

Jurisprudentie – V. Aanneming van werk

TBR 2021/78

Hof Arnhem-Leeuwarden, 6 oktober 2020, 200.247.482, ECLI:NL:GHARL:2020:8022 (Meerwerk ziet op aanwezigheid asbest waaruit daadwerkelijk extra werkzaamheden of kosten voortvloeien)

(Mr. P.P.M. Rousseau, E.J. van Sandick, J.G.A. Struycken)

Meerwerk. Asbest. Uitvoering werkzaamheden. Stelplicht. Bewijslast. Kosten. Bestekswijzigingen. Opleverdatum

Met noot F. van Cassel - van Zeeland, Red.¹

De vaststaande feiten

3.1. Naar aanleiding van een aanbestedingsprocedure heeft de Gemeente het werk 'Circulair slopen Winklerlaan 369, 371 en 373' gegund aan Boverhoff voor een aanneemsom van € 220.000,00 exclusief BTW. Boverhoff heeft het werk op 1 mei 2015 aanvaard.

3.2. De werkzaamheden betroffen het slopen en afvoeren van de opstallen aan de Winklerlaan 369, 371 en 373 te Utrecht, een schoolgebouw (het voormalig Rietveld College) en twee dienstwoningen inclusief kelders en funderingen. De start van het werk is bepaald op 7 mei 2015 en de uiterlijke opleverdatum op 24 september 2015.

3.3. Op de overeenkomst van aanneming van werk zijn de Uniforme administratieve voorwaarden voor de uitvoering van werken en van technische installatiewerken 2012 (UAV 2012) van toepassing.

3.4. De Gemeente heeft in het kader van de aanbestedingsprocedure Checkpoint Milieu Consultancy B.V. te Emmen (hierna: Checkpoint) ingeschakeld voor de asbestinventarisatie.

3.5. Het werk is aan Boverhoff gegund op basis van het aanbestedingsbestek en de daarvan onderdeel uitmakende stukken, waaronder de door Checkpoint opgestelde asbestinventarisatierapporten van 30 april 2015 en 8 mei 2015 (zogenaamd type-A rapporten). Een Type A inventarisatie omvat een visuele inspectie naar de aanwezigheid van asbesthoudende materialen die direct waarneembaar zijn.

Het rapport van 30 april 2015 vermeldt onder meer:

*'MM09 [Materiaalmonster 9, hof]
Locatie: Rondom buitengevels kozijnen
Materiaal: Kit*

Hoeveelheid (circa): 1450 m¹ [streckende meters, hof]

In hetzelfde rapport wordt geadviseerd om, in het geval van sloop, een type B onderzoek uit te laten voeren naar verborgen asbesthoudende toepassingen. Bij het type B onderzoek gaat het om de inventarisatie van asbesthoudende materialen die niet direct waarneembaar zijn en waarbij destructief onderzoek moet plaatsvinden.

3.6. In de Open Begroting Circulair slopen Winklerlaan 369, 371 en 373 is, voor zover hier van belang, onder de post asbestsanering MM9 uitgegaan van de sanering van 1.450 meter kit rondom buitengevels kozijnen voor een eenheidsprijs van € 30,00 per meter.

3.7. Op 18 mei 2015 heeft Checkpoint een asbestinventarisatieonderzoek type B uitgevoerd. Daarvan is op 2 juni 2015 een rapport uitgebracht waaruit blijkt dat een aantal asbesthoudende bronnen is aangetroffen, die tijdens de visuele inspectie (Type-A onderzoek) niet was ontdekt. Het rapport vermeldt onder meer:

'Bron nr. Naam ruimte Bron Monster

[...]

8 Gevelkozijnen Beglazingskit MM07

9 Binnenkozijnen Beglazingskit MM08

10 1e verdieping school Kit MM09

En:

'Bron nr. Ruimte Bron [...] Hoeveelheid

[...]

8 Gevelkozijnen Beglazingskit 1x3000 m¹

9 Binnenkozijnen Beglazingskit 1x85 m¹

10 1e verdieping school Kit 1x300 m¹

tussen de gevelkozijnen

[...]

3.8. In een achteraf opgestelde verklaring, verklaart Polman, deskundig inventariseerder asbest van Checkpoint Milieu Consultancy B.V., hierover:

'In een bespreking op 1 juni 2015 om 7.00 uur 's ochtends met de heer [A] van Boverhoff op het kantoor van Boverhoff in Heerde hebben wij toen het aantal meter beglazingskit afgestemd, ik heb tijdens dat overleg gebeld met mijn toenmalige medewerker de heer [B], die de B-rapportage had opgesteld. Hij gaf aan dat er ongeveer 10 meter beglazingskit was per kozijn. De meeste kozijnen hadden dezelfde afmetingen, sommige waren wat groter en sommige waren wat kleiner. We zijn daarom uitgegaan van een gemiddeld kozijn en dat waren er dus 284 in totaal. Het totaal aantal m¹ beglazingskit is dan 284 X 10m¹ = 2840m¹, afgerond 3.000 m¹. Een set van 3 bovenramen en 3 onderramen was één kozijn, zoals op bijgaande foto's te zien

¹ Frank van Cassel - van Zeeland is advocaat te Houten.

is [...] *Er zijn in het gebouw in totaal 284 kozijnen, die zitten in het hele gebouw aan alle zijden en op alle verdiepingen. De heer [A] was het daar mee eens. [...]*

3.9. Op 17 juni 2015 schreef Boverhoff aan de Gemeente dat er, gelet op het op 2 juni uitgebrachte rapport naar aanleiding van het type B onderzoek, sprake is van een aanzienlijke afwijking met gevolgen voor de voorgeschreven duurzaamheidsaspecten en -verplichtingen. Zij schreef onder meer:

'[...]De voor nu vast te stellen consequenties zijn als volgt:

A. Meerkosten van asbestverwijdering, verrekening van werkelijke hoeveelheden t.o.v. tot dan toe toegepaste hoeveelheden (zie nota);

B. Meerkosten noodzakelijke voorzieningen om te voorkomen dat verspreiding van asbesthoudende kit naar binnen plaatsvindt consequentie dat e.e.a. niet in containment behoeft te worden gesaneerd;

C. Extra uitvoeringsduur asbestsanering; gevolg kosten dat sloopmachines niet kunnen worden ingezet op moment dat deze reeds waren ingepland;

D. Gewijzigde uitvoeringsmethode en periode van het strippen en de totaalsloop van het gebouw;

E. Extra uitvoeringsduur complete werk, extra termijn inzet bouwplaatskosten;

F. Duurzaamheidsverplichtingen niet na kunnen komen t.o.v. doorgecontracteerde ketenpartners verkoop duurzaam hergebruik (met tijdig kunnen leveren van verkochte materialen, doorcontracteren aansprakelijkheid);

G. Prijsfluctuatie risico's voor kostprijsbepalende hoofdtens vanuit onze basisovereenkomst, voor zowel ferro, non-ferro's en o.a. acceptatiekosten afvalstromen waaronder puin;

H. Kosten voor risicobeheersing, voorkomen dat glas met asbestkit wordt ingegooid waardoor mogelijk risico op containment situatie (besmettingsrisico) zou kunnen ontstaan.

Planning, uitstel van oplevering:

Bij uiterlijke schriftelijke prijsovereenstemming afwijkingen op 26-06-2015 kunnen wij de totale werkzaamheden opleveren op 27 november 2015 (eind week 48) [...]

3.10. Op dezelfde dag zond Boverhoff de Gemeente ook een meerwerkofferte ten bedrage van € 375.126,40, inclusief 10% aannemersprovisie. Daarin staat ook:

'Om misverstanden te voorkomen noemen wij hieronder de werkzaamheden/leveringen welke niet in deze prijsaanbieding zijn inbegrepen:

[...]

Overige extra niet geïnventariseerde asbesthoudende materialen.'

3.11. Na nog een onderzoeksrapport (in verband met door Checkpoint uitgevoerd aanvullend onderzoek) van 1 juli 2015 schreef Boverhoff aan de Gemeente op 8 juli 2015 (per e-mail voorafgaand aan een bespreking) dat zij de meerkosten berekent op een bedrag van € 38.932,00 waarbij Boverhoff heeft opgemerkt dat

condities, voorwaarden en uitgangspunten gelijk zijn aan het voorstel van 17 juni 2015.

Daarbij zat een afrekenstaat en die bevat de opmerking:

'Beglazingskit gevelkozijnen:

Extra geveldelen ingetekend.

Op ons verzoekt hoeveelheden niet opnieuw onderzocht

Op basis van type A en B rapport moet er 3000 m1 beglazingskit zitten

Aan de hand van de vrijgaven zullen wij de m1 beglazingskit > 3000 m1 verreken a € 30,- p/m1 excl. staartkosten'

Voor kit rondom gevelkozijnen is een vergelijkbare opmerking gemaakt. Hier is op basis van het type A en B rapport uitgegaan van 1.750 m1 en is vermeld dat aan de hand van de vrijgaven de eventuele extra meters kit verrekend worden tegen € 30,00 p/m1 excl. staartkosten.

3.12. Op 9 juli 2015 heeft Boverhoff een financieel eindvoorstel/meerwerkofferte uitgebracht. De uit te voeren werkzaamheden omvatten :

'[...]

- Saneren van asbesthoudende materialen zoals exact in aantallen, hoeveelheden en bevestiging/ toepassing omschreven in het TYPE-B asbestinventarisatierapporten opgesteld en uitgevoerd door Checkpoint Milieu Consultancy CMC-1503-0320 d.d. 2 juni 2015 en CMC-1507-0727 d. d. 1 juli 2015. [...].'

Niet inbegrepen zijn 'Overige niet omschreven mogelijk nog aanwezige risico's'.

Ook bevat de offerte de tekst:

'Onderstaande zaken dienen nog nader te worden afgeprijsd en afgestemd en maken géén onderdeel uit van onderhavige prijsaanbieding. Deze dienen door opdrachtgever als meerwerk te worden vergoed of te worden vastgesteld dat opdrachtgever Gemeente Utrecht hiervoor het hoofdelijk risico aanvaard gedurende de volledige uitvoeringsduur van de hoofd- en aanvullende opdracht. [...]

• Prijsfluctuatie risico schroot, non-ferro en meerkosten afvalstromen (PM-post, nader te bepalen vast te stellen) [...]

Die offerte is namens de Gemeente voor akkoord getekend.

3.13. Bij brief van 14 september 2015 heeft Boverhoff de Gemeente een aanvullende prijsaanbieding gedaan voor het saneren van extra niet geïnventariseerd asbest, als opleverdatum staat daarin genoemd: '18 december 2015 (eind week 51)' De Gemeente ging akkoord met die opleverdatum.

3.14. Het verslag van het werkoverleg op 26 november 2015 vermeldt:

'[...]

Er zijn nog meer asbestkit elementen tevoorschijn gekomen [...] deze werkzaamheden zullen de planning doen uitlopen geeft EZ [Boverhoff, hof] aan, deze werkzaamheden dienen in de aangegeven planning te worden gerealiseerd uitloop is onacceptabel. Eind februari 2016 opleveren. De werkzaamheden lopen niet

geheel op planning, EZ zal moeten opschalen met meer asbest sanerders cq uitvoeren personeel. Op dit moment is er aanzienlijke opschaling van uitvoerend personeel waar te nemen. [...] Er is een nieuwe planning opgesteld strakke opleverdatum is eind februari 2016.' Dezelfde planning wordt herhaald in de werkverslagen van 10 december 2016 en 7 januari 2017.

3.15. In april 2016 zond Boverhoff aan de Gemeente een meerwerkfactuur van € 425.000,00 en € 87.000,00. Deze factuur was gebaseerd op de volgens Boverhoff werkelijk verwijderde en afgevoerde asbesthoudende kit rondom de gevelkozijnen 'conform eindcontroles Find'. Het ging daarbij, aldus Boverhoff, over de volgende geconstateerde hoeveelheden:

'MM09 kozijnenkit:

Document aantal in m1

0945 1.290

1031 1.120

1093 1.620

4756 80

4521 12

4579 196

4622 80

Totaal: 4.398

Conclusie MM9:

In onze opdracht dienen wij bij MM09 (type A) in totaal 1.450 m1 en bij MM09 (type B) in totaal 300 m1 asbesthoudende kit rondom de gevelkozijnen te saneren en af te voeren. In werkelijkheid is 4.398 m1 verwijderd en afgevoerd. Dit is een verschil van 2.648 m1. Welke wij als meerwerk bij u indienen op basis van de in de overeenkomst vermelde eenheidsprijs van a € 30,- p/ml excl. btw. en excl. 10% aannemersprovisie.

De meerprijs voor het saneren en afvoeren van deze extra 2.648 ml. asbesthoudende kit rondom de gevelkozijnen bedraagt excl. BTW € 79.559,= Totaal excl. BTW, € 79.440,=, incl. 10% € 87.384,= Afronding meerprijs excl. BTW en incl. 10% aannemersprovisie € 87.000,= [...]

En:

MM07 beglazingskit

Document aantal in m1

0945 4.800

1031 4.200

1093 5.675

4756 518

4521 240

4579 176

4622 262

Totaal: 15.871

[...]

Conclusie MM7:

In onze opdracht dienen wij bij MM7 (type B) in totaal 3.000 m1 asbesthoudende beglazingskit uit de gevelkozijnenkit te saneren en af te voeren. In werkelijkheid is 15.871 m1 verwijderd en afgevoerd. Dit is een verschil van 12.871 ml. welke wij als meerwerk bij u indienen op basis van de in de overeenkomst vermelde eenheidsprijs van a € 30,= p/ml excl. btw. en excl. 10% aannemersprovisie.

De meerprijs voor het saneren en afvoeren van deze extra 12.871 m1. Asbesthoudende beglazingskit uit de gevelkozijnen bedraagt excl. BTW € 386.130,= Totaal excl. BTW, € 386.130,= incl. 10% € 424.743,=

Als bijlagen bij deze meerwerkfactuur zijn certificaten van Find Inspecties & Analyse (hierna: Find) bijgevoegd, met telkens de kop 'Visuele eindcontrole na asbestverwijdering.' En daaronder: 'Doel van het onderzoek

De visuele eindcontrole heeft plaatsgevonden na het verwijderen van asbesthoudende materialen binnen- en/of buitensituatie. Het onderzoek had tot een doel vast te stellen of er nog visueel waarneembare restanten van het verwijderde asbesthoudende materiaal aanwezig waren. Find inspecties & Analyses is voor deze verrichting RVA-inspecties geaccrediteerd onder nummer I-224.'

3.16. Het werk is op 11 juni 2016 (standpunt van Boverhoff) of op 13 juni 2016 (standpunt van de Gemeente) opgeleverd.

3.17. In brieven 6 en 15 juli 2016 heeft de Gemeente betwist (onder meer) de verschillende meerwerkfacturen verschuldigd te zijn.

Het geschil en de beslissing in eerste aanleg

4.1. Na vermeerdering van eis vorderde Boverhoff veroordeling van de Gemeente tot:

- I. betaling van een bedrag van € 425.000,00 + btw, ter zake meerwerk beglazingskit, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente vanaf 8 juli 2016, althans vanaf de dag der dagvaarding, tot aan de dag der algehele voldoening;
- II. betaling van een bedrag van € 87.000,00 + btw, ter zake meerwerk gevelkit, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente vanaf 8 juli 2016, althans vanaf de dag der dagvaarding, tot aan de dag der algehele voldoening;
- III. betaling van een bedrag van € 369.778,75 + btw, ter zake de afrekenstaat van 25 mei 2016, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente vanaf 8 juli 2016, althans vanaf de dag der dagvaarding, tot aan de dag der algehele voldoening;
- IV. betaling van een bedrag van € 6.720,00 + btw, ter zake de post tanksanering, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente vanaf 8 juli 2016, althans vanaf de dag der dagvaarding, tot aan de dag der algehele voldoening;
- V. betaling van een bedrag van € 7.000,00 + btw, ter zake de slottermijn van de aanneemsom, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente vanaf 8 juli 2016, althans vanaf de dag der dagvaarding, tot aan de dag der algehele voldoening;
- VI. betaling van een bedrag van € 6.775,00, ter zake buitengerechtigde incassokosten, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente indien dit bedrag door de Gemeente niet is voldaan binnen veertien

dagen na dit vonnis, en tot aan de dag der algehele voldoening;

VII. betaling van de volgens het gebruikelijke tarief te begroten bijdrage in de proceskosten, daaronder begrepen een post voor nasalaris;

VIII. betaling van een bedrag van € 15.000,00 + btw, ter zake termijn 10 uitvoering sloop, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente vanaf 30 juni 2016, althans vanaf 29 september 2017, tot aan de dag der algehele voldoening.

4.2. Na vermindering van eis vorderde de Gemeente veroordeling van Boverhoff tot betaling van een bedrag van € 84.343,05 inclusief btw, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente te berekenen vanaf 26 april 2017 tot aan de dag der algehele voldoening, en tot betaling van de proceskosten en de nakosten, te vermeerderen met wettelijke rente.

4.3. Partijen hebben over en weer verweer gevoerd.

4.4. De rechtbank heeft bij vonnis van 16 mei 2018 in conventie de Gemeente veroordeeld tot betaling van € 636.874,75 ((ter zake van vordering I € 425.000,00 + ter zake van vordering II € 87.000,00 + ter zake van vordering III € 102.874,75 + ter zake van vordering V € 7.000,00 + ter zake van vordering VIII € 15.000,00), exclusief btw) in hoofdsom, te vermeerderen met wettelijke handelsrente en tot betaling van € 6.000,84 (inclusief btw) aan buitengerechtelijke incassokosten, met veroordeling van de Gemeente in de proceskosten. In reconventie heeft de rechtbank Boverhoff veroordeeld tot betaling van € 22.000,00 te vermeerderen met de wettelijke handelsrente, met veroordeling van Boverhoff in de proceskosten.

De motivering van de beslissing in principaal hoger beroep

5.1. De Gemeente komt met negen grieven op tegen de veroordeling om een bedrag van € 425.000,00 te betalen aan Boverhoff (vordering I onder 4.1). Het hof zal deze grieven gezamenlijk behandelen.

5.2. Boverhoff baseert haar vordering op de in de afrekenstaat van 8 juli 2015 opgenomen bepaling: '*Aan de hand van de vrijgaven zullen wij de m1 beglazingskit > 3000 m1 verreken a € 30,- p/m1 excl. staarkosten*' (zie hiervoor 3.11). Boverhoff heeft op basis van de vrijgaven, dat wil zeggen de rapportages van Visuele eindcontrole na asbestverwijdering van Find, een bedrag van (afgerond) € 425.000,00 in rekening gebracht. De rapportages van Find gaan immers uit van 15.871 m1 asbesthoudende beglazingskit, aldus Boverhoff.

5.3. De Gemeente betwist dat Boverhoff aanspraak kan maken op het gevorderde bedrag aan meerwerk. Volgens haar is het aantal strekkende meters aan de hand waarvan Boverhoff het meerwerk heeft berekend, niet juist. Uit niets blijkt dat (of op welke wijze) Find heeft kunnen vaststellen hoeveel meters asbesthoudende begla-

zingskit is verwijderd. Zelfs als al juist is dat er ruim 15.000 m1 asbesthoudende beglazingskit in de kozijnen heeft gezeten, heeft dat niet geleid tot meer kosten of meer werkzaamheden voor Boverhoff dan de meerwerkzaamheden en meerwerkkosten die reeds waren overeengekomen naar aanleiding van de aanvullende onderzoeken van Checkpoint, zodat Boverhoff - volgens de Gemeente - geen aanspraak kan maken op betaling.

5.4. Het hof overweegt als volgt. Het gaat om de vraag of Boverhoff recht heeft op meerwerk in verband met de door haar gestelde extra verwijderde asbesthoudende kit op basis van de meerwerkbepaling in de afrekenstaat van 8 juli 2015 zoals vermeld in overweging 3.11. Om vast te stellen of Boverhoff op basis van die contractuele meerwerkbepaling recht heeft op betaling van (afgerond) € 425.000,00 moet die bepaling worden uitgelegd. De uitleg van de bepaling van een overeenkomst moet door de rechter worden vastgesteld aan de hand van hetgeen partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen overeenkomstig de zin die zij daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mochten toekennen, hebben afgeleid en van hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.

5.5. Het hof acht allereerst van belang dat de prijs van € 30,00 per strekkende meter asbesthoudende kit tot stand is gekomen op basis van een circulaire wijze van slopen, waarbij de asbesthoudende kit van de gevel/kozijnen zou worden geschrapt/verwijderd en de 284 kozijnen zouden kunnen worden hergebruikt.

De meerwerkbepaling is opgenomen naar aanleiding van de constatering door Checkpoint dat bij de 284 kozijnen meer asbesthoudend materiaal is aangetroffen. Daarbij zijn die door Checkpoint berekende extra strekkende meters ook begroot tegen de prijs die was overeengekomen voor circulair slopen. De Gemeente mocht verwachten - en dat heeft Boverhoff ook moeten verwachten - dat de eventueel extra te verrekenen meters beglazingskit zien op de aanwezigheid van beglazingskit waaruit voor Boverhoff daadwerkelijk extra werkzaamheden of kosten zouden voortvloeien. Over en weer mochten partijen niet van elkaar verwachten dat de enkele aanwezigheid van meer asbest in de kozijnen, ook als dat niet of slechts beperkt tot extra werkzaamheden of kosten zou leiden, Boverhoff recht zou geven op betaling als meerwerk tegen een (op basis van circulaire sloopwijze) berekende prijs van € 30,00 per strekkende meter.

5.6. Uit de verklaring van Checkpoint (zie 3.8) blijkt dat in het gebouw 284 kozijnen zaten en dat in alle kozijnen asbesthoudende beglazingskit aanwezig was. Vast staat dat die 284 kozijnen allemaal met een grijper zijn verwijderd. Met het verwijderen van kozijnenkit kunnen ook extra werkzaamheden gemoed zijn, zoals het verwijderen van restanten asbest die achtergebleven

zijn na verwijdering in het kozijn, maar dat meerwerk, dat ziet op kozijnenkit, is betaald, tegen de daarvoor overeengekomen prijs van € 30,00 p/m¹.

5.7. Niet gesteld is - laat staan te bewijzen aangeboden - dat de beglazingskit (in de factuur aangeduid als MM7 'asbesthoudende beglazingskit uit de kozijnen') zich buiten deze kozijnen bevond. Dat wil zeggen dat ook deze beglazingskit aanwezig was in de kozijnen die in één werkgang met een grijper zijn verwijderd en vervolgens zijn afgevoerd. Niet is onderbouwd dat de aanwezigheid van meer beglazingskit in de verwijderde kozijnen extra werkzaamheden of kosten hebben veroorzaakt, laat staan kosten die een prijs van € 30,00 per meter rechtvaardigen. De door Boverhoff beschreven werkwijze is namelijk hetzelfde voor ieder kozijn waar (enige) asbesthoudende kit in aanwezig was. Er moest door Boverhoff al rekening gehouden worden met de aanwezigheid van 3.000 m¹ beglazingskit verspreid over alle 284 kozijnen (oorspronkelijk gingen de Gemeente en Boverhoff immers uit van 10 m¹ asbesthoudende beglazingskit per kozijn, conform het B-onderzoek van Checkpoint). Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt niet in te zien dat meer asbesthoudende beglazingskit - in dezelfde kozijnen - tot een andere werkwijze of extra handelingen heeft geleid. Immers werd steeds het hele kozijn, met glas, onder asbestcondities met een kraan uit de muur getrokken en vervolgens afgevoerd. Bij een en ander betreft het hof dat de tussen de Gemeente en Boverhoff overeengekomen (meerwerk)prijs was overeengekomen op basis van een circulaire wijze van slopen. De door de Gemeente ingeschakelde deskundige ir. J. T. Bresters van bureau Witteveen+Bos komt ook tot een onderbouwde conclusie dat *'Indien wordt uitgegaan van de uitvoeringswijze zoals deze in werkelijkheid door Boverhoff is gevolgd'* de meerkosten niet te relateren zijn aan de aanwezigheid van meer asbesthoudende beglazingskit. Volgens deze deskundige hebben de bestekwijziging en de daaruit voortvloeiende wijziging van de wijze van slopen geleid tot aanzienlijke minderkosten voor arbeid en beperkte meerkosten als gevolg van het niet kunnen verkopen maar als afval storten van de kozijnen. Door Boverhoff is over de werkzaamheden aangevoerd *'Het maakt een wezenlijk verschil of je een werkwijze hebt met alleen gevelkit of een kozijn hierin met beglazingskit met asbest.'* Dat de aanwezigheid van asbest ook in een kozijn uitmaakt, is evident. Maar dat daaruit naast de reeds op basis van die bevinding begrote meerwerkkosten nog extra kosten ad € 425.000,00 in rekening kunnen worden gebracht is, gelet op de wijze waarop is gesloopt, niet onderbouwd. Integendeel, de in opdracht van de Gemeente door Bos+Witteveen uitgebrachte rapporten acht het hof transparant en inzichtelijk en de bevindingen en conclusies in die rapporten zijn door Boverhoff niet, althans onvoldoende gemotiveerd betwist. Ook de certificaten van Find geven voor het hof niet het bewijs dat er meerwerk is verricht nu deze

slechts verslag doen van een visuele eindinspectie nadat het asbesthoudende materiaal verwijderd was en, zoals het hof hiervoor heeft overwogen, daaruit gelet op de wijze van slopen geen meerwerkkosten zijn voortgevloeid, dan die reeds tussen partijen waren overeengekomen naar aanleiding van de onderzoeken door Checkpoint. Het bewijsaanbod van Boverhoff ten aanzien van de juistheid van deze, volgens Boverhoff, door Find vastgestelde hoeveelheden extra aangetroffen asbesthoudende kit wordt gelet op al hetgeen hiervoor is overwogen als niet ter zake dienend gepasseerd. Boverhoff stelt dat zij forse meerwerkkosten heeft gehad naast de reeds begrote meerwerkkosten en dat de prijs van € 30,00 per m¹ gerechtvaardigd was voor de aangetroffen extra asbesthoudende kit naast de reeds begrote hoeveelheden. Die stelling onderbouwt zij echter onvoldoende: onduidelijk is om welke werkzaamheden het zou gaan en onduidelijk is welke kosten daarmee gemoeid zouden kunnen zijn. Het hof komt bij gebrek aan voldoende onderbouwing niet toe aan bewijslevering op dit punt.

Door Boverhoff is nog aangevoerd dat Checkpoint kennelijk van een onjuist aantal strekkende meters asbesthoudende kit is uitgegaan en dat die fout voor rekening van de Gemeente komt als de opdrachtgever van Checkpoint. Hiervoor heeft het hof reeds geoordeeld dat gelet op alle feiten en omstandigheden niet is gebleken dat het mogelijk hoger aantal strekkende meters aan verwijderde asbesthoudende kit heeft geleid tot verrekenbaar meerwerk, zodat deze stelling van Boverhoff als niet ter zake dienend wordt gepasseerd. Het door Boverhoff gedane bewijsaanbod dat zij Checkpoint erop zou hebben gewezen dat het aantal strekkende meters niet zou kloppen (MvA pagina 8 en 9), wordt om diezelfde reden gepasseerd.

5.8. Het hof gaat er daarom vanuit dat de ruim 12.000 m¹ extra aangetroffen asbesthoudende beglazingskit (zo daar al sprake van is, aangezien de Gemeente dat betwist) niet heeft geleid tot meerwerk voor Boverhoff naast het reeds begrote meerwerk in de afrekenstaat van 8 juli 2015 en daarom is de meerwerkvordering van Boverhoff niet toewijsbaar. De vordering van Boverhoff tot betaling van € 425.000,00 moet worden afgewezen en de grieven slagen op dit punt.

5.9. Het hof komt zodoende niet toe aan de behandeling van de overige grieven in principaal hoger beroep.

De motivering van de beslissing in incidenteel hoger beroep

6.1. In incidenteel hoger beroep komt Boverhoff met twee grieven op tegen afwijzing van verschillende onderdelen van haar vorderingen en tegen de toewijzing van de vordering van € 22.000,00 in reconventie. Het hof zal hierna de verschillende posten afzonderlijk bespreken. meerprijs acceptatiekosten puin (€ 38.925,00)

6.2. Boverhoff stelt dat in de oorspronkelijke offerte een prijs van € 3,00 per ton puin staat genoemd. De uiteindelijke kosten bedragen, aldus Boverhoff, € 6,25 per ton puin. Het verschil ad € 38.925,00, vordert Boverhoff als schadevergoeding. Boverhoff onderbouwt echter niet dat deze extra kosten voor de afvalstroom het gevolg zijn van een prijsstijging in de periode gelegen na de oorspronkelijke opleverdatum. Het hof kan daarom niet vaststellen dat er sprake is van schade als gevolg van (eventueel) aan de Gemeente toe te rekenen vertraging. Daarbij komt dat niet is gesteld, laat staan komen vast te staan, dat Boverhoff, de vertraging weggedacht, een prijs lager dan € 6,25 per ton zou hebben betaald. De enkele omstandigheid dat de uiteindelijke kosten hoger waren dan het uitgangspunt van de offerte is daartoe onvoldoende. Het had op de weg van Boverhoff gelegen om met objectieve gegevens over de prijsontwikkeling van kosten van afvalverwerking te onderbouwen dat sprake was van de door haar gestelde fluctuaties. Die duidelijkheid is niet verschaft. Aldus heeft Boverhoff niet voldaan aan haar stelplicht en is voor bewijslevering geen plaats. Deze vordering is terecht afgewezen en dit deel van de grief faalt. meerprijs prijsfluctuatie schroot, (€ 122.355,00)

6.3. Boverhoff stelt dat het schrootmetaal bij verkoop uiteindelijk € 122.355,00 minder opgebracht heeft: in plaats van de in de offerte begrote opbrengst van € 450,00 per ton, heeft zij uiteindelijk slechts een opbrengst van € 145,00 per ton gerealiseerd. Het verschil vordert zij als schade van de Gemeente. Het hof stelt voorop dat - net zoals dat geldt voor de kosten van het puin - een verschil tussen de begrote opbrengst in de offerte en de werkelijk gerealiseerde opbrengst (of betaalde kosten) in beginsel voor rekening van de opdrachtnemer komt. Alleen als anders is overeengekomen of de mindere opbrengst het gevolg is van vertraging die toegerekend kan worden aan de Gemeente, kan er een grond zijn voor betaling als meerwerk. Nu ook hier Boverhoff dat niet onderbouwt, maar slechts wijst op het verschil tussen de door haar in de offerte als uitgangspunt begrote opbrengst en de gerealiseerde opbrengst, heeft Boverhoff niet voldaan aan haar stelplicht en is voor bewijslevering geen plaats. Deze vordering is terecht afgewezen en dit deel van de grief faalt.

verkoop sloophandel, non ferro en diversen in het kader van duurzaamheden, (€ 53.000,00 en € 20.400,00)

6.4. Boverhoff heeft een bedrag van € 53.000,00 in mindering gebracht in haar offerte, omdat zij met een derde een overeenkomst had, die inhielt dat die derde voor € 53.000,00 herbruikbare zaken uit de te slopen gebouwen zou overnemen. Zelfs als juist is dat Boverhoff die overeenkomst niet volledig kon nakomen als gevolg van de aanwezigheid van eerder onontdekt asbest, is niet onderbouwd (bijvoorbeeld aan

de hand van een onderverdeling van de materialen en de gangbare opbrengst daarvan) dat het totale bedrag van € 53.000,00 als meerwerk voor vergoeding in aanmerking komt. Overigens merkt het hof op dat bij de begroting van het meerwerk naar aanleiding van de nadere rapporten van Checkpoint door Boverhoff is verdisconteerd dat sprake zou zijn van minder herbruikbare zaken. Deze vordering is terecht afgewezen en dit deel van de grief faalt.

6.5. Dat als gevolg van de aanwezige asbest de kozijnen niet hergebruikt konden worden, maar als puin zijn afgevoerd, is niet betwist. De Gemeente voert echter aan dat de kozijnen circa 165 ton hebben gewogen. Boverhoff heeft daartegen geen verweer gevoerd. De oorspronkelijke factuur van Boverhoff ging uit van een prijs van € 85,00 per ton puin. Daartegen is door de Gemeente onvoldoende verweer gevoerd. Bij een prijs van € 85,00 per ton komen de meerkosten zodoende uit op € 14.025,00. Voor zover de Gemeente betoogt dat dat bedrag al is voldaan, is dat verweer niet voldoende onderbouwd omdat een concrete verwijzing naar factuur en betaling ontbreekt. Het hof acht daarom het bedrag van € 14.025,00 aan meerkosten, toe te rekenen aan de aanwezigheid van meer en onontdekt asbest, toewijsbaar. Voor zover er meer puin is afgevoerd, is niet gesteld dat en zo ja, op welke wijze dat puin te relateren is aan de aanwezigheid van eerder onontdekt asbest. Aan bewijslevering komt het hof op dit punt daarom niet toe. Deze vordering zal worden toegewezen en de grief slaagt zodoende gedeeltelijk.

2e omzetting puinbult (€ 11.840,00)

6.6. Boverhoff vordert een bedrag van € 11.840,00 omdat zij in opdracht van de Gemeente een puinbult heeft verplaatst. Volgens Boverhoff ligt het niet in haar risicosfeer dat de bult verwijderd moest worden en is er sprake van meerwerk. Het hof overweegt dat verwijdering van het puin onderdeel was van de overeenkomst en dat niet in geschil is dat de puinbult een belemmering vormde voor andere werkzaamheden en dat het puin daarom afgevoerd moest worden. Gelet op al die omstandigheden is door Boverhoff onvoldoende onderbouwd dat de opdracht om de puinbult te verwijderen meerwerk is, ten opzichte van de oorspronkelijke opdracht. Deze vordering is terecht afgewezen en dit deel van de grief faalt.

meerkosten stilstand stelplaten. (€ 1.750,00)

6.7. Boverhoff stelt dat het werk enige tijd heeft stilgelegen in verband met stelplaten waarin mogelijk asbest aanwezig was. Dat bleek uiteindelijk niet het geval. Door Boverhoff is onvoldoende onderbouwd waarom -gegeven dat bekend was dat er asbest aanwezig was in het te slopen pand- kosten als gevolg van vertraging door onderzoek naar mogelijk meer asbest als meerwerk mogen worden verrekend. De grondslag van de

vordering is derhalve onvoldoende onderbouwd. Deze vordering is terecht afgewezen en dit deel van de grief faalt.

Vertragsboete

6.8. De Gemeente vordert een bedrag van € 22.000,00 aan boete wegens het te laat opleveren van het project. Zij stelt dat die bevoegdheid is ontstaan doordat het project niet op 1 mei 2016 is opgeleverd. Een opleverdatum dienen partijen echter overeen te komen: de Gemeente kan als opdrachtgever niet eenzijdig een opleverdatum opleggen. De Gemeente beroept zich op de opleverdatum (en het overschrijden daarvan) en heeft daarom de stelplicht dat (en op welke wijze) partijen de opleverdatum van 1 mei 2016 zijn overeengekomen. De Gemeente heeft de korting aangezegd in een brief van 6 mei 2016. Die brief verwijst alleen naar de oorspronkelijk overeengekomen opleverdatum van 24 september 2015. Die datum gold op dat moment echter al niet meer als opleverdatum en kan ook niet gegolden hebben op dat moment, omdat gelet op de bestekwijzigingen en de voor rekening van de Gemeente komende omstandigheden, niet van de aannemer kon worden gevergd dat het werk binnen die overeengekomen termijn zou worden opgeleverd (paragraaf 7.5 UAV 2012). Het is voor het hof onvoldoende duidelijk welke overeengekomen opleverdatum de Gemeente stelt en welke onderbouwing zij daarvoor geeft. Daarom is haar vordering in reconventie niet toewijsbaar.

De slotsom

7.1. In het principaal hoger beroep slagen de grieven. Het bedrag van € 425.000,00 is niet toewijsbaar en het bestreden vonnis zal in zoverre worden vernietigd.

7.2. In eerste aanleg is de Gemeente in conventie veroordeeld tot betaling van € 636.874,75. In hoger beroep is komen vast te staan dat het bedrag van € 425.000,00 ten onrechte is toegewezen (zie overweging 5.8). Ook is komen vast te staan dat een bedrag van € 14.025,00 ten onrechte is afgewezen (zie overweging 6.5). In totaal is (van de vordering in conventie in eerste aanleg) daarom een bedrag van (€ 636.874,75 - € 425.000 + € 14.025,00 =) € 225.899,75 toewijsbaar. (*Enz., Red.*)

NOOT

Inleiding

1. Het belang van dit arrest zit in de beslissing van het Hof Arnhem-Leeuwarden dat een voorwaarde voor meerwerk is dat er ook daadwerkelijk extra werkzaamheden zijn uitgevoerd. Partijen gingen uit van een bepaalde hoeveelheid asbest. Die hoeveelheid is sterk overschreden, maar heeft niet geleid tot extra werkzaamheden aan de kant van de aannemer. De aannemer heeft dan ook geen recht op meerwerk.

Slopen is ook aanneming van werk

2. De werkzaamheden betreffen alleen sloopwerkzaamheden. Hoewel voor aanneming van werk het nodig is om een werk van stoffelijke aard tot stand te brengen, wordt ook bij het verwijderen van een werk van stoffelijke aard gesproken van aanneming van werk.² Als het slopen buiten dienstbetrekking gebeurt, en tegen betaling van een prijs, valt het onder de bijzondere overeenkomst 'Aanneming van Werk'.³ Een sloper kan derhalve aangeduid worden als aannemer. Op zich niet een vreemde redenering, daar de aannemer werkzaamheden van fysieke aard verricht op grond van de overeenkomst met zijn opdrachtgever en buiten dienstbetrekking. Veel verschil tussen bijvoorbeeld het aanbrengen van een bouwelement met een bouwkraan of het verwijderen van een bouwelement met een bouwkraan is er niet. In beide gevallen zijn het werkzaamheden met een bouwkraan. In beide gevallen zijn het ook bouwelementen die verplaatst worden. Dat in het ene geval de aannemer materiaal aanbrengt en in het andere geval materiaal verwijdert, lijkt niet echt een goed onderscheid op te leveren. De feitelijke werkzaamheden zijn immers nagenoeg gelijk. Ook slopen is aanneming van werk.

De casus

3. Het voormalig Rietveld College te Utrecht is gesloopt door aannemer Boverhoff. De bedoeling was om het schoolgebouw en de bijbehorende twee dienstwoningen circulair⁴ te slopen, waarbij de asbesthoudende kit van de gevel/kozijnen zou worden geschrapt/verwijderd en de kozijnen zouden kunnen worden hergebruikt. Op deze manier is de aanbestedingsprocedure ingestoken door de gemeente Utrecht, de opdrachtgever.

4. In de gebouwen is asbest aanwezig. Door de opdrachtgever wordt tijdens de aanbestedingsprocedure een asbestinventarisatie uitgevoerd. Dit gebeurt door een derde partij: Checkpoint Milieu Consultancy. Het betreft enkel een visuele inspectie.⁵ Uit dit onderzoek van 30 april 2015 komt naar voren dat er 1450 strekkende meter asbesthoudende kit aanwezig is rondom de kozijnen in de buitengevels. Op basis hiervan neemt de aannemer het werk aan voor het bedrag van € 220.000,00. De eenheidsprijs in de open begroting is € 30,00 per meter verwijderde kit. Het gaat hier om asbesthoudende kit rondom de kozijnen, dus tussen het kozijn en de omliggende muur.

5. Alvorens tot de daadwerkelijke sloop overgegaan wordt, worden destructieve onderzoeken gedaan naar

² Zie Hof Leeuwarden 24 januari 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV6686 alsmede Asser/Van den Berg 7-VI 2017/26.

³ Burgerlijk Wetboek, Boek 7, Titel 12 BW, art. 7:750-7:769.

⁴ De term circulair is geen vast begrip en wordt op veel manieren ingevuld. In ro. 5.5. benoemt het hof specifiek wat bedoeld is met het circulair slopen van de 284 kozijnen.

⁵ Het ging om een type A-onderzoek. Per 1 maart 2017 is de indeling van de verschillende soorten onderzoek aangepast en wordt het ook anders ingevuld, zodat het type A-onderzoek niet meer bestaat. Bij een type A-onderzoek werd er gebruikgemaakt van handgereedschap en was licht destructief onderzoek mogelijk indien nodig. In onderhavige situatie is blijkens het arrest kennelijk alleen visueel geïnspecteerd. Dit is verder niet relevant voor de bespreking, evenzo dat niet relevant is dat de indeling van asbestonderzoek is gewijzigd.

asbest. Deze onderzoeken worden wederom door Checkpoint Milieu uitgevoerd. Bij de onderzoeken wordt meer asbest aangetroffen. Er blijkt onder andere ook asbesthoudende beglazingskit aanwezig te zijn. Checkpoint Milieu vermeldt in totaal 3000 strekkende meter asbesthoudende beglazingskit in de gevelkozijnen. De aannemer biedt vervolgens een meerwerkofferte aan. Voor deze kit rekent de aannemer eveneens € 30,00 per meter, exclusief 10% aannemersprovisie, in totaal derhalve € 99.000,00. Gelet op de oorspronkelijke aannemsom van € 220.000,00 gaat het om een stevige hoeveelheid meerwerk. In het complex blijkt later echter nog meer asbest aanwezig te zijn. Nadat nogmaals een asbestonderzoek verricht is, brengt de aannemer een aangepaste meerwerkofferte uit. De opdrachtgever aanvaardt deze meerwerkofferte.

6. De aannemer start met het sloopwerk en komt nog meer onverwacht asbest tegen.⁶ Dit gebeurt enkele keren. Tegen het einde van het werk stuurt de aannemer diverse meerwerkfacturen. Het bedrag dat aannemer in rekening brengt voor het meerwerk volgt niet uit het vonnis, evenmin volgt uit het vonnis het bedrag dat de opdrachtgever hiervan zonder protest betaalt. Wat wel uit het vonnis volgt, is dat een bedrag van € 888.498,75⁷ aan meerwerk niet aanvaard wordt door opdrachtgever. Hier moet de rechter zich over buigen. De rechtbank wijst van dit geclaimde meerwerk een bedrag toe van € 614.874,75. De opdrachtgever aanvaardt dit oordeel van de rechtbank slechts gedeeltelijk. Opdrachtgever stelt appel in tegen toewijzing van € 425.000,00.

Asbesthoudende beglazingskit, meerwerk van € 425.000,00

7. Het meerwerkbedrag van € 425.000,00 is gebaseerd op 12.871 strekkende meters asbesthoudende beglazingskit die extra gesaneerd en verwijderd is. In totaal is er volgens de aannemer 15.871 meter verwijderd. In de oorspronkelijke meerwerkopdracht was reeds 3.000 strekkende meter opgenomen, zodat er $15.871 - / - 3.000 = 12.871$ extra is verwijderd. Ter onderbouwing van de hoeveelheid heeft de aannemer door Find Inspecties & Analyse certificaten laten opstellen die bij de meerwerkfacturen zijn gevoegd. De kosten van iedere extra meter zijn € 30,00 te vermeerderen met 10% provisie, waarmee het totaal uitkomt op € 424.743,00. Door de aannemer wordt dit naar boven

afgerond op € 425.000,00.⁸ Dit bedrag is toegewezen in eerste aanleg.

8. Opdrachtgever gaat tegen deze veroordeling in hoger beroep. Het hof stelt vast dat partijen sanering van 3.000 strekkende meter beglazingskit waren overeengekomen. De hoeveelheid van 3.000 strekkende meter is in opdracht van de opdrachtgever bepaald door Checkpoint Milieu. De methodiek van vaststelling blijkt eenvoudig te zijn. Checkpoint Milieu heeft geconcludeerd dat alle ramen in alle kozijnen van het gehele gebouw voorzien waren van asbesthoudende beglazingskit. In totaal had het gebouw 284 kozijnen. De meeste kozijnen hadden dezelfde afmetingen, sommige waren groter en sommige waren wat kleiner. Een gemiddeld kozijn had ongeveer 10 meter beglazingskit. In totaal was er dus $284 \text{ (aantal kozijnen)} \times 10 \text{ meter} = 2.840$ meter beglazingskit te verwijderen en te saneren. Door Checkpoint Milieu is vervolgens de hoeveelheid afgerond op 3.000 strekkende meter asbesthoudende beglazingskit.⁹ Checkpoint Milieu heeft overleg gehad met de aannemer en de aannemer was het eens met de vaststelling van de hoeveelheden.¹⁰

9. Checkpoint Milieu heeft vastgesteld dat alle 284 kozijnen voorzien waren van asbesthoudende beglazingskit. Met het verwijderen en saneren van de 284 kozijnen zijn alle kozijnen verwijderd. Door de aannemer zijn de kozijnen in één werkgang met een grijper verwijderd, vervolgens afgevoerd en gestort als afval. De door de aannemer beschreven werkwijze is hetzelfde voor ieder kozijn waar (enige) asbesthoudende kit in aanwezig was. Het hof overweegt dat zonder nadere toelichting, die ontbreekt, het niet in te zien is dat meer asbesthoudende beglazingskit in dezelfde 284 kozijnen tot een andere werkwijze of extra kosten heeft geleid. Bij ieder kozijn met asbesthoudende kit was de werkmethode immers gelijk. Aangezien vooraf alle kozijnen beoordeeld zijn als voorzien van asbesthoudende beglazingskit, zijn er geen extra werkzaamheden opgetreden. Dat er mogelijk extra asbesthoudende beglazingskit aanwezig was, en zelfs behoorlijk veel meer, doet naar het oordeel van het hof niet ter zake. Er zijn geen extra werkzaamheden uitgevoerd door de aannemer vanwege de aanwezigheid van extra asbest. Nu er geen extra werkzaamheden zijn uitgevoerd, is er ook geen reden voor toewijzing van een vergoeding. Er is geen sprake van meerwerk. Opdrachtgever mocht verwachten, gelijk aannemer mocht verwachten, dat de eventueel extra te verrekenen meters beglazingskit zien op daadwerkelijk extra werkzaamheden of kosten. Over en weer mochten partijen niet van elkaar verwachten dat de enkele aanwezigheid van meer asbest in de kozijnen, ook als dat niet of slechts beperkt tot extra werkzaamheden of kosten zou leiden, aannemer recht zou geven op betaling als meerwerk tegen een prijs die gebaseerd is op circular slopen van € 30,00 per meter. Het gevorderde meerwerk ten aanzien van de asbesthoudende beglazingskit ad

6 Aldus is er meermaals nieuw asbest gevonden, ondanks dat er asbestinventarisatie is uitgevoerd door een gespecialiseerd onderzoeksbureau. Afgevraagd kan worden in hoeverre dergelijke asbestonderzoeken dan zinvol zijn. Eveneens kan afgevraagd worden in hoeverre het onderzoek van het onderzoeksbureau voldoet aan de norm van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsbeoefenaar (zie art. 7:401 BW, Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/93 en J. Nijland *GS Bijzondere overeenkomsten*, art. 7:401 BW, aant. 1). Het arrest gaat echter niet over kwaliteit van de asbestinventarisatie en geeft hierin dan ook slechts weinig informatie. In deze annotatie wordt er verder geen aandacht aan geschonken.

7 In ro. 4.1 staan de diverse vorderingen van de aannemer vermeld. De vorderingen onder I, II, III en IV zien op meerwerk. De vorderingen V en VIII betreffen betaling van termijn 10 en de slottermijn, zodat geconcludeerd lijkt te kunnen worden dat dit geen meerwerk betreft.

8 Deze afronding is in het voordeel van de aannemer. Door hem is bij het meerwerk onder vordering II een afronding toegepast van € 87.384,00 naar € 87.000,00. Dit is in zijn nadeel.

9 Ro. 3.8.

10 Ro. 3.8.

€ 420.000,00 wordt afgewezen. Het principaal appel is hiermee afgedaan.¹¹

Wie eis dient te stellen en te bewijzen

10. De rechtbank heeft van het geclaimde meerwerk een bedrag toegewezen van € 614.874,75. Het hof wijst hiervan alsnog € 420.000,00 af. In eerste aanleg is door de rechtbank ook divers geclaimd meerwerk afgewezen. Aannemer grieft tegen deze beslissing. De meeste van zijn grieven falen, en wel telkens om dezelfde reden. Aannemer onderbouwt de vordering niet, of stelt onvoldoende.

11. Zo heeft de aannemer een vordering ingesteld omdat hij een lagere opbrengst heeft gerealiseerd bij de verkoop van herbruikbare zaken.¹² De rechtbank heeft deze vordering afgewezen. Het hof laat deze beslissing in stand omdat aannemer deze vordering niet onderbouwt. Voorts heeft aannemer een vordering ingesteld voor het verplaatsen van een puinbult en meerkosten vanwege stilstand. Ook deze vorderingen worden afgewezen in twee instanties vanwege onvoldoende onderbouwing van de vordering.

12. Twee andere vorderingen falen bij gebrek aan het voldoen aan de stelplicht. Dit zijn twee vorderingen die gebaseerd zijn op nacalculatie: het verschil in de prijs waar aannemer mee heeft gerekend in de offerte en de uiteindelijk gerealiseerde prijs of opbrengst. Dergelijke vorderingen slagen zelden.¹³ In beginsel komen dergelijke verschillen voor rekening van de opdrachtnemer. De aannemer dient immers de markt in te schatten. Een eventueel nadeel is voor zijn rekening en risico, waar tegenover staat dat een eventueel voordeel ook voor hem is. Het betreft hier een van de kernaspecten van het zijn van aannemer. Het hof benoemt hierbij dat het alleen anders is als dat overeengekomen is of als het verschil veroorzaakt wordt door vertraging die aan de opdrachtgever toegerekend kan worden. In die situatie kan, aldus het hof, er een grond zijn voor betaling. De

enkele omstandigheid dat de uiteindelijke kosten hoger zijn of de uiteindelijke opbrengst lager is dan het uitgangspunt van de offerte, is onvoldoende. Aannemer dient objectieve gegevens over de prijsontwikkeling aan te leveren. Aannemer heeft dit niet gedaan, zodat hij niet voldoet aan de vereiste stelplicht. Om deze reden faalt zijn vordering voor bijbetaling van de kosten van puin¹⁴ en de compensatie voor de lagere opbrengst¹⁵ van schrootmetaal. Het hof benoemt met de voorgaande redenen de twee belangrijkste redenen voor financiële compensatie van prijsstijgingen. Het hof benoemt hier niet nog een derde mogelijkheid, namelijk de onvoorziene kostenverhogende omstandigheid op grond van art. 7:753 BW.¹⁶ Dat er sprake is van een onvoorziene kostenverhogende omstandigheid blijkt echter niet uit de casus. De vorderingen voor de bijbetaling gebaseerd op de nacalculatie falen.

13. Helemaal ontevreden hoeft aannemer niet te zijn. Er is een grief van hem die slaagt. Opdrachtgever heeft in reconventie een bedrag van € 22.000,00 aan boete wegens het te laat opleveren, gevorderd en toegewezen gekregen. Het hof oordeelt evenwel dat de oorspronkelijk overeengekomen opleveringsdatum niet meer gold vanwege de bestekswijzigingen en de voor rekening van de opdrachtgever komende omstandigheden. Partijen zijn vervolgens geen nieuwe opleveringsdatum overeengekomen. Een opdrachtgever kan daarbij niet eenzijdig aan de aannemer een opleverdatum opleggen. De boete wegens te late oplevering wordt door het hof alsnog afgewezen. Voor de lezer van het arrest is niet op te maken of dit een logische en terechte beslissing is. Hoewel de aannemer flink bijbetaald wordt, is het niet direct duidelijk dat hij een langere tijd nodig heeft gehad voor zijn werkzaamheden. In plaats van de kozijnen circular te slopen heeft de aannemer deze immers in één werkgang met een grijper verwijderd. Dit lijkt eerder tijdsbesparend dan dat het tijd zal kosten. Uit het arrest is op te maken dat er meer wijzigingen waren, alleen van deze wijzigingen is te weinig informatie beschikbaar om een oordeel over te kunnen vormen in hoeverre die een langere bouwtijd zouden rechtvaardigen.

14. Het hof oordeelt dat de oorspronkelijk overeengekomen opleveringsdatum niet meer kan gelden. In een dergelijke situatie komt het ook voor dat de extra bouwtijd vanwege het meerwerk berekend wordt¹⁷ en aldus de opleverdatum opschuift. Hiervoor is een nauwgezette analyse nodig van de feitelijke gebeurtenissen. In onderhavige casus is dat niet gebeurd. Het hof heeft eenvoudigweg geoordeeld dat de oorspronkelijke opleveringsdatum niet meer gold en er geen nieuwe datum is overeengekomen. Een nieuwe datum wordt door het hof ook niet vastgesteld.

11 Het hof vermeldt dat partijen oorspronkelijk circular slopen zijn overeengekomen. Op basis daarvan is de prijs van € 30,00 per meter bepaald. Door de aannemer is echter niet circular gesloopt. De kozijnen zijn niet verkocht - zoals oorspronkelijk bedoeld - maar gestort als afval. Hierdoor heeft de aannemer zich aanzienlijke kosten voor arbeid bespaard, waartegenover beperkte meerkosten staan voor het storten van de kozijnen als afval. Dit lijkt niet verrekend te worden. In incidenteel appel wijst het hof de kosten van het afvoeren van de kozijnen als meerwerk toe (ro. 6.5). Het gaat om 165 ton à € 85,00 = € 14.025,00. Het gevolg van deze beslissing zou derhalve kunnen zijn, dat door het storten van de kozijnen als afval in plaats van circular slopen aannemer zich kosten voor arbeid heeft bespaard, terwijl de meerkosten van het storten gedragen worden door de opdrachtgever.

12 Ro. 6.4, een bedrag van € 53.000,00.

13 Zie bijvoorbeeld RvA 28 januari 2021, No. 36.124 waarin overwogen wordt dat volgens vaste jurisprudentie van de Raad een claim in beginsel niet kan worden gebaseerd op nacalculatie. In RvA 11 mei 2020, No. 72.182 overwogen appellaribiters dat zij de jurisprudentie onderschrijven waarin is geoordeeld dat het aannemersrisico bij gebreke van een afwijkende regeling bij de aannemer thuishoort en dat een vordering die uitsluitend is gebaseerd op nacalculatie daarom niet louter op die grondslag mag worden toegewezen. Zoals de Raad zelf al benoemd, is het een beginsel. Aldus zijn er uitzonderingen. Zie hiervoor bijvoorbeeld RvA 21 december 2020, No. 35.319 (hogere beroep loopt nog) en RvA 6 maart 2018, No. 34.534 waarbij arbiters niet de opstelling van aannemer op basis van nacalculatie volgen, maar zelf schattenderwijze een bedrag begroten.

14 In de offerte staat voor puin € 3,00 per ton, de kosten waren uiteindelijk € 6,25 per ton.

15 Schrootmetaal was door aannemer begroot met een opbrengst van € 450,00 per ton, terwijl uiteindelijk slechts € 145,00 per ton is gerealiseerd.

16 De wetgever beschouwt dit artikel als een uitwerking van de algemene regels met betrekking tot onvoorziene omstandigheden en dwaling, J.M. Hebly & N. Lorenzo van Rooij, *Aanneming van werk. De parlementaire geschiedenis*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2004, p. 41.

17 Zie bijvoorbeeld RvA 30 januari 2018, No. 72.099.

Devolutieve werking en de buitengerechtelijke incassokosten

15. Aan het einde van het arrest gaat het hof nog in op de buitengerechtelijke incassokosten. Deze zijn in eerste aanleg toegewezen. Nu in hoger beroep beduidend minder toegewezen wordt aan de aannemer zal een ongewijzigde toewijzing niet logisch zijn. Alleen is tegen de toewijzing van de buitengerechtelijke incassokosten geen grief gericht. Deze beslissing blijft derhalve intact. Het is immers de appelland die in beginsel de omvang van het hoger beroep bepaalt. De appelrechter beoordeelt geen beslissingen die in het nadeel van de appelland zijn uitgevallen als de ap-

pelland hier niet tegen griefft.¹⁸ De appelrechter mag immers niet buiten de grieven treden.¹⁹ Het is aan de in eerste instantie in het ongelijk gestelde partij om te bepalen welk oordeel van de rechtbank hij wil voorleggen aan de appelrechter.²⁰ Het hof vat het eenvoudig samen door te vermelden dat tegen de toegewezen buitengerechtelijke incassokosten van € 6.000,84 niet is gegriefd. Vanwege de devolutieve werking kan het hof de toewijzing van de buitengerechtelijke kosten niet vernietigen.

F. van Cassel - Van Zeeland

18 Asser/Bakels & Hammerstein & Wesseling-van Gent, Procesrecht 4 Hoger Beroep 2018/4.

19 Dit is slechts anders vanwege de werking van de openbare orde, zie Asser/Bakels & Hammerstein & Wesseling-van Gent, Procesrecht 4 Hoger Beroep 2018/10. In een dergelijke situatie is de appelrechter ook aan grenzen gebonden, zie HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691 (Heesakkers/Voets).

20 Asser/Bakels & Hammerstein & Wesseling-van Gent, Procesrecht 4 Hoger Beroep 2018/101.