

Verdeling meerwerkrisico's van verwijdering vooraf onbekende asbestbronnen

**Notitie** : 5VERAS-ABS.08717.N

**Auteurs** : mr. Koert Kroeze, mr. Serge Schuurman en drs. ing. A.D. Hol

**Voor** : leden en derden

**Datum** : 2 april 2015

**Betreft** : verdeling meerwerkrisico's van de verwijdering van vooraf onbekende asbestbronnen

---

## Inleiding

VERAS staat voor verantwoord opdrachtgever- en opdrachtnemerschap bij sloop en asbestverwijdering. Rondom dit thema worden door VERAS diverse activiteiten ondernomen. In deze notitie wordt specifiek ingegaan op de verdeling van de risico's van meerwerk voor de verwijdering van vooraf onbekende asbestbronnen. Deze notitie is geschreven in samenwerking met mr. Koert Kroeze (Daniels Huisman Advocaten) en mr. Serge Schuurman (Van GoudAdvocaten) die beiden gespecialiseerd zijn in aanbestedingsrecht en ervaring hebben in de slooppraktijk.

## Situatieschets

Leden van VERAS melden zich regelmatig bij het secretariaat over het vraagstuk met betrekking tot welke rechten en verplichtingen partijen naar elkaar toe hebben in het geval er onverwacht asbest wordt aangetroffen, terwijl in de tussen de sloopaannemer en opdrachtgever gesloten overeenkomst / aanbestedingsstukken het financiële risico daarvan geheel bij de sloopaannemer is neergelegd.

De tendens is dat in het bestek wordt voorgeschreven dat in de calculatie van een (onvolledige) inventarisatierapport (type A) dient te worden uitgegaan, waarbij dan wordt bepaald dat, indien tijdens de uitvoering extra asbest wordt aangetroffen, de verwijderingskosten daarvan voor rekening van de aannemer komen en niet -als meerwerk- zullen worden vergoed. Het komt zelfs voor dat de uitvoering van de aanvullende asbestinventarisatie moet worden gecalculeerd door de sloopaannemer, waarbij de daarin geconstateerde asbestbronnen dus niet voor verrekening in aanmerking komen.

In 2012 heeft VERAS aan haar leden een notitie verspreid, specifiek met betrekking tot de vraag of deze manier van risicoverlegging aanbestedingsrechtelijk aanvaardbaar is. De tijd heeft niet stil gestaan. Deze notitie schets de actuele ontwikkelingen. Indien gewenst kunnen VERAS leden deze notitie bij haar opdrachtgevers onder de aandacht brengen.

## Code verantwoord opdrachtgever- en opdrachtnemerschap (Sloopcode)

In 2014 heeft VERAS samen met diverse toonaangevende bestekschrijvers, ingenieursbureaus en directievoerders in de sloopbranche de Code Verantwoord Opdrachtgever- en Opdrachtnemerschap bij de Aanbesteding en Uitvoering van Sloopwerken opgesteld (hierna kortweg Sloopcode).

Verdeling meerwerkrisico's van verwijdering vooraf onbekende asbestbronnen

De Sloopcode bevat concrete uitgangspunten voor een verantwoord opdrachtgever- en opdrachtnemerschap. Deze code is weliswaar juridisch niet bindend, maar partijen spreken elkaar steeds vaker aan op deze wijze van zaken doen, zeker waar opdrachtgevers (moreel) gehouden zijn maatschappelijk verantwoord te ondernemen.

Voor wat betreft het onderhavige vraagstuk schrijft de code voor dat tussen partijen vooraf een regeling overeengekomen wordt over hoe om te gaan met risico's en onzekerheden tijdens de uitvoering van de sloopwerkzaamheden. Bepaald is dat een regeling waarin de kosten voor afwijkende situaties geheel voor rekening voor de sloopaannemer komen (afkoop), alleen overeengekomen wordt indien voor de sloopaannemer vooraf voldoende informatie voor handen is om de risico's reëel in te schatten.

Indien voldoende informatie ontbreekt zijn dergelijke risico-verleggende bepalingen in strijd met de code en dienen dergelijke bepalingen achterwege gelaten te worden in het bestek. Hieronder wordt ingegaan op de juridische positie indien zo'n bepaling desondanks toch wordt opgenomen.

### **Rechterlijke uitspraak: voor wiens risico zijn meerkosten asbestverwijdering?**

Onlangs is door de rechter in kort geding een uitspraak gedaan die aansluit bij bovenstaande bepaling uit de sloopcode. In deze zaak (zaaknummer C/08/163704 / KG ZA 14-368 d.d. 21 november 2014) stond de vraag centraal voor wiens risico en rekening de kosten van de sanering van het asbesthoudend materiaal komen die zijn geconstateerd in een type B asbestinventarisatie uitgevoerd na start van de werkzaamheden.

Bij de aanbestedingsdocumenten waren alleen de inventarisatierapporten type A gevoegd. Nog niet alle woningen waren echter geïnventariseerd, omdat een deel ten tijde van het onderzoek nog bewoond was. Volgens het bestek werd de aannemer geacht de kosten voor sanering van het asbest uit alle woningen in zijn prijsaanbieding mee te nemen. Nadat de bewoners waren vertrokken en de type B inventarisatie was gemaakt, bleek dat er zich in de woningen meer asbest bevond dan in de type A rapporten was vermeld.

De aannemer wenste vergoeding van het in de type B asbestinventarisaties aangetroffen extra asbest. De voorzieningenrechter achtte het van belang dat de aannemingsovereenkomst tot stand was gekomen na een meervoudig onderhandse aanbesteding en dat partijen dus niet hebben kunnen onderhandelen over het bestek. Hierdoor diende het bestek te worden uitgelegd aan de hand van het criterium wat de aannemer redelijkerwijs heeft moeten begrijpen en wat de opdrachtgever daaromtrent redelijkerwijs mocht verwachten.

De voorzieningenrechter oordeelde dat de aannemer in dit geval redelijkerwijs niet behoefde te verwachten dat de bij type B aangetroffen asbest zodanig zou afwijken van de bestekstukken als thans het geval was en dat het saneren van het extra asbest tot het aangenomen werk behoorde. Dit geldt aldus de rechter temeer omdat destructief onderzoek pas mogelijk was na inschrijving. In dit geval werd de opdrachtgever daarom veroordeeld om in kort geding een deel van het meerwerk als voorschot te vergoeden aan de aannemer, waarbij de voorzieningenrechter ervan uitging dat de opdrachtgever in een bodemprocedure in ieder geval een deel van het meerwerk aan de aannemer zal dienen te voldoen.

## **Argumenten waarom meerwerk asbest verrekenbaar kan zijn**

Ingeval er onverwacht asbest wordt aangetroffen en het risico daarvan in de overeenkomst volledig bij de aannemer is neergelegd, is het dus niet altijd zo dat op grond daarvan de aannemer die extra asbestbronnen zonder vergoeding dient te verwijderen. Hieronder volgt een opsomming van de meest aansprekende gronden die er toe kunnen leiden dat de aannemer niet met 'lege handen' staat.

- A. Bepalend is wat een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver ten aanzien van de omvang van het werk uit de aanbestedingsdocumenten mocht opmaken. De economische functie van het bestek brengt met zich mee dat een aannemer zich op de bruikbaarheid van de door de opdrachtgever verstrekte gegevens mag verlaten. Hierbij zal onder meer moeten worden beoordeeld of, een onzekerheidsmarge in acht genomen moet worden, en zo ja, hoe groot deze redelijkerwijs is. Zo kan aan de orde zijn het feit in hoeverre de aannemer bij inschrijving / offerte het bestaan van de extra asbestbronnen (aard en hoeveelheid) had kunnen en moeten voorzien.
- B. Bij de informatieplicht van de opdrachtgever kan zijn deskundigheid dan wel de deskundigheid van zijn adviseurs een rol spelen. De deskundigheid van de opdrachtgever kan een verdergaande informatieplicht voor het verstrekken van benodigde / noodzakelijke gegevens met zich meebrengen. Bij schending daarvan kunnen de gevolgen daarvan aan de opdrachtgever kunnen worden toegerekend.

Een aanwijzing voor het feit dat de opdrachtgever zich laat bij staan door een deskundige kan overigens worden gevonden in het feit dat de wet (Asbestverwijderingsbesluit 2005) voorschrijft dat door de opdrachtgever een asbestinventarisatierapport aan de opdrachtnemer moet worden overgelegd, opgesteld door een daartoe gecertificeerde deskundige (asbestinventarisatiebureau).

- C. Daar waar in de overeenkomst een bepaling is opgenomen dat alle risico's / aansprakelijkheid van al het aan te treffen asbest voor de aannemer zijn (exoneratiebeding), betekent dat nog niet dat verrekening van meerwerk volledig is uitgesloten. Bij overschrijding van het in het bestek omschreven asbest zal een arbiter of overheidsrechter het betreffende beding naar redelijkheid en billijkheid als onaanvaardbaar kunnen kwalificeren en de werking van dit beding kunnen beperken met alsnog verrekening van meerwerk en / of recht op termijnsverlenging tot gevolg (6:248 BW).
- D. De omstandigheid dat verrekening op meerwerk is uitgesloten, sluit een recht op bijbetaling niet per definitie uit. Volgens de systematiek van de UAV bestaat er immers een verschil tussen meerwerk en bijbetaling. Een aannemer heeft bijvoorbeeld recht op bijbetaling bij verschillen tussen de tijdens de uitvoering blijvende toestand van bestaande gebouwen, werken en terreinen enerzijds en de in het bestek, waaronder ook de nota van inlichtingen, aangeduide toestand anderzijds (§ 29-3 UAV).
- E. Tevens kan het aantreffen van extra asbest leiden tot kostenverhogende 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 een zodanige hoeveelheid extra asbest in het werk zou worden aangetroffen dat dit tot aanzienlijke verhoging van de kosten van het werk zou leiden (§ 47 UAV).

Verdeling meerwerkrisico's van verwijdering vooraf onbekende asbestbronnen

- F. Voorts zou het uitsluiten van verrekening op meerwerk dan wel een beroep op bijbetaling als een onredelijk beding kunnen worden aangemerkt wegens strijdigheid met het proportionaliteitsbeginsel en buiten toepassing worden verklaard. In het kader van een aanbesteding dienen namelijk paritair overeengekomen voorwaarden, zoals de UAV en UAV-gc, integraal te worden toegepast (Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit).

### **Afsluitend**

Kortom, als opdrachtgever afwijken van een evenwichtige risicoverdeling is niet zonder meer mogelijk en leidt veelal tot verharding van de onderlinge verstandhouding en een bepaalde vorm van schijnzekerheid bij een dergelijke opdrachtgever. Dat komt het bouwproces helaas veelal niet ten goede. Dat is een uitvloeisel van de door de opdrachtgever in het voorkomende geval gemaakte keuze op die wijze te contracteren.

Sloopaannemers dienen zich te realiseren dat er inmiddels in de praktijk ontwikkelingen zijn waardoor het niet vanzelfsprekend is dat de gevolgen van onverwacht asbest bij de aannemer worden neergelegd. Het beste is om te voorkomen dat er met dergelijke bepalingen wordt gecontracteerd. Voorkomen is immers beter dan genezen. Het is aan te raden om opdrachtgevers hierbij in de inlichtingenfase te wijzen. Maar een dergelijk beding desondanks wordt opgenomen, dient de aannemer te realiseren dat niet altijd de letterlijke tekst van het bestek of de overeenkomst leidend is.

Duidelijk is dat partijen gezamenlijk belang hebben bij een duidelijke en evenwichtige risicoverdeling, die aansluit bij de gekozen contractvorm. Dat is juist de aanleiding geweest voor VERAS om samen met diverse toonaangevende bestekschrijvers, ingenieursbureaus en directievoerders de Code Verantwoord Opdrachtgever- en Opdrachtnemerschap bij de Aanbesteding en Uitvoering van Sloopwerken op te stellen.

Zie voor meer informatie [www.sloopcode.nl](http://www.sloopcode.nl).