



De onderzoeksplicht van de feitelijk graver

Een aannemer die graafwerkzaamheden moet verrichten, zou dit met eigen personeel en met eigen materieel (graafmachine) kunnen doen. Maar in de praktijk besteedt de aannemer de graafwerkzaamheden regelmatig aan een loonwerker of onderaannemer uit. Zij verrichten dan de feitelijke graafwerkzaamheden. Rust op deze 'feitelijk gravers' een onderzoeksplicht? Om deze vraag te kunnen beantwoorden, bespreek ik achtereenvolgens de rechtspraak, de WION (grondroerdersregeling) en de Richtlijn zorgvuldig graafproces¹.

Eerst zal ik ingaan op de juridische kwalificatie van de overeenkomst van de aannemer met deze feitelijk gravers.

De juridische relaties

De overeenkomst van opdracht

Een aannemer heeft niet altijd zelf de beschikking over graafmachines. Hij kan dan een loonbedrijf 'inhuren' voor mechanische werkzaamheden zoals maaien, frezen, ploegen, bemesten, et cetera. Indien een partij zijn machine met machinist voor een bepaalde tijd aan een ander ter beschikking stelt, verricht deze loonwerk. De loonwerker komt dan eenvoudigweg met zijn machine daar waar hij geroepen wordt en hoort dan ter plaatse wat van hem wordt verwacht. Deze loonwerker werkt dus geheel op aanwijzing van de aannemer. Deze overeenkomst is te kwalificeren als een overeenkomst van opdracht (artikel 7:400 BW)².

De onderaannemingsovereenkomst

Een andere situatie is dat de aannemer voor het uitvoeren van de graafwerkzaamheden een onderaannemingsovereenkomst sluit. Hierbij wordt overeengekomen dat de onderaannemer tegen een bepaalde prijs de graafwerkzaamheden verricht en dat de werkzaamheden op een bepaalde datum en tijd gereed moeten zijn (art. 7:750 BW).

De rechtspraak

De loonwerker

Mr. F.J. van Velsen schreef in 2003³ dat bij leidingschades de zelfstandig werkende aannemer de centrale aansprakelijke partij is en niet degene die (zoals een loonwerker) op aanwijzingen van een derde werkt. In dat geval rust volgens mr. Van Velsen de onderzoeksplicht op die derde, veelal de opdrachtgever. Ter illustratie verwijst hij »

naar een niet gepubliceerde uitspraak van het Hof Amsterdam van 30 oktober 1997. In die situatie ging het om een boer die een loonwerker zijn slootkanten liet maaien waarbij een 50 kV-kabel werd geraakt met de maaikorf. De Rechtbank Haarlem en in appèl het hof, zouden hebben overwogen dat de opdrachtgever/grondeigenaar op de mogelijke aanwezigheid daarvan bedacht had moeten zijn en nader onderzoek had moeten doen alvorens de werkzaamheden te (doen) aanvangen.

Onderaannemer had als uitvoerend aannemer de mededelingen van aannemer op juistheid en volledigheid moeten controleren.

Een andere uitspraak die hierbij aansluit, is die van het Hof 's-Hertogenbosch in de procedure Essent-Cerfontaine (Hof 's-Hertogenbosch 22 februari 2005, BR 2005, 931). Cerfontaine had tijdens graafwerkzaamheden, die het verrichtte in opdracht van een aannemer, een tweetal kabels van Essent beschadigd. Essent wenste de schade op het bedrijf te verhalen. Cerfontaine had voorafgaand aan de werkzaamheden geen Klic-melding gedaan, noch proefsleuven gegraven. Cerfontaine verweerde zich onder meer met de stelling dat op hem geen onderzoeksplicht rustte, omdat het slechts enkele dagen voordat de werkzaamheden plaats moesten vinden werd opgebeld door de aannemer. Van te voren wist Cerfontaine niet waar de werkzaamheden zouden plaatsvinden, hetgeen in de branche gebruikelijk is. Pas op de dag dat de werkzaamheden werden uitgevoerd, kreeg de machinist te horen waar hij zijn werkzaamheden moest uitvoeren. Op grond van deze omstandigheden verdedigde Cerfontaine dat het feitelijk onmogelijk was om een Klic-melding te doen, omdat men deze minstens drie dagen van tevoren moet aanvragen. Bovendien was het bedrijf ervan op de hoogte dat er volgens zijn opdrachtgever (de aannemer) ter plaatse geen kabels in de grond lagen. Het hof heeft op grond hiervan geoordeeld dat van Cerfontaine niet kon worden verlangd dat het een Klic-melding deed. Volgens het hof kon Cerfontaine dat, gelet op het concrete tijdspad, ook niet en mocht het afgaan op de juistheid van de mededelingen van zijn opdrachtgever.

Inmiddels is er een uitspraak van het Hof Arnhem van 24 februari 2009 (LJN BH4132), die niet bij de twee hiervoor genoemde uitspraken aansluit. Het hof oordeelde daarin namelijk dat op de loonwerker wél een onderzoeksplicht rust. Het ging in deze procedure om een grondverzetbedrijf dat een kraan met kraanmachinist aan het waterschap ter beschikking had gesteld voor het egaliseren van de walkant. De kraanmachinist kreeg zijn instructies alleen van het waterschap. Er was voorafgaand aan de werkzaamheden geen Klic-melding gedaan. Tijdens de werkzaamheden werd een in de watergang hangende kabel van Essent geraakt. Essent hield het grondverzetbedrijf voor de schade aansprakelijk. Het hof achtte het grondverzetbedrijf aansprakelijk, omdat de kraanmachinist het waterschap eenvoud-

digweg had kunnen vragen of er een Klic-melding was gedaan. Indien zo'n melding zou zijn gedaan, dan zou het Klic informatie hebben verstrekt waaruit de aanwezigheid van de kabel zou zijn gebleken en zou de schade voorkomen hebben kunnen worden.

De onderaannemer

In de rechtspraak wordt algemeen aangenomen dat op de onderaannemer een onderzoeksplicht rust.

Ik verwijs bijvoorbeeld naar de uitspraak van de Rechtbank Utrecht van 16 april 2008 (LJN: BD3875) tussen de partijen BT Nederland NV ('BT') en Klever Boor- en perstechniek BV ('Klever'). Klever (onderaannemer) had van Dura Vermeer (aannemer) opdracht gekregen een tweetal boringen te verrichten voor de aanleg van kabels en leidingen. Tijdens de boringen werden een viertal kabels van BT geraakt. BT hield Klever voor de daardoor ontstane schade aansprakelijk. Klever had niet zelf Klic-gegevens opgevraagd, maar zou deze wel bij Dura Vermeer hebben opgevraagd. Toen bleek dat de Klic-gegevens niet op de boorlocatie aanwezig waren, zou Dura Vermeer uitdrukkelijk aan Klever hebben medegedeeld dat er geen leidingen en kabels in de baan van de boringen zouden liggen. Om die reden was Klever van oordeel dat het geen onderzoeksplicht zou hebben geschonden. De rechtbank volgde Klever hier niet in. Die vond dat Klever wel een onderzoeksplicht geschonden had. In haar visie had Klever als uitvoerend aannemer de mededelingen van Dura Vermeer op juistheid en volledigheid moeten controleren. Klever had dus niet alleen inzage moeten verlangen in de Klic-gegevens, maar deze inzage ook als voorwaarde moeten stellen voordat het zou beginnen met de boringen om zelf te kunnen beoordelen of met de geplande boringen geen kabels of leidingen geraakt konden worden. De rechtbank was van oordeel dat door dit na te laten Klever niet aan zijn onderzoeksplicht had voldaan en welbewust het risico had aanvaard dat het tijdens de boringen kabels of leidingen zou raken.

De WION

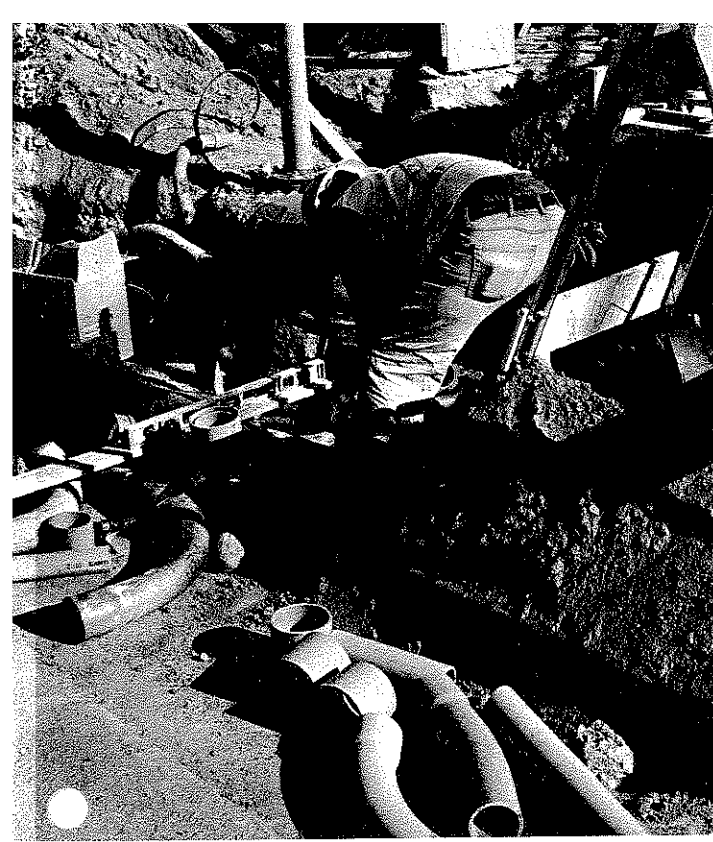
De loonwerker

De loonwerker valt niet onder de definitie van de grondroerder in de zin van de WION. (Grondroerder: degene onder wiens verantwoordelijkheid of leiding graafwerkzaamheden worden verricht.) De loonwerker heeft immers niet de verantwoordelijkheid of leiding over de graafwerkzaamheden. Krachtens de WION rust op de loonwerker dus geen onderzoeksplicht.

De onderaannemer

De aannemer en onderaannemer kunnen beiden tegelijkertijd als grondroerder in de zin van de WION worden aangemerkt. In de Memorie van Toelichting wordt dit ook expliciet genoemd. Hierin wordt het volgende toegelicht op de definitie van grondroerder:

'Er kunnen meerdere partijen zijn die tegelijkertijd voldoen aan de definitie van grondroerder, bijvoorbeeld de aannemer die een gebouw realiseert of een onderaannemer die de fundering aanlegt. In dit voorbeeld rust op beide aannemers de verplichting een melding te doen van de graafwerkzaamheden. Zij kunnen afspraken maken over wie de melding feitelijk doet om aan de verplichtingen van dit wetsvoorstel te voldoen.'



Vergelijken we de verplichtingen van de grondroerder met die van de feitelijke graver in de zin van de Richtlijn, dan heeft de feitelijke graver de taak om te controleren of de grondroerder zijn huiswerk goed heeft gedaan. Verder rust op de feitelijke graver een zelfstandige verplichting om zorgvuldig te graven. Op de feitelijke graver rust volgens de Richtlijn dus een onderzoeksplicht (in de zin van een controleplicht).

Volgens het hof rust op de loonwerker ook een onderzoeksplicht.

Conclusie

Op grond van zowel de rechtspraak, de WION als de Richtlijn meen ik dat de volgende algemene vuistregels kunnen worden gehanteerd:

- In het geval dat de aannemer de feitelijke graafwerkzaamheden heeft opgedragen aan een onderaannemer, zullen zij onderling moeten afspreken wie van hen de grondroerderverplichtingen voortvloeiend uit de WION op zich zal nemen (onder andere het doen van een Klic-melding en het lokaliseren van de kabels en leidingen). Als zij afspreken dat de aannemer deze verplichtingen voor zijn rekening neemt, dan zal de onderaannemer voorafgaand aan de feitelijke graafwerkzaamheden moeten controleren of de aannemer zijn verplichtingen is nagekomen.
- In de situatie dat de aannemer een loonwerker inschakelt, rusten de verplichtingen uit de WION op de aannemer. De loonwerker zal alvorens met de graafwerkzaamheden te beginnen, moeten controleren of de aannemer een Klic-melding etc. heeft gedaan.

De posities van onderaannemer en loonwerker verschillen niet veel van elkaar.

Kortom, de posities van de onderaannemer en de loonwerker verschillen niet veel van elkaar. Op hen beiden rust een onderzoeksplicht!

Mr. Ancella Klunne

De auteur is werkzaam bij Severijn Hulshof advocaten te Rotterdam.

Voetnoten:

- 1 Voor een nadere uitleg over de WION en de Richtlijn zorgvuldig graafproces verwijs ik naar mijn eerdere bijdrage: mr. A.M. Klunne, Beursbengel november 2010, Aansprakelijkheid bij graafschade (Deel I). De Richtlijn zorgvuldig graafproces: Publicatie 250. CROW, Ede. 2008.
- 2 Zie mr. F.J. van Velsen in zijn commentaar op het arrest van het Hof Den Bosch d.d. 22 februari 2005, BR 2005/931, welk commentaar is opgenomen in de bundel Kabels en leidingen van mr. F.J. van Velsen en prof. mr. A.A. van Velten van 2 november 2009, uitgegeven door VU Law Academy.
- 3 Mr. F.J. van Velsen, Kabel- en leidingschades: het verschil tussen liggen en leggen. BR nr. 11, november 2003, pag. 946.

Ook de onderaannemer heeft zodoende een onderzoeksplicht teneinde graafschades te voorkomen.

De Richtlijn

In de WION worden op drie partijen verplichtingen gelegd: de netbeheerder, de opdrachtgever en de grondroerder. De Richtlijn zorgvuldig graven die door de marktpartijen is opgesteld en waarin nader wordt geregeld wat deze partijen moeten doen om zorgvuldig te graven, introduceert naast de grondroerder een andere partij: de feitelijke graver.

De feitelijke graver wordt in de Richtlijn als volgt gedefinieerd:

'de machinist met (graaf)machine en eventueel een grondwerker, die onder verantwoordelijkheid of leiding van de grondroerder de (graaf)werkzaamheden verricht.'

De feitelijke graver is in de Richtlijn dus de machinist met graafmachine. Het komt mij voor dat de Richtlijn hiermee (in ieder geval) de loonwerker voor ogen heeft gehad. De reden waarom de Richtlijn specifiek aandacht besteedt aan de feitelijke graver, is omdat deze als laatste in de graafketen in het algemeen de schade veroorzaakt.

Samengevat legt de Richtlijn op de feitelijke graver de volgende verplichtingen:

- Bij het voorbereiden van de start van de werkzaamheden dient hij te controleren of de grondroerder een graafmelding heeft gedaan en of deze onderzoek naar de ligging van de netten heeft gedaan. Tevens dient gecontroleerd te worden of de van de dienst (Kadaster) ontvangen liggingsgegevens op locatie aanwezig zijn.
- Tijdens het verrichten van de werkzaamheden moet hij (vanzelfsprekend) voorzichtig opereren in de nabijheid van kabels en leidingen. Hij moet zijn werkzaamheden stoppen als er tijdens de uitvoering (alsnog) onduidelijkheid bestaat over de ondergrondse situatie.
- Indien schade is toegebracht, dient hij de grondroerder direct te waarschuwen.