



Dit document is afgedrukt via IBRTracker op 21-10-2018 en uitsluitend bedoeld voor licentiehouder .

nr. 5 - mei 2008 (/docs/articles/2008/mei[1])

Deel dit artikel  ([https://twitter.com/intent/tweet?text=nr. 5 - mei 2008%20TBR 2008-96 Onvoldoende bekwamen en onervaren medewerkers&via=Instituut_BR&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2008/mei/tbr-2008-96](https://twitter.com/intent/tweet?text=nr.5-mei-2008%20TBR-2008-96-Onvoldoende-bekwamen-en-onervaren-medewerkers&via=Instituut_BR&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2008/mei/tbr-2008-96))  ([https://www.linkedin.com/shareArticle?mini=true&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2008/mei/tbr-2008-96&title=nr. 5 - mei 2008%20TBR 2008-96 Onvoldoende bekwamen en onervaren medewerkers&source=IBR Tracker](https://www.linkedin.com/shareArticle?mini=true&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2008/mei/tbr-2008-96&title=nr.5-mei-2008%20TBR-2008-96-Onvoldoende-bekwamen-en-onervaren-medewerkers&source=IBRTracker))  ([https://www.facebook.com/sharer/sharer.php?u=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2008/mei/tbr-2008-96&t=IBR Tracker%20nr. 5 - mei 2008%20TBR 2008-96 Onvoldoende bekwamen en onervaren medewerkers](https://www.facebook.com/sharer/sharer.php?u=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2008/mei/tbr-2008-96&t=IBRTracker%20nr.5-mei-2008%20TBR-2008-96-Onvoldoende-bekwamen-en-onervaren-medewerkers)) (mailto:?subject=IBR Tracker Artikel delen&body=Ik vond dit artikel in IBR Tracker:%0D%0Ahttp://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2008/mei/tbr-2008-96)

TBR 2008/96

Raad van Arbitrage voor de Bouw 28-11-2007, No. 28.144, (Onvoldoende bekwamen en onervaren medewerkers)

Scheidsgerecht: ir. F.H. van Rijssen, ir. J. Rossing en ir. H.M. Schroten. Gemachtigde van eiser, A. resp. de curator: mr. P.S. Jonker. Gemachtigde van verweerster, K.: mr. M.W.L. Tromm

UAV 1989 : par. 49, ; BW : art. 6:233 sub a jo 6:235 lid 1, art. 6:248,

Vertraging. Stagnatieschade. Maatvoeringsfouten. Risico voor en toerekenbaarheid van vertraging. Buitencontractuele werkzaamheden. Algemene voorwaarden. Uitsluiten gevolgen van uitstel. Onredelijk bezwarend beding. Groot bouwconcern versus klein aannemersbedrijf. Redelijkheid en billijkheid: :

Met gastnoot E.W.J. van Dijk ¹, Red.

De gronden van de beslissing

De bevoegdheid

4. De bevoegdheid van de ondergetekenden tot beslechting van het onderhavige geschil bij scheidsrechterlijk vonnis staat onbetwist tussen partijen vast. Zij berust op §49 van de toepasselijke Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken 1989 (JAV 1989) met daarin een arbitrale clause verwijzend naar de Raad en zijn statuten, alsmede op art. 22 van de Algemene voorwaarden van K. Bouw B.V. de feiten

5. Tussen partijen staat het volgende vast:

- Op 26 januari 2005 is tussen Bouwservice B. B.V. (hierna: 'B. ') en K. een onderaannemingsovereenkomst gesloten ter zake het project 'H. Appartementencomplex N.' voor een aanneemsom ad € 191.784,- excl. omzetbelasting. In de overeenkomst staat vermeld dat de werkzaamheden mondeling aan R.B. zijn opgedragen op 9 december 2004 door C.H. en nader zijn omschreven in bestek nr. 1698-BW, d.d. 4 juni 2004, alsmede dat behalve de administratieve bepalingen van het bestek in het bijzonder van toepassing is hoofdstuk 21. In de schriftelijke onderaannemingsovereenkomst zijn de werkzaamheden omschreven als het maken van het complete betonskelet. Als aanvang van de werkzaamheden is bepaald: begin tussen 15 april en 1 mei 2005 in overleg met de uitvoerder van het werk. Voorts zijn in de overeenkomst eenheidsprijzen opgenomen voor de levering en verwerking van wapening en supportliggers.
- Bij brief van 25 april 2005 (prod. 4 mve) heeft B. aan K. bericht dat vanwege het twee maal uitstellen van de startdatum zij problemen met haar planning op financieel en personeel gebied ondervindt.
- B. is in week 25 (de week van 20 juni 2005) gestart met haar werkzaamheden. Daarbij heeft B. voor de uitvoering van haar werkzaamheden A. ingeschakeld.
- Medio juni 2005 zijn K. en B. overeengekomen dat het leveren en aanbrengen van de wapening is komen te vervallen. Dit deel van de werkzaamheden is door K. opgedragen aan W. B.V., die op haar beurt voor het verwerken van de wapening B. heeft ingeschakeld. Feitelijk is dit vervolgens weer uitgevoerd door A..
- Bij brief van 14 september 2005 (prod. 5 mve) bericht K. aan B. dat de achterstand op de planning van de werkzaamheden van B. op dat moment 15 werkdagen bedraagt. Volgens B. is die achterstand te wijten aan een kwalitatief onvoldoende personeelsbezetting en onvoldoende leiding binnen de ploeg. Voorts heeft K. B. aansprakelijk gesteld voor alle daaruit voortvloeiende schade.
- Op 20 september 2005 zijn partijen bijeengekomen. Hierbij zijn aanwezig geweest van de zijde van B., M.B. en G.M.. Hierbij is aan B. een kostenoverzicht d.d. 19 september 2005 overhandigd (prod. 7 mve). Op diezelfde dag had het werk een vertraging van 20 werkdagen volgens K. en 17 werkdagen volgens B. opgelopen.
- Bij fax heeft K. eveneens op 20 september 2005 aan B. bericht dat partijen met wederzijdse instemming zijn overeengekomen dat de overeenkomst is ontbonden. Voorts is daarin bericht dat een kostenopstelling is verstrekt op basis waarvan zij een schikkingsvoorstel heeft gedaan dat tot diezelfde middag 17.00 uur zou gelden. Ten slotte is een overzicht van de totale kosten bijgevoegd die K. in rekening brengt, tenzij B. op haar schikkingsvoorstel ingaat (prod. 8 en 9 mve). Werknemers van B. en A. zijn na 20 september 2005 niet meer op

het werk toegelaten.

h. Bij fax van diezelfde datum heeft B. aan K. bericht dat zij bereid is akkoord te gaan met de beëindiging van de samenwerking tegen betaling van € 30.000,- door K. (prod. 10 mve).

i. Bij brief van 22 september 2005 heeft B. inhoudelijk gereageerd op de brief van K. van 20 september 2005 en betwist zij de beëindiging van de overeenkomst met wederzijds goedvinden, alsmede de door K. geclaimde kosten (prod. 11 mve).

j. Bij factuur van 28 september 2005 heeft B. een bedrag van € 56.277,- aan buitencontractuele tunnelwerkzaamheden in rekening gebracht, alsmede een bedrag van € 78.008,- wegens 17 dagen stagnatie tunnelcyclus. Voorts staat in de factuur vermeld: 'Als gevolg van de eenzijdige beëindiging uwerzijds van de (onder)aannemingsovereenkomst, tegen welke beëindiging wij reeds bezwaar hebben aangetekend, hebben wij aanmerkelijke schade geleden en lijden wij nog steeds schade. Voor deze schade houden wij u aansprakelijk. Wij behouden terzake dan ook al onze rechten voor'. (prod. 2E)

k. Op 18 januari 2006 is A. in staat van faillissement verklaard.

De vordering

6. De curator vordert - na vermindering van eis bij repliek - bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, K. te veroordelen om aan hem te betalen tegen behoorlijk bewijs van kwijting de hoofdsom ad € 162.485,-, vermeerderd met de wettelijke rente hierover vanaf 28 oktober 2005, subsidiair vanaf de datum van de memorie van eis, tot aan de dag der algehele voldoening, alsmede de kosten van beslaglegging en de kosten van de onderhavige procedure, waaronder begrepen honorarium en onkosten van de gemachtigde.

7. De curator legt aan zijn vordering ten grondslag dat A. feitelijk de werkzaamheden heeft uitgevoerd die B. in onderaanneming had aangenomen van K. en dat B. haar vorderingen op K. op 28 september 2005 heeft gecedeerd aan A., waarvan op 29 september 2005 mededeling is gedaan aan K.. De vordering van de curator bestaat uit schade wegens de tot drie keer uitgestelde aanvang van de werkzaamheden door K. ad € 78.008,- (prod. 29 mvr), alsmede uit de door B. extra uitgevoerde werkzaamheden als gevolg van het niet of niet correct uitvoeren van werkzaamheden door K. die onder haar eigen verantwoordelijkheid vielen, dan wel het niet, te laat of foutief leveren van materialen ad € 56.277,- (prod. 28 mvr). Voorts heeft A. ter verzekering van haar vordering conservatoir beslag moeten leggen onder K.. Dit beslag is opgeheven, nadat een bankgarantie van € 200.000,- is gesteld.

Het verweer

8. K. stelt zich op het standpunt dat B. de vertraging in het werk heeft veroorzaakt door inzet van onvoldoende bekwaam en ervaren personeel. Daarnaast heeft B. de veiligheid op het werk onvoldoende in acht genomen. In overleg zijn partijen daarom tot overeenstemming omtrent de beëindiging van het werk door B. gekomen op 20 september 2005. De vordering van de curator is onvoldoende onderbouwd, althans K. beroept zich op verrekening met de door haar, wegens de door B. veroorzaakte vertraging, geleden schade. Voorts betwist K. de kosten van beslaglegging, wegens gebrek aan onderbouwing. Bovendien was de grootste factuur niet opeisbaar ten tijde van de beslaglegging, aldus K..

De beoordeling van het geschil

9. In het onderstaande is in veel gevallen waar eigenlijk de curator een vordering instelt of deze onderbouwt omwille van de overzichtelijkheid B. gebruikt.

10. De vordering van de curator bestond aanvankelijk uit vijf facturen van B.. Na repliek zijn er nog drie overgebleven:

-factuur 2005093 d.d. 30-08-2005 € 14.100,-
-factuur 2005101 d.d. 19-09-2005 € 14.100,-
-factuur 2005105 d.d. 28-09-2005 € 134.285,-

11. De beide facturen ad € 14.100,- elk worden door K. niet inhoudelijk bestreden. De factuur ad € 134.285,- bestaat uit twee componenten: enerzijds stagnatie/vertragingsschade ad € 78.008,- en anderzijds buitencontractuele werkzaamheden van 1521 uur ad € 56.277,-.

12. Arbiters stellen voorop dat allereerst aan de orde is welke werkzaamheden B. op grond van de tussen K. en B. gesloten overeenkomst diende te verrichten. Als eerste staat in de onderaannemingsovereenkomst vermeld: 'Het maken van het complete betonskelet, conform genoemde gegevens en aanvullingen en wijzigingen genoemd onder hoofdstuk 8: "Aanvullende Bepalingen".' Voorts staat vermeld onder hoofdstuk 4 bij de te verrichten werkzaamheden: 'Reeds mondeling aan uw heer R.B. opgedragen d.d. 9-12-2004 door onze heer C.H.. De door u te verrichten werkzaamheden zijn nader omschreven in bestek nr. 1698-BW, d.d. 4-6-2004. Behalve de administratieve bepalingen van het bestek zijn in het bijzonder van toepassing hoofdstuk 21.' Als verder van toepassing verklaard zijn een aantal constructiedetails, alsmede een fax van G.V. met een voorstel constructie trappenhuis d.d. 25-11-2004. In hoofdstuk 8 Aanvullende Bepalingen staat op blad 5 een lijst met werkzaamheden opgenoemd die in de prijs zijn inbegrepen. Daarin staan geen werkzaamheden genoemd die betrekking hebben op de montage van prefab elementen. Wat betreft de fax van G.V. staat onder Algemeen - ook vallend onder hoofdstuk 8 Aanvullende Bepalingen - nog vermeld dat 'Het alternatieve voorstel van G.V. d.d. 25-11-2004 inzake de trappenhuis is bekend en in de prijs inbegrepen'.

13. Ter mondelinge behandeling heeft de toenmalige hoofduitvoerder van K., P.P., desgevraagd uitgelegd dat de prefab-onderdelen van het appartementencomplex aan de achtergevels bestaan uit prefab-balkons met prefab-wandschijven. De voorgevel bestaat uit een lift- en trappenhuis van zeven prefab-wandschijven. Voorts is duidelijk geworden dat het trappenhuis een constructie op zich is en los staat van de werkzaamheden aan de tunnels die B. diende te verrichten. Voorts heeft B. erkend dat het plaatsen van de balkonelementen tot haar werkzaamheden behoorde. Ter zitting heeft B. senior verklaard dat dit uit praktische overwegingen was.

14. Uit het bovenstaande blijkt dat de schriftelijke overeenkomst zelf niets over de montage van prefab (trappenhuis)elementen vermeldt, met uitzondering van de fax van G.V.. Naar het oordeel van arbiters slaat de vermelding van deze fax niet zo zeer op de prefab-werkzaamheden aan het trappenhuis zelf, maar op eventuele aanpassingen aan het betonskelet die toepassing van dit voorstel met zich brachten. Voorts geldt dat aan B. naast de algemene bepalingen van het bestek, hoofdstuk 21 is overhandigd en niet de hoofdstukken 22 en 23. Deze beide laatste hoofdstukken slaan op het metselwerk respectievelijk vooraf vervaardigde steenachtige elementen (prefab). Al de bovenstaande argumenten in onderlinge samenhang beziend achten arbiters niet aannemelijk geworden dat de montage van de prefab (trappenhuis)elementen ook tot de werkzaamheden van B. behoorde. K. heeft ter zitting nog bewijs van haar stelling aangeboden, maar arbiters wijzen dit aanbod van de hand omdat het tardief is gedaan.

15. Voorts is aan de orde aan wie de ontstane vertraging van 17 (standpunt B.) dan wel 20 (standpunt K.) werkdagen is te wijten. De curator stelt dat K. hiervoor aansprakelijk is en vordert mitsdien 17 dagen stagnatieschade ad € 78.008,-. K. stelt dat B. hiervoor aansprakelijk is, zodat de vordering van B. moet worden afgewezen. Door het tekortschieten van B. heeft K. zelf schade geleden die zij wenst te verrekenen met de erkende facturen van B..

16. B. stelt dat deze vertraging is ontstaan door het tot drie keer uitstellen van de start van het werk door K.. In de overeenkomst stond vermeld dat B. tussen 15 april 2005 en 1 mei 2005 met haar werkzaamheden diende te beginnen. Uit de brief van B. van 25 april 2005 aan K. volgt dat zij K. toen al op de hoogte had gesteld van de personele en financiële problemen die het uitstel met zich meebracht. Voorts stelt B. dat zij na ongeveer vier weken haar ploeg elders heeft kunnen inzetten, zodat de schade beperkt is gebleven. Wel heeft dit tot gevolg gehad dat zij niet langer haar eigen mensen ter beschikking had, maar A. moest inschakelen. Tegen de inschakeling van A. heeft K. geen bezwaar gemaakt. Door K. is dit alles niet bestreden.

17. K. stelt zich op het standpunt dat de vertraging voornamelijk te wijten is aan de inzet van onvoldoende bekwaame en onervaren medewerkers in de tunnelploeg. Bovendien wisselde de samenstelling van de tunnelploeg voortdurend en was er niet of nauwelijks leiding van of sturing aan de ploeg. Ook veroorzaakte B. onveilige situaties op de bouw, die door K. verholpen moesten worden en zodoende voor vertraging zorgden. B. heeft uitdrukkelijk betwist dat dit het geval is geweest en heeft aangevoerd dat zij niet eerder hierop is gewezen, behalve in de brief van 14 september 2005 van K., waarin de vertraging volgens K. 15 werkdagen bedroeg. Arbiters achten echter aannemelijk dat deze brief een opmaat vormde tot de beëindiging van de samenwerking tussen partijen, omdat na het gesprek van 20 september 2005 direct op 21 september 2005 R. in opdracht van K. verder is gegaan met de werkzaamheden. Arbiters achten niet uitgesloten dat K. op 14 september 2005 al van B. af wilde en met R. verder wilde en om dat te bewerkstelligen naar een reden voor opzegging heeft gezocht. Dat B. onveilige situaties op het werk heeft gecreëerd en dat er onvoldoende leiding was van de kant van B. op haar eigen personeel, wat dientengevolge tot vertraging zou hebben geleid achten zij echter niet aannemelijk geworden.

18. B. heeft erkend dat er naast vertraging bij de start tijdens het werk zelf ook vertraging is ontstaan. Dit heeft volgens B. echter te maken met onder meer maatvoeringsfouten van K. en het onvoldoende presteren van een door K. ingezette kraanmachinist. B. heeft bij repliek een lijst overgelegd van vertragingsoorzaken tijdens het werk te wijten aan K. (productie 26). K. heeft hierop gereageerd bij dupliek met productie 31. Bij de mondelinge behandeling zijn deze punten uitgebreid aan de orde geweest. Arbiters achten op grond daarvan aannemelijk geworden dat de losruimte bij het ontkisten zeer beperkt was, zodat alleen een zeer ervaren kraanmachinist met het uitvoeren van deze nauwkeurige werkzaamheden het werktempo van het geheel kon bijhouden. Daarnaast werd de kraan ingezet voor het verplaatsen van alle trappenhuis elementen van de ene naar de andere kant van het gebouw, alsook voor het stellen van de trappenhuisen zelf. Vast staat dat deze kraanmachinist onder de verantwoordelijkheid van K. viel. Arbiters achten aannemelijk dat de inzet van één enkele kraan de voortgang van het werk heeft belemmerd.

19. Op grond van het voorgaande achten arbiters aannemelijk geworden dat er een vertraging voor risico van K. bij de start van het werk van B. was ontstaan. Gelet op de brief van 14 september 2005 achten arbiters niet aannemelijk geworden dat de vertraging bij de start 17 werkdagen bedroeg, doch gaan zij uit van 15 werkdagen stagnatie.

20. Uit het voorgaande volgt eveneens dat niet aannemelijk is geworden dat de vertraging die tijdens de werkzaamheden van B. is ontstaan aan B. is toe te rekenen, in tegendeel, deze komt voor rekening van K..

21. Dat brengt arbiters tot bespreking van de beëindiging van de overeenkomst op 20 september 2005. Volgens K. is er primair sprake van een beëindiging met wederzijds goedvinden en subsidiair mocht zij de overeenkomst ontbinden. B. heeft uitdrukkelijk betwist dat zij heeft ingestemd met beëindiging van de overeenkomst en stelt zich op het standpunt dat K. deze eenzijdig heeft opgezegd, dan wel ten onrechte heeft ontbonden.

22. K. heeft ter onderbouwing van haar stelling een aantal verklaringen van haar medewerkers overgelegd, die bij de bespreking op 20 september 2005 aanwezig waren. Hiertegenover staat de verklaring van M.B. en G.M. van B.. Deze verklaringen spreken elkaar tegen. Op grond van deze verklaringen achten arbiters niet vast komen te staan en evenmin aannemelijk geworden dat de overeenkomst met wederzijds goedvinden is beëindigd, althans in ieder geval niet aannemelijk dat B. ter zake enig tekortschieten van haar zijde erkende. Zulks wordt ondersteund door de brieven die B. eerst op 20 september en vervolgens op 22 september 2005 aan K. heeft gezonden. In de eerste brief bericht B. dat bij beëindiging van de overeenkomst niet K. een bedrag van € 62.579,30, maar B. een bedrag van € 30.000,- toekomt. In de tweede brief betwist B. uitdrukkelijk dat met wederzijdse goedkeuring is overeengekomen dat er met ingang van 21 september 2005 geen mensen van B. meer op het werk aanwezig zouden zijn.

23. Uit het voorgaande blijkt reeds dat een tekortkoming aan de zijde van B. niet aannemelijk is geworden. Dat betekent dat K. niet bevoegd was de overeenkomst te ontbinden en mitsdien geen aanspraak op vergoeding van haar schade kan maken. Haar beroep op verrekening is daarmee verworpen.

24. Wat betreft de stagnatieschade en de buitencontractuele werkzaamheden heeft K. aangevoerd dat deze factuur met in achtneming van haar Algemene Voorwaarden op zijn minst vergezeld moet worden van deugdelijke manurenstaten en een opdracht- of productiebon, die getekend is door de bedrijfsleider en/of uitvoerder op het werk (art. 15 lid 3 Algemene voorwaarden van K.). Vast staat dat deze gegevens ontbreken. Wel heeft B. in productie 29 bij repliek haar stagnatieschade van 17 werkdagen gespecificeerd met '17x3 beuken a 940,- euro = 47940,-' en '17x3 beuken wapening = 30068,-'. Naar het oordeel van arbiters brengt het ontbreken van een manurenstaat en dergelijke nog niet mee dat K. niet gehouden is tot betaling van deze schade. Dit brengt alleen B. in een lastiger bewijspositie. Arbiters hebben hierboven echter al geoordeeld dat K. aansprakelijk is voor een ontstane vertraging van 15 werkdagen.

25. K. heeft ook nog aangevoerd dat zij niet aansprakelijk is voor eventuele schade als gevolg van stilstand in het wapeningswerk. Hiervoor dient B. W. B.V. aan te spreken. Vast staat dat medio juni 2005 het leveren en aanbrenge van de wapening in de overeenkomst tussen K. en B. is komen te vervallen. K. heeft dit deel van het werk opgedragen aan W. B.V., die de levering zelf heeft uitgevoerd, maar voor het verwerken van de wapening B. heeft ingeschakeld. Dat betekent dat de post '17x3 beuken wapening = 30068,-' op die grond wordt afgewezen.

26. Wat de stagnatieschade betreft volgt uit de factuur dat B. met drie tunnels per dag werkte. Voorts leiden arbiters uit het eenheidsbedrag af dat B. kennelijk gederfde inkomsten vordert, derhalve met inbegrip van Algemene Kosten en Winst & Risico. Nu de stagnatieschade volgens B. bestaat uit het niet in kunnen zetten van eigen personeel, dienen op het bedrag van € 47.940,- de Algemene Kosten en Winst & Risico in mindering te worden gebracht. In billijkheid komen arbiters op een aftrek van 10%. Uitgaande van 15 werkdagen komt de stagnatieschade derhalve op $15 \times 3 \times € 940,- \times 90\% = € 38.070,-$.

27. Bij pleidooi heeft K. zich nog beroepen op art. 11 lid 2 van haar Algemene voorwaarden. Daarin staat vermeld dat wanneer het niet mogelijk is op het aangegeven tijdstip met de uitvoering van de opdracht te beginnen, K. voor de gevolgen van een dergelijk uitstel, ongeacht de oorzaak, niet aansprakelijk is, en evenmin voor die van een tussentijdse wijziging in het tijd-, werk- of bouwschema of andere vertragingen in de voortgang van het werk. B. heeft zich reeds voorafgaand aan de procedure al op de vernietigbaarheid van met name de art. 11, 15 en 16 beroepen, primair omdat deze onredelijk bezwarend zijn en subsidiair omdat deze in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid.

28. Ongeacht of B. een beroep toekomt op onredelijke bezwarendheid van het beding (art. 6:233 sub a jo. 6:235 lid 1 BW), zijn arbiters van oordeel - mede in aanmerking genomen dat K. onderdeel uitmaakt van een groot bouwconcern en B. een klein aannemersbedrijf is - dat het inroepen van dit beding jegens B. in de onderhavige omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Zoals hierboven reeds is vermeld is het K. geweest die tot drie keer toe de aanvang van de werkzaamheden door B. heeft uitgesteld, met als gevolg dat B. niet meer haar eigen mensen op dit werk kon inzetten en dat zij daarbij 15 werkdagen stagnatieschade heeft opgelopen.

29. Wat betreft de buitencontractuele werkzaamheden geldt het volgende.
(...)

De kosten

45. Ter zake van de proceskosten overwegen arbiters dat partijen over en weer in het ongelijk zijn gesteld. Gelet op de mate waarin partijen in het ongelijk zijn gesteld achten arbiters het billijk dat K. 60% van deze kosten draagt en de curator 40% daarvan. (*Enz., enz., Red.*)

Noot

1. In bestekken wordt nog al eens de bepaling opgenomen dat de opdrachtgever niet aansprakelijk is voor de gevolgen van vertraging in het werk. Ook in de onderhavige zaak werd een beroep gedaan op een dergelijke voor de aannemer verregaande exoneratie, thans opgenomen in de algemene voorwaarden van de hoofdaannemer.

2. Bij aanvang van het werk werd het werk vertraagd. Vrijwel direct stuurde onderaannemer B. aan hoofdaannemer K. een brief waarin B. aankondigde dat de vertraging zowel financieel als op personeel gebied problemen zou geven. Op de voet van paragraaf 6-15 UAV 1989 werd daarmee de schade door B. in ieder geval tijdig gemeld. Al schade beperkend had B. haar personeel ingezet op een ander werk, waardoor zij uiteindelijk gedwongen was A. in te schakelen die dan ook feitelijk - eveneens in onderaanneming - de werkzaamheden heeft verricht. B. diende uiteindelijk een stagnatieclaim in bij K. De curator van de op 18 januari 2006 gefailleerde A. neemt vervolgens de vordering van B. op K. over en vordert onder meer vergoeding van stagnatieschade.

3. Ter afwering van deze vordering beriep K. zich op haar algemene voorwaarden, waarin was bepaald dat wanneer het niet mogelijk is op het aangegeven tijdstip met de uitvoering van de opdracht te beginnen, K. voor de gevolgen van een dergelijk uitstel, ongeacht de oorzaak, niet aansprakelijk is. B. had zich voorafgaand aan de procedure al op de vernietigbaarheid van deze bepaling beroepen, primair omdat deze onredelijk bezwarend zou zijn en subsidiair omdat deze volgens B. in strijd was met de redelijkheid en billijkheid. De Raad honoreerde het verweer van B. als volgt:

'Ongeacht of B. een beroep toekomt op onredelijke bezwarendheid van het beding (art. 6:233 sub a jo. 6:235 lid 1 BW), zijn arbiters van oordeel - mede in aanmerking genomen dat K. onderdeel uitmaakt van een groot bouwconcern en B. een klein aannemersbedrijf is - dat het inroepen van dit beding jegens B. in de onderhavige omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.'

Hiermee werd door arbiters, oordelend als goede mannen naar billijkheid, in vrij korte bewoordingen korte metten gemaakt met het exoneratiebeding. Over de vraag of deze bepaling op grond van de art. 6:233 e.v. BW onredelijk bezwarend is, stapten arbiters heen. Voor arbiters was het kennelijk voldoende duidelijk dat een beroep op dit beding eenvoudigweg naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. Arbiters achtten doorslaggevend dat het K. is geweest die tot drie keer toe de aanvang van de werkzaamheden heeft uitgesteld met het gevolg dat B. niet meer haar eigen mensen op dit werk kon inzetten en zij daarbij 15 werkdagen stagnatieschade heeft opgelopen. Bovendien was K. een grote en B. een relatief kleine aannemer.

Meer omvat de motivering van arbiters niet en dat is op zich jammer. Hierbij is het voor mij niet van belang dat arbiters niet het hele wettelijke arsenaal hebben doorlopen. Zie voor een geval waarin de rechtbank juist uitvoerig inging op de toepasselijkheid van de voorwaarden, de mogelijke onredelijk bezwarendheid hiervan, de vraag of sprake is van een 'grote' onderneming ex art. 6:235, lid 1 BW en op het beroep op de redelijkheid en billijkheid, Rechtbank Zutphen 20 juni 2007, HA ZA 06-95, LJN BB5140, n.n.g.. Wel was het waardevol geweest wanneer arbiters specifiek hadden aangegeven waarom deze bepaling onder de gegevens omstandigheden onaanvaardbaar was.

4. Risico's moeten door de aannemer redelijkerwijs gedragen kunnen worden en calculeerbaar zijn (vgl. in het kader van geïntegreerde contracten *Asser-Van den Berg III-C*, nr. 32). Bij stagnatieschade lijkt dat per definitie niet het geval. Zo ook M.A.B. Chao-Duivis, *Hoofdstukken Bouwrecht*, deel 4, 2006, nr. 206. Aldus heeft een aannemer er groot belang bij dat eventuele stagnatieschade wordt vergoed. Bouwen is een tijdsgebonden proces. Tijdsverlies valt voor een bedrijf in beginsel niet meer goed te maken. Een aannemer kan immers zijn bedrijfscapaciteit maar één keer inzetten. Reeds in 1929 was de Raad van Arbitrage hier heel helder in: *'Een aannemer heeft een beperkt eigen kapitaal en beperkte mogelijkheden tot het verkrijgen van krediet. Het feit dat hij geruime tijd meer dan het normale gedeelte van de aannemingsom ten behoeve van een werk heeft moeten aanwenden ontnemt hem de beschikking over een deel van zijn werkkapitaal en beperkt hem in de mogelijkheid andere werken aan te nemen en uit te voeren.'* (RvA 1929, nr. 573, Jaarverslag 1929, verkort aangehaald in M.A.B. Chao-Duivis, *Hoofdstukken Bouwrecht*, deel 4, 2006, nr. 208). Anno 2008 is dit niet anders. De aannemer heeft er groot belang bij dat hij het werk in een vlot werktempo kan maken. In zijn verhouding tot de opdrachtgever heeft hij daar ook recht op, zo bevestigt ook Van den Berg, die in dit verband spreekt over het belang van de aannemer bij continuïteit (*Asser-Van den Berg III-C*, nr. 81). De keerzijde van dit 'recht' is dat de opdrachtgever schadeplichtig is wanneer de vertraging wordt veroorzaakt door voor rekening en risico van de opdrachtgever komende omstandigheden. Binnen een evenwichtige risicoverdeling past dan ook in beginsel niet dat dit recht wordt uitgesloten. Terecht stellen arbiters dan ook de betreffende bepaling buiten toepassing.

5. Het vonnis roept de vraag op of arbiters tot hetzelfde oordeel zouden zijn gekomen indien sprake was geweest van een 'grote' aannemer. Geconfronteerd met een exoneratiebeding kunnen 'kleine' aannemers immers een beroep doen op art. 6:233 BW (onredelijk bezwarendheid) alsmede op art. 6:237 aanhef en sub f BW (reflexwerking grijze lijst). 'Grote' ondernemers die op de voet van art. 6:235, lid 1 BW buiten het toepassingsbereik van art. 6:233 BW vallen, kunnen dat niet, maar kunnen wel met een beroep op de redelijkheid en billijkheid betogen dat een dergelijke exoneratiebepaling terzijde moet worden gesteld (zie W.L. Valk, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 6:235 BW, aant. 2 en art. 6:248 BW, aant. 4b en de daar aangehaalde rechtspraak). Bij stagnatie gaat het vaak al snel om grote financiële belangen, ook voor 'grote' aannemers. In mijn visie zal het uitsluiten van het recht op vergoeding van stagnatieschade, ongeacht de omvang van de getroffen aannemer, al snel in strijd komen met de redelijkheid en billijkheid. Zou het in dit licht kunnen zijn dat arbiters daarom op voorhand art. 6:233 e.v. BW buiten beschouwing hebben gelaten en het beding rechtstreeks hebben getoetst aan de norm van 6:248 BW?

6. Tot slot. Contracten in de bouw berusten op een bepaalde risicoverdeling. Een risicoverdeling waarover doorgaans, zeker bij aanbesteding van een werk, niet onderhandeld kan worden. Risico's waar de aannemer geen enkele invloed op heeft en waar hij dus in zijn prijs ook onmogelijk rekening mee kan houden, horen daarom eigenlijk op het bord van de opdrachtgever te blijven. Als dit anders is, wordt ingeval van plotselinge excessieve prijsstijgingen de aannemer zelfs dwingendrechtelijk beschermd (art. 6:258 BW, zie de noot van W.J.M. Herber bij RvA 29 augustus 2006, *BR* 2006, p. 1105). Zou het - teleologisch geredeneerd - dan niet gerechtvaardigd zijn dat bij een, gezien vanuit genoemde risicoverdeling, vergelijkbaar risico (stagnatieschade) ook een zelfde bescherming hoort, zodat ook om die reden de Raad het beroep op art. 6:248 BW terecht heeft gehonoreerd?

E.W.J. van Dijk

1 Edwin van Dijk is advocaat bij de sectie bouw en vastgoed van Bierman Advocaten in Tiel.

Deel dit artikel  (https://twitter.com/intent/tweet?text=nr. 5 - mai 2008%20TBR 2008-96 Onvoldoende bekwamen en onervaren medewerkers&via=Instituut_BR&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2008/mei/tbr-2008-96)  (<https://www.linkedin.com/shareArticle?mini=true&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2008/mei/tbr-2008-96&title=nr. 5 - mai 2008%20TBR 2008-96 Onvoldoende bekwamen en onervaren medewerkers&source=IBR Tracker>)  (<https://www.facebook.com/sharer/sharer.php?u=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2008/mei/tbr-2008-96&t=IBR Tracker%20nr. 5 - mai 2008%20TBR 2008-96 Onvoldoende bekwamen en onervaren medewerkers>) (mailto:?subject=IBR Tracker Artikel delen&body=Ik vond dit artikel in IBR Tracker:%0D%0Ahttp://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2008/mei/tbr-2008-96)

