

bouwprojecten kan worden verbeterd door minder onderaanneming en beter aanbesteden. Zo lang als criterium voor de gunning na aanbesteding vooral de laagste prijs wordt gehanteerd, dreigt steeds het gevaar dat men door concurrentie gedwongen wordt een zo lage prijs aan te bieden, dat de kwaliteit van het uit te voeren werk daaronder moet lijden. Het ingediende wetsvoorstel Aanbestedingswet brengt geen oplossing (zie Michael Dukes in FD van 29 juni 2006). Zie omtrent de vraag waar de aansprakelijkheid uiteindelijk dient te rusten FD van 13 juli 2006.

### Griffierechten

Nu iets geheel anders: (oud)minister Donner heeft aangekondigd dat hij het griffierechtstelsel in civiele zaken wil vereenvoudigen. Naar verwachting kan het nieuwe stelsel op 1 januari 2008 in werking treden. Het grote aantal gedifferentieerde tarieven wordt teruggebracht tot een klein aantal vaste tarieven, aldus het voorstel. De incasso van de griffierechten in civiele zaken wordt aan het begin van de juridische procedure afgehandeld. Bij gesubsidieerde rechtsbijstand wordt een vast laag tarief van € 60,00 voor alle civiele zaken geheven. Minister Donner heeft aan zijn voorstel vooraf laten gaan een onderzoek naar het stelsel van civiele griffierechten in ons omringende landen. Dit onderzoek is verricht door prof. Faure (Maastricht) en mr. Moerland. Daaruit kunnen geen duidelijke conclusies worden getrokken. Door vereenvoudiging van het stelsel van griffierechten in civiele zaken wordt het voor de burger gemakkelijker gemaakt en wordt de werkbelasting van de rechtshulpverleners en de griffiers van de gerechten verminderd.

## RUBRIEKEN

### BOUWRECHT

Mr. B.R. van Veen, Houthoff Buruma,  
Rotterdam

#### *Staalprijzen revisited*

Het lange wachten is voorbij; op 18 september 2006 heeft de Raad van Arbitrage (RvA) in hoger beroep uitspraak gedaan over de kwestie van de - in 2004 - explosief gestegen staalprijzen (*geschilnrs. 70.981 en 70.990*).<sup>1</sup>

Waar ging het ook al weer om? Een onderaannemer (staalleverancier) vorderde van zijn opdrachtgever (hoofdaannemer) aanvankelijk in een voorlopige voorziening en later in een spoedbodemgeschil bij de RvA - kort gezegd - een voorschot op respectievelijk eindafrekening van het wapeningsstaal volgens de risicoregeling als bedoeld in par. 01.04 Standaard RAW 1995; de vordering is gebaseerd op § 47 UAV-89. De hoofdaannemer heeft diens opdrachtgever in vrijwaring opgeroepen. Er is 'back-to-back' gecontracteerd.

Zowel in de voorlopige voorziening als in het spoedbodemgeschil<sup>2</sup> wordt de vordering toegewezen, zij het met een andere redenering van arbiters. De gehanteerde argumenten zijn (nagenoeg) dezelfde. Ik sta kort stil bij de belangrijkste punten, die ook in hoger beroep aan de orde komen:

- Toepasselijkheid § 47 UAV-89 of artikel 6:258 BW?
- Als § 47 UAV-89 geldt, is dan aan de criteria voldaan?
- Maakt de omstandigheid dat 'back-to-back' is gecontracteerd nog verschil?

#### Ad a.

§ 47 UAV-89 spreekt - kort gezegd - over prijsstijgingen door omstandigheden die niet voorzienbaar waren, terwijl artikel 6:258 BW - kort gezegd - handelt over het verschijnsel prijsstijgingen, met de afhandeling waarvan in de overeenkomst geen rekening is gehouden. De vraag of artikel 6:258 BW - dat van dwingend recht is -

geldt, komt eerst aan de orde als moet worden vastgesteld dat § 47 UAV-89 niet geldt. Immers, slechts als dit het geval is, is in de overeenkomst niet voorzien in het omgaan met prijsstijgingen (als de risicoregeling is uitgesloten).

Appèlarbiters stellen daarom eerst vast of, en zo ja wat, het onderhavige contract over prijsstijgingen bepaalt. In het contract is de risicoregeling uitgesloten; voorts is in de overeenkomst uitdrukkelijk bepaald dat de daarin opgenomen aanneemsom prijsvast is. Naar vaste jurisprudentie van de RvA laat het van toepassing verklaren van de risicoregeling - die ziet op (het omgaan met) normale prijsstijgingen - onverlet dat voor buitengewone prijsstijgingen een beroep op § 47 UAV-89 kan worden gedaan. Het bepaalde in de risicoregeling is geen bijzondere regeling als bedoeld in § 47 lid 5 UAV-89, waardoor § 47 UAV-89 niet zou gelden.<sup>3</sup> Daarnaast bepalen appèlarbiters dat het uitgangspunt van een 'vaste prijs' niet relevant is voor de toepassing van § 47 UAV-89; het gaat immers om niet voorzienbare kostenverhogende omstandigheden.

Appèlarbiters overwegen: *'De enkele omstandigheid dat de risicoregeling uit haar aard ook de effecten van niet verwachte prijsstijgingen dekt, brengt niet mee dat bij het bepalen van de aanneemsom met een uitgesloten risicoregeling rekening is gehouden met prijsstijgingen, ter zake waarvan geen rekening behoefde te worden gehouden met de kans dat deze zich eventueel zouden voordoen.'* Volgens mij hebben appèlarbiters - via een ietwat ongelukkige redenering - hiermee niets anders willen zeggen dan dat het uitsluiten van de risicoregeling niet per definitie betekent dat § 47 UAV-89 niet geldt, hetgeen mij juist lijkt.

Arbiters concluderen vervolgens dat óók het niet van toepassing verklaren van de risicoregeling evenmin een bijzondere regeling is als bedoeld in § 47 lid 5 UAV-89. Appèlarbiters verwerpen de ter zake aangevoerde grief met de overweging dat indien partijen hadden beoogd om ook in het geval van - mijns inziens ongelukkig uitgedrukt - 'onvoorzienbare' omstandigheden,

waarmee partijen bij het aangaan van de overeenkomst geen rekening behoeften te houden, elkaar hadden willen vasthouden aan het prijsvastbeding, het dan in het licht van de jurisprudentie van de RvA op de weg van de hoofdaannemer had gelegen om de toepasselijkheid van § 47 UAV-89 uitdrukkelijk uit te sluiten. Door dit niet te doen - zo oordelen appèlarbiters - was het voor de onderaannemer bij het sluiten van de overeenkomst onvoldoende duidelijk dat hem ook het risico voor onvoorzienbare omstandigheden (wederom ongelukkig uitgedrukt) - excessieve prijsfluctuaties - hadden willen laten dragen.

Zoals ook in eerste aanleg, oordelen appèlarbiters dat § 47 UAV-89 geldt. Dit brengt tevens met zich, dat aan de discussie omtrent artikel 6:258 BW niet wordt toegekomen; immers, de overeenkomst voorziet in een bepaling ter zake van prijsstijgingen. Aardig is, dat indien men het oordeel van appèlarbiters volgt en § 47 UAV-89 buiten toepassing verklaard wordt, artikel 6:258 BW nog steeds niet zou hoeven te gelden, omdat alsdan kan worden betoogd dat prijsstijgingen voor risico van de aannemer komen, waarmee dus de overeenkomst voorziet in het omgaan met prijsstijgingen.

#### Ad b.

Met de vaststelling dat § 47 UAV-89 geldt, komen appèlarbiters aan de inhoudelijke behandeling daarvan toe. § 47 UAV-89 stelt een aantal vereisten, te weten dat 1) sprake is van kostenverhogende omstandigheden die van dien aard zijn dat bij het aangaan van de overeenkomst met die omstandigheden geen rekening behoefde te worden gehouden met de kans dat zij zich zouden voordoen, 2) dat de betreffende omstandigheden niet toerekenbaar zijn aan de aannemer en 3) dat sprake is van een aanzienlijke verhoging van de kosten van het werk.

Het vereiste dat de kostenverhogende omstandigheden niet toerekenbaar zijn aan - in dit geval - de onderaannemer staat niet ter discussie. Appèlarbiters overwegen dat ook het onvoorzienbare karakter van de kostenverhogende omstandigheden vast-

staat. Net als in eerste aanleg staan appèlarbiters stil bij het ondernemersrisico van onderaannemer. Een onderaannemer wordt geacht een professionele partij te zijn die (diepgaande) kennis heeft van de staalmarkt. Bij het aangaan van de overeenkomst moest de onderaannemer dan ook rekening houden met hogere prijsfluctuaties dan gebruikelijk in die markt. Hoewel ten tijde van het sluiten van de overeenkomst sprake was van een lichte prijsdaling, was in de maanden voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst reeds sprake geweest van prijsstijgingen. Dit in combinatie met de tijdens het sluiten van de overeenkomst gedane voorspelling van een prijsstijging en de bekendheid met de oorzaak van de prijsstijgingen brengen appèlarbiters ertoe om - in plaats van in eerste aanleg 10% - een ondernemersrisico van 20% te hanteren.

In de eerste aanleg was door de hoofdaannemer nog aangevoerd, dat de onderaannemer kon worden verweten zijn schadebeperkingsplicht niet te zijn nagekomen. Arbiters in eerste aanleg hebben - op aangeven van onderaannemer - geconcludeerd dat de bedrijfsvoering van de onderaannemer het voor de onderaannemer onmogelijk maakt om in enige mate schadebeperkend te handelen; de onderaannemer zou niet in staat zijn om voor langere tijd een grote hoeveelheid staal op te slaan, al was het maar vanwege alsdan optredend kwaliteitsverlies en de met opslag en transport gemoeide hoge kosten. Ook de omstandigheid dat het slecht mogelijk is om voor alle diameters grote voorraden aan te houden brengt arbiters in eerste aanleg tot het oordeel, en appèlarbiters volgen daarin, dat de onderaannemer niet op de prijsstijgingen vooruit heeft kunnen lopen. Het oordeel van arbiters in eerste aanleg, dat bij het bepalen van de aan onderaannemer toekomstige vergoeding uitgegaan moet worden van haar 'echte' inkooprijzen, wordt eveneens door appèlarbiters in stand gelaten. Appèlarbiters zijn derhalve van oordeel dat sprake is van onvoorzienbare kostenverhogende omstandigheden; zij oordelen eveneens dat de enkele prijsstij-

ging (reeds) voldoende is voor een beroep op § 47 UAV-89. De opdrachtgever had aangevoerd dat ten minste ook de oorzaak van de prijsstijging als niet voorzienbaar zou moeten zijn aan te merken. Dit standpunt komt mijns inziens erop neer dat de prijsstijging als zodanig niet als de kostenverhogende omstandigheid dient te worden beschouwd, maar wel de oorzaak van die prijsstijgingen, te weten de toenemende vraag uit China. Geen gekke gedachte, dunkt me.

Appèlarbiters bevestigen de in de spoedbodempprocedure toegepaste berekeningswijze van de verhoging van de kosten van het werk, die immers aanzienlijk moet zijn; omdat de risicoregeling niet geldt, wordt een eigen berekeningswijze gehanteerd. Als uitgangspunt worden daarbij genomen de respectieve aanneemsommen. Arbiters in eerste aanleg oordeelden dat een kostenverhoging van 5,6% in de verhouding tussen onderaannemer en hoofdaannemer wel aanzienlijk was en een kostenverhoging van 1,7% in de verhouding tussen hoofdaannemer en opdrachtgever niet. Nog daar gelaten dat in de praktijk vele criteria bestaan om de vraag of sprake is van een aanzienlijke kostenverhoging te beantwoorden<sup>4</sup>, heeft deze wijze van berekening iets arbitrairs. Immers, de hoofdaannemer wordt met dezelfde prijsstijging geconfronteerd als de onderaannemer, maar kan deze niet doorberekenen. De kosten voor de hoofdaannemer zijn daarmee directe/'out of pocket' kosten. Hij moet deze kosten als verlies nemen, daar waar de opdrachtgever het werk voor de oorspronkelijke (staal)prijs krijgt.

#### **Ad c.**

Aardig is nog het argument dat door de hoofdaannemer werd aangevoerd ter zake de contractuele verhouding. De hoofdaannemer benadrukte dat 'back-to-back' was gecontracteerd, hetgeen met zich brengt dat de onderaannemer niet méér van de hoofdaannemer zou kunnen vorderen dan de hoofdaannemer van diens opdrachtgever. Appèlarbiters gaan met deze stelling niet mee, waarbij wordt verwezen naar de omvang van de verplichtingen. De verplich-

tingen van de onderaannemer hadden slechts betrekking op het leveren van staal, daar waar de hoofdaannemer het volledige kunstwerk diende te leveren. Met dit verschil is naar het oordeel van appèlarbiters ook bij de beoordeling van de overeenkomsten en de verschillende belangen rekening gehouden; zie de eerder genoemde percentages. Mijns inziens zou hier nog kunnen worden opgemerkt, dat het 'back-to-back' karakter (slechts) betekent dat een onderaannemer zich op een zelfde grond kan beroepen als zijn hoofdaannemer; dat dit verschillende (financiële) consequenties kan hebben, is dan (helaas) niet anders.

#### Conclusie

Geconcludeerd kan worden dat opdrachtgevers er goed aan doen om naast het uitsluiten van de risicoregeling tevens § 47 UAV-89 uitdrukkelijk uit te sluiten. Of dan wordt toegekomen aan artikel 6:258 BW is dan maar de vraag. Voorts blijft overigens de discussie bestaan of een kostenstijging van - bijvoorbeeld - 4,3% als aanzienlijk kan worden beschouwd of niet, indien dit percentage slechts gerelateerd is aan de omvang van de aanneemsom.

#### Noten

1. Zie Actualiteiten Bouwrecht online. Nog niet gepubliceerd.
2. *RvA 13 juli 2004, geschilnr. 26.658, BR 2004/888 en RvA 9 december 2004, geschilnr. 26.658, BR 2005/244.*
3. Zie M.A. van Wijngaarden, 'hoofdstukken Bouwrecht' deel 15, nummer 895, p. 99 en verder.
4. Zie M.A. van Wijngaarden, 'hoofdstukken Bouwrecht' deel 15, nummer 897, p. 113 en verder.

## INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT

Mr. E. Hennis, Winters & De Vries Advocaten, Hoofddorp

### *De statutair directeur in internationaal perspectief na HR 15 maart 2005 en HR 3 februari 2006*

Gastauteur: mr. N. Jansen, Winters & De Vries Advocaten, Hoofddorp

De band tussen een statutair directeur en een bv heeft een dubbel karakter. De statutair directeur heeft zowel een vennootschapsrechtelijke als een arbeidsrechtelijke betrekking met de vennootschap. Bij *arrest van 15 maart 2005 (NJ 2005/483)* heeft de Hoge Raad bepaald dat het ontslag van de statutair directeur van een besloten vennootschap in beginsel tevens leidt tot een beëindiging van de dienstbetrekking. Deze uitspraak - welke ipr-gevolgen heeft - is door de Hoge Raad bevestigd op *3 februari 2006 (JAR 2006/66)*. Omdat volgens de Hoge Raad artikel 2:244 lid 1 BW ertoe strekt dat door een ontslagbesluit ook een einde wordt gemaakt aan de arbeidsrechtelijke verhoudingen, heeft een ontslagbesluit in beginsel tevens beëindiging van het dienstverband van de bestuurder tot gevolg. Voor een uitzondering is slechts plaats indien een wettelijk ontslagverbod (bijvoorbeeld ziekte of zwangerschap) aan die beëindiging in de weg staat of indien partijen anders zijn overeengekomen. Bij het ontslag van een statutair directeur dient de vennootschap dus niet alleen het toepasselijke vennootschapsrecht in acht te nemen, maar ook het toepasselijke arbeidsrecht. Wanneer een in Nederland werkzame statutair directeur van een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap wordt ontslagen, levert dit in het algemeen geen grote problemen op. Dit is anders wanneer een in Nederland werkzame statutair directeur van een naar buitenlands recht opgerichte vennootschap of een in het buitenland werkzame statutair directeur van een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap wordt ontslagen. In die gevallen dient de rechtzoekende eerst vast te