

Inefficiëntieschade in de bouw en installatietechniek

– Mr. dr. M.R. Ruymvoorn¹

Tijd is geld en dat betekent dat een aannemer er groot belang bij heeft om zijn werkzaamheden zo efficiënt mogelijk te verrichten. Dat die werkzaamheden niet altijd maximaal efficiënt zullen worden verricht, weet de aannemer ook; niet alles loopt op de bouw altijd van een leien dakje, dat weet hij en met dat gegeven zal hij, bij het bepalen van de aanneemsom, ook rekening houden. Maar wat indien de aannemer zijn werkzaamheden significant minder efficiënt kan uitvoeren dan door hem, bij het sluiten van de overeenkomst en rekening houdend met – kort gezegd – de gebruikelijke tegenvallers, was voorzien als gevolg van omstandigheden die de opdrachtgever zijn toe te rekenen? Dan leidt dit tot inefficiëntieschade die de aannemer mogelijk wil verhalen op de opdrachtgever. In de praktijk blijkt dit laatste evenwel vaak lastig te realiseren. In dit artikel wordt ingegaan op de mogelijke juridische grondslagen voor dergelijke claims en de praktische (bewijs)problemen waar de aannemer bij een dergelijke claim te maken heeft.

1. Inefficiëntieschade

1.1 Wat is inefficiëntieschade?

In het kader van dit artikel definieer ik efficiency schade als volgt: de extra kosten die gemaakt worden voor de uitvoering van werkzaamheden en die conditio sine que non worden veroorzaakt doordat de werkzaamheden niet op de contractueel overeengekomen wijze en/of in de contractueel overeengekomen volgorde kunnen worden verricht dan wel, zo zulks niet contractueel is overeengekomen, niet op de wijze en/of niet in de volgorde kunnen worden verricht die een gemiddeld zorgvuldig handelend aannemer zou hebben aangewend op basis van de wetenschap ten tijde van het sluiten van de overeenkomst.

Het aan deze definitie ten grondslag liggende uitgangspunt is dat een aannemer bij het bepalen van de aanneemsom ten tijde van het sluiten van de overeenkomst zal trachten om door hem uit te voeren werkzaamheden zo kostenefficiënt mogelijk uit te voeren. Zowel voor wat betreft de inzet van werknemers als voor wat betreft de inzet van materieel. Sommige werkzaamheden zullen bijvoorbeeld het meest efficiënt met drie medewerkers worden uitgevoerd, terwijl voor andere werkzaamheden geldt dat drie werknemers elkaar in de weg gaan lopen en twee werknemers het meest efficiënt is. Voor de inzet van materieel betekent het dat indien bijvoorbeeld een mobiele kraan moet worden gehuurd door de aannemer, hij er met de planning rekening mee zal houden dat alle werkzaamheden waarvoor een mobiele kraan nodig is, sequentieel (volgordelijk) achter elkaar ingepland kunnen worden zodat de huurperiode tot een minimum kan worden beperkt.

Deze definitie sluit aan bij de definitie van Jacobs² die van verlies van efficiëntie spreekt ‘wanneer de aannemer niet in staat is de productiecapaciteit van zijn personeel en materieel ten volle te benutten door niet voor zijn rekening komende verstoringen’. Het gaat dan, aldus Jacobs, om verstoringen midden in het bouwproces. Het nadeel van deze definitie is dat deze te algemeen is; strikt genomen vallen ook de hierna te bespreken andere schadeveroorzakende gebeurtenissen, zoals leegloop en uitloop onder deze definitie, terwijl deze begrippen wezenlijk van inefficiëntie in de door mij bedoelde zin te onderscheiden zijn en ook in een juridische procedure anders dienen te worden behandeld. Zo worden zij gekenmerkt door deels andere juridische grondslagen en (bewijs)problemen. Zij vallen daarmee buiten het bestek van deze bijdrage. Desalniettemin is het van belang, voor de hierna te behandelen efficiencyschade, om een goed begrip te hebben van de verschillen tussen inefficiëntieschade, uitloopschade, leegloopschade en meerwerk. Dat klemmt temeer, nu deze begrippen praktisch gesproken veelal in

¹ Marcel Ruymvoorn is advocaat bij Van Benthem en Keulen Advocaten en Notariaat in Utrecht en honorair universitair docent aan de Universiteit Utrecht.

² A.F.J. Jacobs, *Vertragingschade in de bouw*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2013, p.3.



elkaar overlopen (in die zin bijvoorbeeld dat meerwerk en uitloop gemakkelijk kunnen leiden tot inefficiëntieschade en inefficiëntie gemakkelijk leidt tot uitloop). In de volgende paragraaf zal hier daarom kort bij worden stilgestaan.³

Overigens worden in de praktijk in dit verband ook vaak de termen 'stagnatie' of 'stagnatieschade' en 'productiviteitsverlies' of 'faalkosten'⁴ gebruikt. De reikwijdte van deze begrippen is echter bepaald niet eenduidig; soms wordt met het begrip 'stagnatie' enkel gedoeld op 'zuivere' inefficiëntieschade, maar tevens op uitloop (of uitloop-schade) en de term 'productieverlies' dekt in de praktijk veelal niet enkel leegloop (of leegloopschade), maar tevens inefficiëntie of inefficiëntieschade. Ook de term 'faalkosten' heeft een ruimer bereik, nu daaronder mede door de aannemer gemaakte fouten worden geschaard. Ik zal de termen 'stagna-

tie en productieverlies' in deze bijdrage daarom niet meer gebruiken.

1.2 Inefficiëntie versus meerwerk, uitloop en leegloop

Inefficiëntie dient onderscheiden te worden van drie andere, in de bouw veelvuldig gevorderde (schade)posten, te weten: meerwerk, uitloop en leegloop. Inefficiëntie onderscheidt zich van *meerwerk* doordat de 'scope' van de opdracht niet wijzigt. Dat is bij meerwerk wel het geval. In geval van meerwerkvoororderingen gaat het altijd om een uitbreiding van de werkzaamheden ten opzichte van die welke initieel tussen partijen zijn overeengekomen. Dat neemt niet weg, dat meerwerk onder omstandigheden wel kan leiden tot inefficiëntie. Krijgt een aannemer bijvoorbeeld halverwege de uitvoering van de werkzaamheden de opdracht om extra werkzaamheden te verrichten en moet hij daarvoor een steiger bouwen die hem met betrekking tot de uitvoering van de initieel overeengekomen werkzaamheden in de weg staat, dan kan het gevolg zijn dat de uitvoering van die laatstbedoelde werkzaamheden daardoor inefficiënter verloopt. Dat zelfde geldt bijvoorbeeld ingeval het uitvoeren van het meerwerk vergt dat de aannemer zijn initiële werkzaamheden tijdelijk geheel of gedeeltelijk moet

³ Een treffend voorbeeld van een uitspraak waarin al deze begrippen door elkaar worden gebruikt zonder duidelijke omlijnning is te vinden in RvA 5 juni 2012 No. 30.379, ov. 59-62.

⁴ Vgl. M.M. Noordhuis, *De waarde van ketensamenwerking, Empirisch onderzoek naar de relatie tussen de toepassing van ketensamenwerking en het verlaten van (faal-)kosten, het verhogen van de kwaliteit en het verminderen van de doorlooptijd bij de nieuwbouw, onderhoud en renovatie van woningen* (diss. 2015), Hollandridderkerk, p. 67.

opgeschorten; doordat dit betekent dat hij de initiële werkzaamheden eerst moet afbouwen en daarna weer moet opstarten, kunnen die werkzaamheden niet meer aan een stuk en daarmee optimaal efficiënt uitgevoerd worden. Een in de praktijk veel voorkomend geschil wordt dan gevormd door de vraag of de aannemer, toen hij de meerwerkprijs met de opdrachtgever overeenkwam, daarin ook de hier bedoelde inefficiëntiekosten heeft meegenomen of enkel het uitvoeren van het meerwerk 'sec' heeft geprijsd. Veel zal daarbij afhangen van de bewoordingen in de meerwerkopdracht en de daaraan ten grondslag liggende offerte(s).

Eveneens van inefficiëntie te onderscheiden is *uitloop*, al liggen de beide begrippen in de praktijk veelal in elkaars verlengde. Van uitloop is sprake wanneer de overeengekomen oplevertermijn in de toekomst verschuift. Dat kan in de praktijk heel veel oorzaken hebben. Er kunnen bijvoorbeeld klimatologische omstandigheden een rol spelen, materialen kunnen te laat beschikbaar komen, er kan sprake zijn van ziekte van personeel, maar uitloop *kan* ook het gevolg zijn van inefficiëntie in de uitvoering van de werkzaamheden waardoor deze uiteindelijk langer duren dan initieel voorzien.⁵

Inefficiëntie zal er in beginsel toe leiden dat de uitvoering van de werkzaamheden langer duurt dan initieel voorzien, maar dat hoeft niet het geval te zijn; wanneer de aannemer versnelt, dan hoeft dat, ondanks optredende inefficiëntie, niet te leiden tot uitloop. Het leidt dan natuurlijk wel tot versnellingskosten die niet in de aanneemsom zijn verdisconteerd. Omgekeerd is een apart probleem bij versnelling van een project overigens dat dit doorgaans leidt tot inefficiëntie; een aannemer zal in beginsel trachten om de door hem uit te voeren werkzaamheden uit te laten voeren door een optimaal efficiënt aantal medewerkers. Wanneer een bouwkeet optimaal efficiënt door twee medewerkers wordt geplaatst, maar in het kader van een poging om de plaatsing te versnellen, daar twee medewerkers aan worden toegevoegd, zal het werk met een verdubbeling van het aantal mensen niet twee keer zo snel gereed zijn. De verwachting is weliswaar dat het werk met 4 personen sneller gereed zal zijn dan wanneer het zou zijn uitgevoerd met twee medewerkers, maar naarmate er medewerkers aan worden toegevoegd, zullen zij elkaar ook meer in de weg gaan lopen waardoor inefficiëntie optreedt. Dat is een bekend fenomeen en veelal wordt hiermee in de praktijk, wanneer tussen aannemer en

opdrachtgever wordt gesproken over het versnellen van een project, ook rekening gehouden.

En dan is er het begrip *leegloop*. Ook leegloop valt goed te onderscheiden van inefficiëntie. Bij leegloop is er sprake van de situatie waarin de aannemer überhaupt het voorgenomen werk niet kan verrichten, maar geen vervangend empooi heeft of materieel - anders dan voorzien - ongebruikt op de bouwplaats staat.⁶ Om ook hier een voorbeeld van de te geven: stel dat de installateur met de opdrachtgever heeft afgesproken om op een bepaalde datum een aantal leidingen te lassen, maar, op het werk aangekomen, constateert dat hij niet op de betreffende werkplek kan komen doordat de bouwkundig aannemer daar een steiger heeft opgebouwd. Indien de betreffende installateur onverrichter zake moet terugkeren, dan is er geen sprake van inefficiëntie, maar van leegloop van diens uren. Hij kan immers geen werkzaamheden verrichten, maar zijn tijd ook niet op een andere manier declarabel inzetten. En uiteraard kan ook leegloop leiden tot inefficiëntie, bijvoorbeeld omdat de initieel te verrichten werkzaamheden vaker dan beoogd (hernieuwd) dienen te worden afgesloten en opgestart bij een onderbreking die tot leegloop leidt.⁷

Meerwerk, Uitloop (veelal gesanctioneerd met een boetebeding) en leegloop kennen ieder zo hun eigen juridische grondslagen en (bewijs)problemen, maar deze vallen buiten het bestek van dit artikel. In het artikel richt ik mij enkel op de lastigste categorie van de vier die hiervoor zijn besproken, te weten inefficiëntieschade.

2. Problemen bij inefficiëntieclaims

Inefficiëntieclaims, in een poging om inefficiëntieschade vergoed te krijgen van de opdrachtgever, zijn in de praktijk vaak lastig succesvol tot een goed einde te brengen. Dat heeft een aantal oorzaken. In eerste instantie wordt veelal onvoldoende aandacht gegeven aan de juridische grondslag of grondslagen waarop de vordering wordt gebaseerd. Daarnaast geldt dat de aannemer die inefficiëntieschade geldend wil maken, aanloopt tegen een aantal in de praktijk vaak lastige bewijsproblemen. Deze zullen in het hiernavolgende kort worden besproken, alvorens in te gaan op de problematiek die in deze bijdrage centraal staat, namelijk de mogelijke (alternatieve) juridische grondslagen voor inefficiëntieclaims.

⁶ Zie bijvoorbeeld RvA 3 februari 2010, No. 30.265, par. 11 en A.F.J. Jacobs, t.a.p., p. 78-79.

⁷ Voor gevallen waarin leegloop leidt tot inefficiëntieschade zie bijvoorbeeld RvA 11 april 2014, No. 31.551, ov. 460, RvA 7 februari 2012, No. 31.740, ov. 40 en RvA 5 juni 2012, No. 30.379, ov. 59-62. Zie verder L. Mundt en T.A. Terlien, 'Aan de aannemer verschuldigde verdragsschade, praktische aanknopingspunten uit de jurisprudentie', *TBR* 2013/23, p. 115.

⁵ In gelijke zin: A.F.J. Jacobs, t.a.p., p. 3. Zie verder bijvoorbeeld RvA 22 september 2016, No. 34.982, waarin deze problematiek nadrukkelijk aan de orde was.

2.1 De gebeurtenis die tot inefficiëntie heeft geleid

Allereerst dient de aannemer te stellen en, bij betwisting, te bewijzen dat er zich een gebeurtenis heeft voorgedaan die heeft geleid tot inefficiëntie én die is veroorzaakt door omstandigheden die in de risicosfeer liggen van de opdrachtgever. Dat is de eerste hobbel die de aannemer moet zien te nemen. Hij kan er niet mee volstaan om simpelweg te stellen dat zijn inefficiëntieschade gelijk is aan het bedrag dat bij nacalculatie resteert door van de totale bouwkosten de overeengekomen aanneemsom af te trekken (de zogenaamde 'total cost method').⁸ De aannemer zal concreet dienen te stellen wanneer welke gebeurtenis, die in de risicosfeer ligt van de opdrachtgever, heeft plaatsgevonden en dat daardoor niet bijvoorbeeld overeenkomstig de (al dan niet contractueel vastgelegde) planning kon worden gewerkt. Dat valt achteraf, zeker wanneer het een omvangrijk project betreft, in de praktijk niet altijd even makkelijk meer vast te stellen. Dat klemt temeer indien de inefficiëntieschade een uitvloeisel is geweest van bijvoorbeeld meerwerk of leegloop. Dit laatste kan concreet worden gemaakt aan de hand van een voorbeeld: stel dat een lasser op enig moment zijn werkzaamheden moet staken omdat de door de opdrachtgever geplaatste steiger, die de lasser bij de uitvoering van zijn werkzaamheden nodig heeft, wordt afgekeurd. De lasser kan op dat moment niet verder en dat leidt tot leegloop. Hij moet echter ook zijn werkzaamheden afsluiten en, nadat de steiger weer is vrijgegeven, weer opstarten. Daardoor kunnen de laswerkzaamheden niet optimaal efficiënt worden uitgevoerd zoals het geval zou zijn geweest indien hij de werkzaamheden aan één stuk door had kunnen uitvoeren en voltooiën. Dat er, als gevolg van het afkeuren van de steiger, sprake is geweest van leegloopschade, valt bij tegenspraak waarschijnlijk nog wel te bewijzen. De inefficiëntieschade bevindt zich echter in een aanzienlijk verder verwijderd verband tot de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust (maar valt mijns inziens evident wel binnen de reikwijdte van art. 6:98 BW; zie hieronder paragraaf 2.2) en wanneer de betreffende lasser zijn tijd al bijhoudt, dan zal uit diens urenstaten achteraf hoogstwaarschijnlijk niet meer zijn te destilleren hoeveel tijd extra de lasser nu precies kwijt is geweest voor de uitvoering van de initiële werkzaamheden als gevolg van het extra moeten afsluiten en opstarten daarvan. Dergelijke inefficiëntieschade wordt dan vaak 'verschmertz' in het grotere geheel en de aannemer rest in veel gevallen dan enkel nog de stelling dat het aannemelijk is dat er van enige inefficiëntieschade wel sprake moet zijn geweest en dat deze ex aequo et bono door de rechter moet worden geschat. De

enige oplossing voor dit probleem vormt natuurlijk het bijhouden van een (sluitende) gedetailleerde administratie, maar op een dergelijke administratieve rompslomp zit de gemiddelde aannemer, laat staan de gemiddelde lasser, natuurlijk niet te wachten, nog los van het antwoord op de vraag hoe klantvriendelijk een dergelijke (minutieuze) administratieve vastlegging van alle activiteiten en de duur daarvan door de opdrachtgever wordt ervaren. Maar daarmee zit de aannemer natuurlijk wel in een spreekwoordelijke spagaat.

2.2 Causaal verband

Een ander (bewijs)probleem doet zich voor in het verlengde daarvan voor wat betreft het causaal verband tussen de door de aannemer geleden inefficiëntieschade en de gebeurtenis die die schade heeft veroorzaakt. Het gaat hier om het *conditio sine qua non*-verband. Dat wil zeggen dat, bij tegenspraak door de opdrachtgever, de aannemer dient te bewijzen dat indien de betreffende gebeurtenis waarvan hij vindt dat die in de risicosfeer van de opdrachtgever ligt, niet zou hebben plaatsgevonden, de inefficiëntieschade zou zijn uitgebleven.⁹ Die bewijsverplichting geldt ongeacht de juridische grondslag die door de aannemer tot basis voor zijn vordering wordt genomen. Hier spelen (in het na-deel van de aannemer) vragen als: was de betreffende gebeurtenis voor de aannemer niet voorzienbaar? Had hij daar met de planning geen rekening mee kunnen houden? Heeft de aannemer het nodige gedaan om op de gebeurtenis te anticiperen? Kon, in ons hiervoor gegeven voorbeeld, de lasser die met leegloop werd geconfronteerd, zijn tijd niet op een andere manier nuttig besteden in het kader van de bouw? En, last but not least, heeft de betreffende gebeurtenis er niet tevens toe geleid dat, later in de uitvoering van de werkzaamheden, weer een efficiencyvoordeel kon worden bereikt door bepaalde werkzaamheden te clusteren? Worden dergelijke vragen in het juridisch debat betrokken (en dat is in de praktijk niet zelden het geval), dan gooit menig aannemer de spreekwoordelijke handdoek in de ring.

2.3 Welke mate van inefficiëntie is (nog) acceptabel?

Geen enkel bouwproces zal in de praktijk optimaal efficiënt kunnen worden uitgevoerd. Daarvoor is het gemiddelde bouwproces simpelweg te complex en spelen er te veel variabelen. Daarbij wordt de bouwsector in het algemeen ook nog eens gezien

⁸ Rechtbank Den Haag 7 december 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU7607. Zie verder A.F.J. Jacobs, t.a.p., p. 61 en de daar aangehaalde buitenlandse literatuur en rechtspraak.

⁹ Vgl. bijvoorbeeld RvA11 mei 2020, No. 72.182, waarin de Raad onder meer overweegt dat 'de vordering in eerste aanleg is afgewezen omdat (...) welke weeroomstandigheden wanneer hebben geleid tot welke inefficiëntie en welke extra kosten (...) daardoor zijn veroorzaakt.'

als één van de minst efficiënte industriepakken.¹⁰ Maar los daarvan, een zekere mate van inefficiëntie is inherent aan constructie- en installatieprojecten en moet worden aanvaard. De aannemer zal daarmee, bij het berekenen van de aanneemsom, ook rekening houden. De vraag is echter welke mate van inefficiëntie nog aanvaardbaar/acceptabel moet worden geacht. Dat zal afhangen van de aard en omvang van een aantal variabelen, zoals de aard en omvang van het project, de mate waarin en de wijze waarop het project kon worden voorbereid, de complexiteit van de uit te voeren werkzaamheden, het aantal aannemers dat op het project werkzaam is en de volgorde van de werkzaamheden waarin deze aannemers hun werkzaamheden verrichten. Het is mijn indruk dat met name de Angelsaksische landen voorop lopen met onderzoek op dit vlak.¹¹

2.4 Schadeberekening

Slaagt de aannemer in het bewijs dat een bepaalde gebeurtenis tot inefficiëntie heeft geleid en dat de oorzaak daarvan - kort gezegd - ligt in de risicosfeer van de opdrachtgever, staat de aansprakelijkheid van de opdrachtgever voor de dientengevolge door de aannemer geleden schade vast, dan komt het volgende probleem om de hoek kijken: hoeveel bedraagt de vermogensschade van de aannemer precies? Ook hier komt de aannemer er niet mee weg door simpelweg de daadwerkelijke door hem gemaakte kosten te vergelijken met de, ten tijde van het sluiten van de overeenkomst en het bepalen van de aanneemsom, door hem begrote kosten. Aansluiting zoekend bij het hiervoor genoemde voorbeeld, zal de aannemer concreet moeten aangeven hoeveel tijd de lasser uit het eerdere voorbeeld extra werkzaam is geweest op het betreffende project ten gevolge van de opgetreden inefficiëntie en welke kosten daaraan voor hem gerelateerd zijn geweest die hij anders niet zou hebben gehad. Uiteraard, voor zover gedeelde winst niet contractueel is geëxoneerd, kan de aannemer daar nog de marge bij optellen die hij zou hebben kunnen realiseren indien hij de lasser op een ander product declarabel had kunnen inzetten. Lastig uitgangspunt daarbij is en blijft natuurlijk het causale verband tussen de gebeurtenis en de concreet geleden schade. Vandaar dat in veel procedures de aannemer besluit om, in verband met de complicaties bij het bereke-

nen van de concrete schade, die door de rechter of arbiter maar ex aequo et bono te laten schatten.¹²

2.5 Leidraad Vertraging en Verstoring; een mogelijke oplossing

De hiervoor geschetste problematiek is niet nieuw en wordt door alle stakeholders (opdrachtgevers, aannemers en adviseurs) als klemmend ervaren. In de praktijk wordt steeds vaker gezocht naar ad hoc-oplossingen ter voorkoming van deze problematiek en een passende contractuele vastlegging daarvan. Dat laatste blijkt in de praktijk nogal eens lastig omdat geen van betrokken partijen bij de aannemingsovereenkomst zich op voorhand op een bepaalde risicoverdeling (waarvan niet alleen het zich voordoen, maar vooral de omvang van tevoren vaak lastig te voorspellen is) wil vastleggen.

Recentelijk heeft dit geleid tot een multidisciplinair samengestelde werkgroep onder hoofddirectie van prof. mr. dr. M.A.B. Chao-Duivis, met het voornemen om een leidraad omtrent vertraging en verstoring op te stellen. Doel van de betreffende leidraad is dat partijen door de inhoud daarvan geholpen worden om samen te voorkomen dat vertraging en verstoring optreedt en dat indien daarvan toch sprake is, de inhoud van de leidraad eraan kan bijdragen dat partijen samen in staat zijn om tot een oplossing te komen of, indien dat niet lukt, de inhoud eraan kan bijdragen dat het geschil op een goedkopere en gelijkere manier wordt beslist. Daarmee wordt in de leidraad beoogt oplossingen aan te dragen om de hiervoor gesignaleerde problematiek te ondervangen. Indien mogelijk reeds op voorhand in de voorbereidings- en planningsfase, maar ook, indien het kwaad op enig moment is geschied, door middel van het aanreiken van (alternatieve) oplossingen voor de hiervoor geschetste causaliteits- en aanverwante problemen. De leidraad is in voorbereiding en naar ik begrepen heb, zal binnenkort een (eerste) consultatieronde volgen.

Waar in de leidraad (logischerwijs zou ik bijna willen zeggen) niet direct aandacht aan lijkt te worden besteed, betreft een ander interessant thema dat bij optredende inefficiëntieschade grote relevantie geniet en in elk geval een essentieel thema vormt voor zover partijen niet buiten de rechter om tot een oplossing kunnen komen. Dit betreft de mogelijke (alternatieve) juridische grondslagen om een inefficiëntieclaim op te kunnen baseren.

2.6 Juridische grondslagen

Last but not least is de aannemer natuurlijk verplicht om aan te geven wat de juridische grondslag van de vordering is die ten grondslag ligt aan

¹⁰ Vgl. *The Economist*, Least improved: Efficiency eludes the construction industry. American builders' productivity has plunged by half since the late 1960s, Business, 17 augustus 2017 en *Cobouw*, The Economist: 'De bouw is de minst efficiënte industrie ter wereld', 23 augustus 2017.

¹¹ Zie bijvoorbeeld White Paper Intergraph Cooperation, Factors affecting construction labour productivity, 2012, McKinsey & Company, the construction productivity imperative, July 1, 2015. Zie verder M.M. Noordhuis, t.a.p. en de door hem aangehaalde Angelsaksische onderzoeken en literatuur op het gebied van faalkosten en inefficiëntie als onderdeel daarvan.

¹² Zie bijvoorbeeld: RvA 9 april 2010, No. 30.502, RvA 7 februari 2012, No. 31.740, RvA 15 oktober 2012, No. 31.754, RvA 6 maart 2012, No. 30.567, RvA 22 juli 2013, No. 32.305 en RvA 11 april 2014, No. 31.551.

de inefficiëntieclaim. Dat blijkt in de praktijk nogal eens lastig te zijn, zowel in de rechtshulpverlening als in de rechtspraak. In de rechtspraak is een groot aantal recente uitspraken terug te vinden waarin die grondslag eenvoudigerweg in de uitspraak in het midden wordt gelaten.¹³ Daar waar sprake is van arbitrage en waarbij arbiters als goede mannen naar billijkheid hebben te beslissen, komt een aannemer er wellicht nog mee weg¹⁴ wanneer hij wat schimmig is omtrent de juridische grondslag van zijn vorderingen, maar bij de overheidsrechter zal de vordering daar al snel op stranden. Toch is het mijns inziens niet zo lastig om de juridische grondslagen voor een inefficiëntieclaim uit te werken, zij het dat de ene grondslag meer voor de hand ligt dan de andere.

3. Mogelijke juridische grondslagen

3.1 UAV en andere (algemene) voorwaarden

Hoevervangrijker het werk, des te meer zijn aannemer en opdrachtgever tot elkaar veroordeeld en van elkaar afhankelijk. Dat geldt in nog belangrijker mate indien er meerdere (onder) aannemers op het werk aanwezig zijn en de coördinerende rol bij de opdrachtgever ligt. Dit is in de UAV 2012 onderkend in par. 5 en par. 31, waarin een aantal expliciete medewerkingsplichten van de opdrachtgever zijn neergelegd. Belangrijk, maar zoals we zullen zien, veelal niet toereikend om als juridische grondslag te kunnen dienen voor een zuivere inefficiëntieclaim. In par. 5 en par. 31 zijn de volgende medewerkingsplichten van de opdrachtgever neergelegd:

- de opdrachtgever dient in te staan voor de tijdige aanwezigheid van de publiekrechtelijke en privaatrechtelijke toestemmingen die voor de opzet van het werk volgens het bestek zijn vereist (par. 5 lid 1 sub a UAV 2012);
- de opdrachtgever dient te garanderen dat de aannemer tijdig over het terrein kan beschikken (par. 5 lid 1 sub b UAV 2012);
- de opdrachtgever is verplicht de aannemer tijdig de benodigde tekeningen en andere gegevens ter hand te stellen (par. 5 lid 1 sub c UAV 2012);
- de directie dient namens de opdrachtgever een bespreking te houden waarbij de aannemer

wordt ingelicht over de juiste ligging van kabels en leidingen; en

- de opdrachtgever is verplicht tot coördinatie van in elkaar grijpende werken (par. 31 lid 2 UAV 2012).

In de praktijk is een belangrijke bron van het optreden van inefficiëntieschade daadwerkelijk het gebrek aan coördinatie van in elkaar grijpende werken waarbij meerdere aannemers (in opdracht van de opdrachtgever) werkzaam zijn. In een dergelijke situatie is de opdrachtgever de enige partij die het in zijn macht heeft om ervoor te zorgen dat de verschillende werken goed op elkaar aansluiten en dat loopt in de praktijk nogal eens spaak. Wordt, in een onderhavig geval, inefficiëntie daadwerkelijk enkel veroorzaakt door - kort gezegd - een dergelijk gebrek aan coördinatie, dan biedt par. 31 lid 2 UAV 2012 daarvoor dus een juridische grondslag voor de vergoeding van de daaraan gerelateerde kosten.

Maar daar blijft het dan ook bij. Voor vergoeding van inefficiëntieschade die een andere oorzaak kent (en zoals hiervoor al is aangegeven kunnen die oorzaken uiterst divers zijn) wordt in de UAV 2012, wellicht afgezien van par. 26.7 (waarover hieronder kort meer), geen juridische grondslag geboden.

Ook andere algemene voorwaarden (die we vaker in technische installatie-industrie aantreffen) kennen dergelijke medewerkingsverplichtingen van de opdrachtgever. Ik verwijs bijvoorbeeld naar art. 11.1 van de Metaalunievoorwaarden (versie januari 2019). Dit artikellid luidt als volgt:

‘Opdrachtgever zorgt ervoor dat opdrachtnemer zijn werkzaamheden ongestoord en op het overeengekomen tijdstip kan verrichten en dat hij bij de uitvoering van zijn werkzaamheden de beschikking krijgt over de benodigde voorzieningen, zoals:

- Gas, water, elektriciteit en internet;
- Verwarming;
- Afsluitbare droge opslagruimte;
- Op grond van de Arbowet en –regelgeving voorgeschreven voorzieningen.’

Deze medewerkingsverplichting voor de opdrachtgever gaat al aanmerkelijk verder dan de medewerkingsverplichtingen in de UAV 2012 en bieden de aannemer in geval van inefficiëntieschade aldus meer houvast.

In aanvulling op deze, meer algemeen geformuleerde, zogenaamde instaatstellingsverplichtingen (dat wil zeggen: contractuele verplichtingen om de schuldenaar in staat te stellen om na te komen en zoals nader uitgewerkt in paragraaf 3.2) aan de zijde van de schuldeiser vinden wij in veel algemene voorwaarden her en der verspreid aanknopingspunten voor inefficiëntieclaims, maar dan enkel voor zover die inefficiëntieschade hele specifieke

¹³ Zie bijvoorbeeld RvA 22 april 2020, No. 36.493, RvA 6 november 2019, No. 36.364 (met dien verstande dat in deze zaak door de eiser wel een beroep werd gedaan op par. 13 UAV-GC 2005), RvA 11 juni 2018, No. 34.857, RvA 20 juni 2016, No. 35.224 en RvA 22 september 2016, No. 34.982. In al deze uitspraken is uitvoerig gedebatteerd over (vermeende) inefficiëntieschade, maar blijft onduidelijk op welke juridische grondslag die schade wordt gevorderd of afgewezen.

¹⁴ Vgl. M.A.B. Chao-Duivis, ‘Betekenis en relevantie van rechtspreken als ‘goede mannen naar billijkheid’, BR 2005/52, p. 210 en Meijer en Van Roessel, ‘Enige beschouwingen over goede mannen naar billijkheid’, deel I en II, TvA 2010, p. 12 en 28.

oorzaken kent. Zonder daarbij te willen streven naar volledigheid wijs ik bijvoorbeeld op het bepaalde in par. 26.7 UAV 2012. Deze paragraaf luidt als volgt:

‘Wijzigingen door de directie in het goedgekeurde algemene tijdschema of gedetailleerde werkplan aangebracht geven de aannemer aanspraak op betaling, indien van hem meer wordt verlangd dan redelijkerwijs van hem kan worden gevergd.’

Het is uiteraard zeer wel denkbaar (zo niet voor de hand liggend) dat wijzigingen die worden aangebracht in het werkplan, leiden tot inefficiëntieschade bij de aannemer. Indien inefficiëntieschade derhalve deze specifieke oorzaak kent, kan par. 26.7 UAV 2012 een alternatieve (contractuele) grondslag vormen voor vergoeding van die schade. Een vergelijkbare situatie zou zich kunnen voordoen indien inefficiëntieschade het gevolg is van nieuwe wettelijke voorschriften en overheidsbeschikkingen die na het sluiten van de overeenkomst in werking zijn getreden. De UAV 2012 en de UAV-GC 2005 bevatten regelingen met betrekking tot de gevolgen van het naleven van nieuwe wettelijke voorschriften en beschikkingen, mits zij voor de opdrachtnemer niet voorzienbaar waren ten tijde van de aanbidding. Dergelijke schade komt dan, op grond van de UAV 2012 voor rekening van de opdrachtgever (par. 6 lid 13 UAV 2012 en par. 11 lid 3 UAV-GC 2005). Ook hier betreft het dan echter efficiëntieschade met een hele specifiek oorzaak.

Strikt genomen, indien de genoemde algemene voorwaarden onderdeel zijn gaan uitmaken van de aannemingsovereenkomst, betreft het hier dan dus een contractuele grondslag, geënt op het (toerekenbaar) tekortschieten door de opdrachtgever van diens medewerkingsverplichtingen onder de aannemingsovereenkomst. Maar wat indien in de aannemingsovereenkomst niet wordt verwezen naar dergelijke algemene voorwaarden of de oorzaak van de inefficiëntieschade, bij toepassing van de UAV-GC 2005 niet onder de noemer van par. 31 valt te brengen?

3.2 De aannemingsovereenkomst zelf

Dat brengt mij tot de mijns inziens meest voor de hand liggende, maar in de praktijk weinig toegepaste grondslag voor de vergoeding van inefficiëntieschade en dat is de aannemingsovereenkomst zelf. Beslissend voor de vraag of de aannemingsovereenkomst een juridische grondslag vormt voor vergoeding van inefficiëntieschade is in eerste instantie of deze overeenkomst een zogenaamde ‘institutenverplichting’ bevat.¹⁵ Ik doel daarmee op het navolgende. Algemeen wordt tot uitgangspunt

genomen dat wanneer een schuldeiser niet contractueel verplicht was tot medewerking aan het leveren van de prestatie van zijn wederpartij, geen sprake kan zijn van wanprestatie indien de schuldeiser deze medewerking nalaat.¹⁶ Indien er derhalve geen sprake is van wat ik noem een ‘contractuele instaatstellingsverplichting’ die dus een instaatstellingsverplichting oplevert, dan levert het uitblijven van medewerking daaraan dus geen wanprestatie op, maar kan de schuldeiser, indien zijn gebrek aan medewerking hem kan worden toegerekend, in schuldeisersverzuim geraken.¹⁷ Hier kom ik in de volgende paragraaf op terug.

Waar het mij nu om gaat, is dat de aannemingsovereenkomst wél een instaatstellingsverplichting bevat. In de praktijk kom ik die echter veelal niet expliciet in aannemingsovereenkomsten tegen (afgezien van de daartoe strekkende verplichtingen in de UAV 2012 of andere algemene voorwaarden die onderdeel van het contract zijn geworden en waarover ik hierover reeds sprak), in dier voege dat doorgaans niet expliciet is bepaald dat de opdrachtgever verplicht is om de aannemer in staat te stellen om de uit te voeren werkzaamheden volgens de door de aannemer beoogde planning, sequentieel en op de wijze waarop de aannemer gedacht had de werkzaamheden uit te voeren, te verrichten. De vraag is echter, of dat *bij overeenkomsten tot aanneming van werk* een groot probleem is. Bij dergelijke overeenkomsten, gegeven de specifieke aard daarvan, zal naar mijn mening namelijk een contractuele verplichting van de opdrachtgever daartoe zijn af te leiden uit art. 6:248 lid 1 BW of omdat, zoals in de literatuur wordt verdedigd, instaatstellingsverplichtingen bij een overeenkomst tot aanneming van werk simpelweg voortvloeien uit de strekking daarvan. Indien de schuldenaar bij de nakoming van zijn verbintenis een zelfstandig en positief belang heeft dat niet is gelegen in het louter bevrijd worden van zijn verbintenis of het verkrijgen van de tegenprestatie, maar een voordeel betreft dat slechts gerealiseerd kan worden door het daadwerkelijk verrichten van de eigen prestatie, dan ligt daarin een contractuele instaatstellingsverplichting besloten.¹⁸ Uitgerekend bij overeenkomsten tot aanneming van werk zal dat m.i. regelmatig aan de orde zijn. Wellicht nog niet direct bij het vervangen van een enkele leiding, maar naar mate het werk omvangrijker wordt, zal het belang voor de aan-

¹⁶ Asser-Sieburgh 6-I 2016/292 en A.L.M. Keirse, *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:58 BW, aant. 3.2.

¹⁷ *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 219. Anders: J.B.M. Vranken, ‘Afdeling 6.1.7: het verzuim van de schuldeiser’, *WPNR* 1968-5789, p. 419 en, kritisch, R.I.V.F. Bertrams, *Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht* 1995.

Aspecten van het Weens Koopverdrag, Lelystad: Vermande 1995, p. 39.

¹⁸ Zie C.A. Streefkerk, *Schuldeisersverzuim (Mon. Nieuw BW B-32c)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 3.2. en Asser-Sieburgh 6-I 2016/289. In gelijke zin: M.A.M.C. van den Berg, ‘De medewerkingsplicht van de opdrachtgever bij aanneming van bouwwerken’, *BR* 2005, 107, p. 464 e.v.

¹⁵ Voor de introductie van deze term, zie M.R. Ruygvoorn, ‘Kan ik van mijn overeenkomst af met een beroep op de Coronacrisis? Enkele weerspiegelingen, maar in het bijzonder over schuldeisersverzuim en schuldeisersovermacht’, *NJB* 2020/882, p. 970-976.

nemer om het werk ook daadwerkelijk te kunnen realiseren (en afbouwen) steeds relevanter worden. Niet alleen vanwege de continuïteit die in de bouw- en installatietechniek zo'n belangrijke rol speelt (mensen aan het werk houden), maar ook omdat een aannemer natuurlijk graag zijn naam verbonden ziet aan een geslaagd omvangrijk werk. Vranken en Hesselink lijken in dit verband zelfs nog een stap verder te willen gaan. Vranken¹⁹ verdedigt, onder verwijzing naar de ontwikkeling die het begrip "verbintenis" heeft doorgemaakt, dat het schuldeisersverzuim gelijkgesteld zou dienen te worden aan het schuldenaarsverzuim, zodat de schuldeiser in beginsel altijd een contractuele medewerkingsplicht heeft. Hesselink²⁰ verwijst naar de Principles of European Contract Law en de daarin opgenomen 'duty to cooperate' aan de zijde van de schuldeiser, waaruit een vergelijkbare verplichting voor de schuldeiser zou voortvloeien.

Mij gaat de opvatting van Vranken iets te ver omdat het aannemen van een contractuele instaatstellingsverbintenis, gezien in het wettelijk systeem, een op dit punt op rechtsgevolg gerichte wil veronderstelt aan de zijde van de schuldeiser, die er, wanneer we naar de praktijk van alle dag kijken, waarschijnlijk in veel gevallen helemaal niet zal zijn (en naar mijn smaak ook niet altijd hoeft te zijn), hetgeen dan mijns inziens enkel met een beroep op de wilsvertrouwenstheorie nog gerepareerd zou kunnen worden. Dat komt mij gekunsteld voor. En ook onnodig gezien art. 6:248 lid 1 BW. Dit artikel bepaalt immers dat een overeenkomst niet enkel de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen heeft, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien. Via die weg laat zich in veel gevallen een 'medewerkingsplicht' of 'instaatstellingsverbintenis' van de opdrachtgever construeren om de schuldenaar in staat te stellen om na te komen en alsdan volgens de schending daarvan dus wel degelijk een tekortkoming. Voor zover die tekortkoming toerekenbaar is levert zij op voet van art. 6:74 BW een solide juridische grondslag voor een vordering tot vergoeding van inefficiëntieschade.

Dat een instaatstellingsverbintenis via de weg van art. 6:248 lid 1 BW bij aannemingsovereenkomsten goed te construeren valt, acht ik zondermeer verdedigbaar. Net zo goed als de opdrachtgever verwacht en mag verwachten dat de door hem ingeschakelde aannemer, indien deze het werk op regie heeft aangenomen, zich tot het uiterste inspant om het werk zo kostenefficiënt mogelijk te realiseren en daarmee de uiteindelijke kosten voor de realisatie

zo laag mogelijk houdt, dient diezelfde opdrachtgever zich ervan bewust te zijn dat indien een vaste aanneemsom wordt overeengekomen, deze niet alleen is gebaseerd op de planning die de aannemer heeft gemaakt, maar ook op een zo kostenefficiënt mogelijke uitvoering van de werkzaamheden door de aannemer. Werkt de aannemer inefficiënt, dan gaat dit immers direct ten koste van diens marge. Dat is de keerzijde van dezelfde medaille en dat betekent mijns inziens ook dat er alles voor te zeggen valt om op dit punt een instaatstellingsverbintenis ten laste van de opdrachtgever in de aannemingsovereenkomst belichaamd te achten. Toch ben ik deze, mijns inziens voor de hand liggende juridische grondslag voor een vordering tot vergoeding van inefficiëntieschade in de rechtspraak nog niet expliciet tegengekomen.

De interessante vraag is echter of wij persé een instaatstellingsverbintenis nodig hebben. Ook de crediteur die zijn debiteur niet in staat stelt om na te komen zonder een contractuele instaatstellingsverbintenis, komt immers niet zondermeer ongeschonden uit de strijd omdat die situatie in beginsel (tenzij de verhindering hem niet kan worden toegerekend) schuldeisersverzuim oplevert.

3.3 Art. 6:58 jo. art. 6:60 BW

Is er geen sprake van een instaatstellingsverbintenis (of is die er wel, maar kiest de aannemer ervoor om zich niet op wanprestatie te beroepen, maar op schuldeisersverzuim; hij heeft daartoe de keuzevrijheid), dan ligt een beroep op art. 6:60 BW voor de hand. Dit artikel luidt als volgt:

'De schuldeiser komt in verzuim, wanneer nakoming van de verbintenis verhinderd wordt doordat hij de daartoe noodzakelijke medewerking niet verleent of doordat hij een ander beletsel van zijn zijde opkomt, tenzij de oorzaak van verhindering hem niet kan worden toegerekend.'

De bepaling in art. 6:60 BW voegt hieraan toe dat de rechter, op vordering van de schuldenaar, kan bepalen dat deze (eventueel onder door de rechter te stellen voorwaarden) van zijn verbintenis bevrijd zal zijn indien de schuldeiser in verzuim is.

Zoals hiervoor aangegeven, heeft de aannemer, in gevallen waarin er (ook) sprake zou zijn van een instaatstellingsverbintenis, de keuze om zich ofwel te beroepen op wanprestatie, ofwel op één van de rechtsgevolgen van art. 6:60 BW.

3.4 Art. 7:753 BW

Een mogelijk alternatieve juridische grondslag zou onder omstandigheden gevonden kunnen worden in art. 7:753 BW (of de equivalenten daarvan in standaard algemene voorwaarden, zoals par. 47 UAV 2012, dat de aannemer zonder tussenkomst

19 J.B.M. Vranken, *WPNR* 1968-5789, p. 418-420. Anders: Streefkerk, t.a.p. nr. 4.

20 M.H. Hesselink, *De redelijkheid en de billijkheid in het Europese privaatrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1999, p. 254.

van de rechter een vergelijkbare aanspraak geeft, zij het dat in dat geval sprake moet zijn van omstandigheden die de kosten van het werk aanzienlijk verhogen). Art. 7:753 BW betreft de wettelijke regeling in verband met kostenverhogende omstandigheden die ontstaan of aan het licht komen zonder dat zulks aan de aannemer kan worden toegerekend. Bij een beroep op art. 7:753 BW zou de rechter er echter wel aan te pas moeten komen. De rechter kan de overeengekomen prijs geheel of gedeeltelijk aan de kostenverhoging aanpassen, mits de aannemer bij het bepalen van de prijs geen rekening heeft behoeven te houden met de kans op zulke omstandigheden.

De vraag die daarmee rijst, is of art. 7:753 BW (en dat geldt ook voor par. 47 UAV 2012) geschreven is voor situaties als die welke in deze bijdrage centraal staan. Art. 7:753 BW strekt immers tot uitwerking voor de aannemingsovereenkomst van enkele algemene regels van Boek 6 waaronder art. 6:228 BW (dwaling) voor gevallen waarin de kostenverhogende omstandigheden reeds ten tijde van de contractsluiting bestonden, maar pas nadien aan het licht kwamen en art. 6:258 BW (onvoorziene omstandigheden) voor gevallen waarin de kostenverhogende omstandigheden zich eerst na de contractsluiting voordeden.²¹ Bij inefficiëntieschade die wordt veroorzaakt door omstandigheden die in de risicosfeer liggen van de opdrachtgever speelt in beginsel geen dwaling (tenzij wellicht ten tijde van de contractsluiting voor de opdrachtgever al wel duidelijk was dat er inefficiëntieschade aan de zijde van de aannemer zou optreden en de opdrachtgever op dit punt gezwegen heeft waar spreken plicht was) en van onvoorziene omstandigheden in de zin van art. 6:258 BW zal veelal ook niet werkelijk gesproken kunnen worden wanneer de inefficiëntieschade door toedoen van de opdrachtgever is ontstaan.

Daarbij is een belangrijke beperking te vinden in lid 3 van art. 7:753 BW waarin is bepaald dat - kort gezegd - op de leden 1 en 2 slechts een beroep kan worden gedaan indien de aannemer de opdrachtgever zo spoedig mogelijk voor de noodzaak van een prijsverhoging heeft gewaarschuwd opdat deze tijdig hetzij gebruik kan maken van het hem in art. 7:764 BW toegekende recht, hetzij een voorstel kan doen tot beperking of vereenvoudiging van het werk. Niet alleen ligt in deze beperking mijns inziens ook reeds besloten dat art. 7:753 BW niet lijkt geschreven te zijn om als juridische grondslag te kunnen dienen voor inefficiëntieclaims in de door mij bedoelde zin, maar bovendien zal in de praktijk lid 3 vaak veelal in de weg staan aan een succesvol

beroep op het artikel omdat inefficiëntie nu in de praktijk eenmaal een 'sluipende' schadepost is.²²

Al met al meen ik dat art. 7:753 BW (of het equivalent daarvan in de UAV) niet snel een succesvolle juridische grondslag zal opleveren voor vorderingen in verband met inefficiëntieschade die is veroorzaakt door de opdrachtgever. Daarentegen kan het artikel wel degelijk een succesvolle toepassing vinden indien de oorzaak van de opgetreden inefficiëntieschade juist niet aan de opdrachtgever kan worden toegerekend (en evenmin aan de aannemer), nu het artikel, zoals aangegeven, mede beoogt een uitwerking te zijn van de onvoorziene omstandighedenregel van art. 6:258 BW. Zij het met de nodige voorzichtigheid meen ik dat in dit verband wellicht gedacht zou kunnen worden aan inefficiëntieschade die is opgetreden als gevolg van het in acht moeten nemen van de anderhalve meter regel die het gevolg is van de Corona-epidemie.²³

4. Conclusie

Hoewel inefficiëntieschade in de bouw en de installatietechniek een veel voorkomend probleem is en regelmatig tot geschillen leidt tussen aannemers en opdrachtgevers, is het in de praktijk vaak lastig om inefficiëntieclaims succesvol in rechte toegewezen te krijgen. De aannemer moet een groot aantal drempels nemen en loopt aan tegen tal van bewijsproblemen. Die bewijsproblemen kunnen deels worden ondervangen door het voeren van een gedetailleerde, deugdelijke projectadministratie, iets waar het in de praktijk nogal eens aan schort. Wat daarbij helpt, is ongetwijfeld een betere interne bewustwording binnen de organisatie van de aannemer. Voor de medewerkers op de bouwplaats is het van belang dat deze situaties waarin inefficiëntie optreedt, leren herkennen en die situaties rapporteren en voor de projectleider is het van belang dat deze de omstandigheden waaronder de oorzaak van die situaties en de (financiële) gevolgen daarvan deugdelijk administreert en, met inachtneming van de daarop van toepassing zijnde contractuele regelingen, tijdig met de opdrachtgever communiceert. Overigens geldt dat niet enkel voor optredende inefficiëntie, maar even zo zeer voor gevallen van bijvoorbeeld leegloop.

In de gevallen in de rechtspraak waarin inefficiëntieschade wordt gevorderd, valt op dat weinig

²² Toch vinden we inefficiëntieclaims her en der ook wel gebaseerd op art. 7:753 BW of par. 47 UAV 2012, zie bijvoorbeeld RvA 16 oktober 2019, No. 36.433. Daarin ging het weliswaar niet enkel om inefficiëntieschade, maar vormde dit wel een onderdeel van de totaal gevorderde en op art. 7:753 BW gebaseerde schadepost. Zie in dit verband ook Rechtbank Den Haag 7 december 2011, ECLI: NL:RBSGR:2011BU7607 en RvA 22 augustus 2013, No. 71.825.

²³ In gelijke zin: J. Meesters, 'COVID-19 in de bouw: laverend tussen juridische risicoverdeling en praktische oplossingen', *Bb* 2020/41, p. 206.

tot geen aandacht wordt besteed aan de juridische grondslag of mogelijke grondslagen daarvoor, hetgeen er mede debet aan kan zijn dat veel inefficiëntieclaims sneuvelen en dat is niet nodig, want, enigszins afhankelijk van de feitelijke oorzaak van de inefficiëntieschade zijn er meer dan voldoende steekhoudende mogelijkheden. Daarbij wil ik een lans breken voor de mijns inziens meest voor de hand liggende, maar in de rechtspraak niet of nauwelijks terug te vinden grondslag die gebaseerd is op de aannemingsovereenkomst zelf. Naar ik meen ligt daarin in beginsel een instaatstellingsverbintenis besloten van de opdrachtgever die erop neerkomt dat deze - met inachtneming van de inefficiëntie die, kort gezegd, inherent is aan het uitvoeren van werkzaamheden als de onderhavige - de aannemer in staat dient te stellen om de werkzaamheden zo (kosten)efficiënt mogelijk uit te voeren. Dat geldt in zijn algemeenheid maar zeker indien een vaste aanneemsom is overeengekomen. Inefficiëntieschade die is veroorzaakt door de opdrachtgever en

waarvan de opdrachtgever een verwijt gemaakt kan worden, levert dan simpelweg een tekortkoming op van de opdrachtgever op grond waarvan op basis van art. 6:74 BW schadevergoeding gevorderd kan worden. Voorwaarde is dan natuurlijk wel dat de opdrachtgever in verzuim is komen te verkeren, maar dat zal zich in de praktijk veelal oplossen via de weg van art. 6:83 BW c.q. omdat de (inefficiëntie)schade reeds definitief is geleden en deugdelijke nakoming ter voorkoming van die schade dus niet meer mogelijk is.

Afhankelijk van de oorzaak van de inefficiëntieschade, zijn ook andere juridische grondslagen (al dan niet alternatief) denkbaar. Bij toepassing van de UAV 2012 refereerde ik, bij wijze van voorbeeld, reeds aan par. 26.7 (in geval de inefficiëntieschade het gevolg is van wijzigingen door de opdrachtgever in het werkplan) en indien de oorzaak niet aan de opdrachtgever valt toe te rekenen (en evenmin aan de aannemer) wees ik op de mogelijkheden die art. 6:60 BW en art. 7:753 BW bieden. ●