever de UAV 1989 zijn overeengekomen, het beroep op paragraaf 47 UAV 1989. Daarbij zal de sloopaannemer altijd een stuk van het meerwerkrisico blijven dragen. Indien de UAV 1989 niet van toepassing zijn, moet een beroep worden gedaan op art. 7:753 lid 1 BW. Over dit artikel is nog geen relevante rechtspraak voorhanden. Wel staat vast dat ook bij toepassing van dit artikel de aannemer altijd een stuk van het meerwerkrisico blijft dragen.

34. Over het vraagstuk van het aantreffen van asbest waarbij sprake is van een wettelijk verplicht asbestinventarisatierapport waarin dit asbest niet is opgenomen, bestaat geen jurisprudentie. Om hierin duidelijkheid te krijgen zou een proefproces kunnen worden aangespannen in een concreet geval dat zich hiervoor leent.