



# Bouwcontractenrecht in beweging

door prof. mr. M.A.M.C. van den Berg<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

1. ‘Panta rhei’, alles is in beweging. Dit geveugelde woord van de Griekse filosoof Heraklitus is zeker ook van toepassing op het bouwrecht. De voortdurende ontwikkelingen die op dit levendige terrein van het recht plaatsvinden, worden al 40 jaar uiterst nauwgezet gevolgd, geanalyseerd en niet zelden ook geïnitieerd door het Instituut voor Bouwrecht. Dat is een goede reden voor een jubileumfeest. Mij is gevraagd om in de bundel die ter gelegenheid van dit jubileum wordt uitgebracht, een schets te geven van recente ontwikkelingen op het terrein van het privaatrechtelijke bouwrecht. Ik heb graag aan deze uitnodiging gevolg gegeven. Om mijn bijdrage binnen redelijke proporties te houden heb ik ervoor gekozen mij te beperken tot de ‘hard core’ van het privaatrechtelijke bouwrecht: het bouwcontractenrecht. Ik zal mijn schets uitwerken in de vorm van een drieluik. Het middenpaneel wordt gevormd door de fase waarin het bouwcontract tot stand is gekomen en wordt uitgevoerd. Het wordt ter linker- en ter rechterzijde geflankeerd door zijpaneeltjes die respectievelijk de precontractuele en de postcontractuele fase tot onderwerp hebben.

## 2. Precontractuele fase

### *Doorwerking van de beginselen van aanbestedingsrecht via de precontractuele maatstaven van redelijkheid en billijkheid*

2. Een eerste interessante ontwikkeling waarvoor ik aandacht wil vragen, is de aanvaarding van de gedachte dat de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid een grondslag kunnen bieden voor doorwerking van de beginselen die zich in het aanbestedingsrecht hebben ontwikkeld, zoals het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel. De aanzet hiervoor is gegeven door de Hoge Raad in het arrest *RZG/ComforMed*.<sup>2</sup> In die zaak was sprake van een als een aanbestedingsprocedure gekwalificeerde offerteaanvraag door een ziekenfonds (RZG) voor de (exclusieve) levering van wasbare onderleggers voor incontinentiepatiënten. Wat RZG hierbij heeft opgebroken is dat zij bij haar offerteaanvraag geen duidelijkheid heeft verschaft over de criteria die zij bij de gunning zou toepassen en over een aantal van belang zijnde feitelijke gegevens over de omvang van de offerte. Daardoor was niet gewaarborgd dat de verschillende aanbieders een *gelijke* kans hadden op het binnenhalen van het contract. De vraag was echter of RZG wel gehouden was om de aanbieders te verzekeren van een gelijke kans op succes. Ten processe stond vast dat RZG viel aan te merken als een aanbestedende dienst in de zin van een

---

1 Hoogleraar privaatrecht in het bijzonder bouwrecht aan de Universiteit van Tilburg.

2 HR 4 april 2003, *NJ* 2004, 35, m.n. M.A.M.C. van den Berg; *BR* 2003, p. 824, n.n. H. Nijholt.

Europese aanbestedingsrichtlijn, in casu de Richtlijn Leveringen.<sup>3</sup> Die richtlijn was echter wegens onderschrijding van de daarin uitgedrukte drempelwaarde niet van toepassing. De gebondenheid om de deelnemers aan de aanbesteding gelijk te behandelen kon daarom niet op die richtlijn worden gebaseerd. De president van de rechtbank te Groningen vond evenwel een andere grondslag daarvoor, namelijk de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid. In appèl oordeelde het Hof Leeuwarden eveneens dat RZG de aanbieders een gelijke kans op gunning had moeten bieden, maar baseerde dit oordeel op de gebondenheid van RZG aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Een daartegen gericht cassatiemiddel trof doel. RZG mocht dan wel een aanbestedende dienst zijn in de zin van een Europese richtlijn, maar daarmee had zij nog niet voldoende ‘overheidsgehalte’ om daarop de gebondenheid aan de voor overheden geldende algemene beginselen van behoorlijk bestuur te kunnen grondvesten. Daarvan is volgens de Hoge Raad pas sprake als een entiteit kan worden aangemerkt als een bestuursorgaan in de zin van art. 1.1 van de Awb. Aan dat criterium voldeed RZG niet. Maar daarmee was de kous nog niet af. Ook de Hoge Raad oordeelde dat RZG de deelnemers aan de aanbesteding een gelijke kans had moeten bieden, maar baseerde dat, evenals de Groningse rechtbankpresident had gedaan, op de precontractuele maatstaven van redelijkheid en billijkheid. De formulering die de Hoge Raad daarbij gebruikte heeft in de literatuur tot een uitgebreide discussie geleid over de reikwijdte van die doorwerking. Die formulering luidt:

‘De omstandigheid dat RZG, hoewel de Richtlijn haar daartoe naar ’s hofs oordeel niet verplichtte, toch heeft gekozen voor een aanbestedingsprocedure, bracht mee dat zij gehouden was zich te gedragen overeenkomstig de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid, hetgeen bij een aanbesteding als de onderhavige betekent dat zij gehouden was de verschillende (potentiële) inschrijvers gelijk te behandelen. Het oordeel van het hof dat het gelijkheidsbeginsel in dit geval voor RZG gold, is dan ook juist.’

Het punt waar de discussie om draait is wat de Hoge Raad bedoeld heeft met de zinsnede ‘bij een aanbesteding als de onderhavige’. Werd daarmee alleen bedoeld op de concrete situatie zoals die zich in casu had voorgedaan, namelijk een aanbesteding door een aanbestedende dienst in de zin van een Europese aanbestedingsrichtlijn die wegens onderschrijding van de daarin uitgedrukte drempelwaarde, niet gehouden was volgens de procedures van die richtlijn aan te besteden? Of mocht men die zinsnede ruimer nemen en daaronder verstaan iedere situatie waarin een vragende partij meerdere aanbiedende partijen uitnodigt om in concurrentie met elkaar een aanbesteding te doen? In het laatste geval zouden ook private aanbesteders aan die beginselen van aanbestedingsrecht gebonden zijn. De literatuur oordeelt hierover verdeeld.<sup>4</sup> Ook in de rechtspraak is deze kwestie nog niet helemaal uitgekristalliseerd. Volgens de voorzieningenrechter te Dordrecht kan uit het arrest *RZG/ComforMed* niet worden afgeleid dat algemene beginselen van aanbestedingsrecht van toepassing zouden zijn op een aanbesteding door een particulier betreffende de bouw van een woonhuis.<sup>5</sup> In verschillende andere uitspraken van voorzieningenrechters werd de doorwerking van beginselen van aanbestedingsrecht daarentegen wel aanvaard met betrekking tot

3 Richtlijn 93/96/EEG van 14 juni 1993, Pb.EG 1993, L199/1, zoals gewijzigd bij Richtlijn 97/52/EEG van 13 oktober 1997, Pb.EG 1997, L 328/1.

4 Zie voor een overzicht van de verschillende opvattingen hieromtrent *Asser/Van den Berg*, 2007, nr. 71.

5 Zie Vzng. Rb. Dordrecht 15 juni 2006, *BR* 2007, p. 148, m.n. J.G.J. Janssen en D.C. Orobio de Castro.

private aanbesteders die handelden in een bedrijfsmatige sfeer.<sup>6</sup>

3. Ook een uitspraak van de Utrechtse voorzieningenrechter past op zich wel in deze lijn, doch de beginselen van aanbestedingsrecht worden daarin zozeer gerelativeerd dat van de beschermende werking ervan weinig meer overblijft.<sup>7</sup> Deze zaak betrof de aanbesteding van een bedrijfsgebouw waarvoor vier aannemers tot inschrijving waren uitgenodigd. Toen bleek dat de cijfers van de laagste twee inschrijvers zeer dicht bij elkaar lagen, had de aanbesteder besloten de onderhandelingen met deze beide inschrijvers voort te zetten om tot een definitieve keuze te komen. Die onderhandelingen hadden ertoe geleid dat beiden hun prijzen nog verder naar beneden bijstelden. De prijs van de opvolgende inschrijver bij de aanbesteding kwam nu een klein bedrag lager uit dan de finale prijs van de laagste inschrijver. De aanbesteder had vervolgens aan de aanvankelijk laagste inschrijver medegedeeld dat het werk aan de andere inschrijver zou worden gegund, niet alleen vanwege diens (uiteindelijk) lagere prijs, maar ook vanwege 'de indruk van betrouwbaarheid' die deze inschrijver tijdens de onderhandelingen had opgewekt. De gepasseerde inschrijver stelde deze gang van zaken aan de kaak maar vond geen gehoor bij de Utrechtse voorzieningenrechter. Die stelde voorop dat er geen twijfel over kan bestaan dat bij een aanbestedingsprocedure als de onderhavige de inschrijvers een gerechtvaardigd belang hebben bij een gelijke kans op het verkrijgen van de opdracht, zodat op die grond kan worden uitgegaan van een verplichting voor de aanbesteder om de inschrijvers een gelijke behandeling en gelijke kansen te bieden. Dit ferme uitgangspunt werd echter aanzienlijk afgezwakt in de overweging die de voorzieningenrechter hierop liet volgen. Daarin overwoog zij dat nu het hier ging om een particuliere aanbesteding waarop de regels van overheidsaanbestedingen niet van toepassing waren, de verplichting om de inschrijvers gelijk te behandelen niet moest worden opgevat in de zin van het *specifieke* gelijkheidsbeginsel zoals dat in het (overheids)aanbestedingsrecht is uitgewerkt en wordt toegepast. Een overeenkomstige relativering bracht zij voorts nog aan met betrekking tot het transparantiebeginsel. Ook hier gold volgens haar een meer algemene maatstaf en niet het *specifieke* transparantiebeginsel zoals dat in het (overheid)aanbestedingsrecht is uitgewerkt en wordt toegepast. Aan die meer algemene maatstaven getoetst kon de door de aanbesteder gevolgde handelwijze naar het oordeel van de Utrechtse voorzieningenrechter door de juridische beugel.

Van het waarborgen van kansgelijkheid waartoe de precontractuele maatstaven van redelijkheid en billijkheidsbeginselen in geval van een aanbestedingsprocedure ook naar de mening van de Utrechtse voorzieningenrechter strekken, komt echter weinig terecht wanneer men die uitholt op de manier waarop dat in deze uitspraak is gedaan. Op grond van het aldus gerelativeerde gelijkheidsbeginsel mocht de aanbesteder, gelet op het zeer kleine verschil tussen de laagste en de daarop volgende inschrijving, nog een tweede ronde houden waarbij het inschrijfcijfer van de laagste inschrijver als vanzelf een richtgetal vormde. De inschrijving door de deelnemers aan de aanbesteding vormde zo niet het eindpunt van de procedure maar het beginpunt van nieuwe onderhandelingen met de twee laagste inschrijvers. Daarbij was het gevaar van 'leuren'<sup>8</sup> manifest, omdat de aanbesteder in de positie was om van de ene aanbieder verkregen informatie door te

6 Zie Vzng. Rb. Den Haag, 19 december 2007, *TBR* 2008, p. 868, m.n. M.A.M.C. van den Berg; Vzng. Rb. Breda, 21 december 2007, LJN: BC2367; Vzng. Rb. Amsterdam, 23 april 2008, *BR* 2008, p. 928, m.n. P.H.L.M. Kuypers.

7 Zie Vzng. Rb. Utrecht, 19 september 2008, *TBR* 2009, p. 272, m.n. M.A.M.C. van den Berg.

8 Zie over het begrip 'leuren' *Asser/Van den Berg*, 2007, nr. 60, met verdere verwijzingen.

spelen naar de andere om zo een onderbieding uit te lokken. Voor die onderhandelingen mocht bovendien, nu volgens de voorzieningenrechter de prijs als criterium voor de gunning van de opdracht zijn functie had verloren, een nieuw en vooraf niet kenbaar gemaakt criterium, als gunningscriterium toegepast worden, namelijk 'de indruk van betrouwbaarheid'. Dat is, dunkt mij, in meerdere opzichten in strijd met het transparantiebeginsel. Het criterium is namelijk te vaag en volstrekt subjectief, terwijl het bovendien niet vooraf bekend was gemaakt. De wijze waarop de opdrachtgever het criterium heeft gehanteerd was daardoor oncontroleerbaar.

Bij zuivere toepassing van het gelijkheidsbeginsel zou de aanbestedder, ingeval hij het resultaat van de aanbesteding niet passend zou hebben gevonden, in eerste instantie met de winnaar van de aanbesteding, en vooralsnog met uitsluiting van anderen, verder hebben moeten onderhandelen om te bezien of alsnog overeenstemming kon worden bereikt. Daarbij zou hij zich voorts gelet op het transparantiebeginsel hebben moeten houden aan het criterium van de laagste prijs, omdat hij vooraf geen ander criterium had gesteld. Pas nadat dan gebleken zou zijn dat ondanks redelijk gevoerde onderhandelingen met de winnende inschrijver, geen overeenstemming kon worden bereikt, zou hij vrij zijn geweest met anderen onderhandelingen aan te knopen. Erkenning van een dergelijke onderhandelingsplicht is nodig om te voorkomen dat de aanbestedder zich schuldig zou maken aan 'leuren' en zo de kangelijkheid zou frustreren. Wil men recht doen aan het beginsel van kansgelijkheid dan is het (geclausuleerd) inperken van de onderhandelingsvrijheid van de aanbestedder op de zojuist omschreven wijze onvermijdelijk. In de literatuur is daarvoor ook brede steun te vinden.<sup>9</sup> De zekerheid die een strikte toepassing van de beginselen van aanbestedingsrecht biedt, wordt hier bovendien verruild voor een versoepeling waarvan de reikwijdte onduidelijk is. De rechtvaardiging voor de door de voorzieningenrechter betrachtte souplesse werd gevormd door het geringe prijsverschil tussen de aanbiedingen van de laagste en de op één na laagste inschrijver. Daarmee heeft de voorzieningenrechter zich op een hellend vlak begeven. De vraag rijst dan hoe klein moet het prijsverschil zijn om een tweede ronde te rechtvaardigen waarin de aanbestedder simultaan met de laagste en de op één na laagste inschrijver mag dooronderhandelen? Waar moet de grens worden getrokken? En wat te doen als er meerdere inschrijvers met hun cijfers dicht bij elkaar liggen? Mag de aanbestedder dan simultaan met elk van hen verder onderhandelen? Het gevaar van leuren ligt dan natuurlijk nog meer op de loer. De moeilijkheid is echter dat in de praktijk moeilijk zal zijn vast te stellen of er daadwerkelijk is geleurd. Een inschrijver die een lagere prijs kan offeren door gebruik te maken van hem door de aanbestedder doorgespeelde informatie over de aanbieding van een andere inschrijver, zal daar niet mee te koop lopen. Dit gevaar is alleen adequaat te ondervangen als men de aanbestedder gehouden acht vooralsnog alleen met de 'winnende' inschrijver te onderhandelen op de wijze die ik zojuist heb omschreven. Tegen deze achtergrond heb ik in mijn noot onder deze uitspraak de hoop uitgesproken dat de relativiserende benadering van de Utrechtse voorzieningenrechter geen school zal maken.

### *Doorbraak precontractuele waarschuwingsplicht*

4. Een tweede interessante ontwikkeling is de doorbraak van de gedachte dat een aannemer reeds in de periode die aan de contractsluiting vooraf gaat, gehouden kan zijn de opdrachtgever te waarschuwen voor fouten in de vraagspecificatie. In 2001 is die mogelijkheid (bij mijn weten

<sup>9</sup> Zie Asser/*Van den Berg*, 2007, nr. 62, met verdere verwijzingen.

voor het eerst) aanvaard in een uitspraak van de Raad van Arbitrage voor de Bouw.<sup>10</sup> De zaak betrof de aanleg van een effluentleiding. In het bestek daarvoor was ‘per abuis’ bronbemaling voorgeschreven in plaats van spanningsbemaling. In de uitvoeringsfase werd deze vergissing ontdekt en kreeg de aannemer de opdracht alsnog spanningsbemaling toe te passen. De aannemer bracht de daaraan verbonden kosten vervolgens als meerwerk in rekening. De opdrachtgever weigerde de meerwerkrekening te betalen op de grond dat de aannemer had nagelaten hem vóór het verlenen van de opdracht op de vergissing in het bestek te wijzen. Met dit verweer oogstte de opdrachtgever succes. Arbiters oordeelden dat iedere inschrijver het bouwplan ten minste globaal diende te bestuderen om op een verantwoorde wijze zijn inschrijfsom samen te stellen. Reeds op grond van een dergelijke globale bestudering van het plan had volgens arbiters voor de aannemer duidelijk moeten zijn dat het voorschrijven van bronbemaling in plaats van spanningsbemaling een vergissing was. Het had daarom op de weg van de aannemer gelegen om de aanbesteder voor deze vergissing te waarschuwen of hem daarover op zijn minst om opheldering te vragen. Door daarvan af te zien heeft de aannemer bij de opdrachtgever het vertrouwen gewekt dat het bestek geen vergissing bevatte en dat het werk in beginsel zou kunnen worden uitgevoerd uitgaande van bronbemaling. Tegen deze achtergrond oordeelden arbiters dat de aannemer ter zake van de spanningsbemaling geen aanspraak kon maken op vergoeding van meerwerk.

Deze uitspraak sloeg een bres in de tot dan gangbare opvatting in aannemerskringen dat de waarschuwingsplicht van de aannemer slechts betrekking had op de uitvoeringsfase.<sup>11</sup> Een opvatting waarvoor de tekst van de veelal toepasselijke *Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken (UAV) 1989* ook wel aanleiding gaf. In de bepaling waarin de waarschuwingsplicht omschreven staat, wordt deze namelijk gefocust op het moment waarop de aannemer tot uitvoering van het betreffende onderdeel van het werk wil overgaan.<sup>12</sup> Hoewel ook in de zaak van de spanningsbemaling de UAV van toepassing waren, belette dat arbiters toch niet om reeds in de aanbestedingsfase een waarschuwingsplicht aan te nemen. Zij baseerden deze op de gehoudenheid van een inschrijver om voorafgaande aan de verlening van de opdracht rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Daarin viel een referentie te lezen aan het bekende arrest *Baris/Riezenkamp*.<sup>13</sup> Hieruit valt af te leiden dat uit de in de precontractuele fase in acht te nemen eisen van redelijkheid en billijkheid de gehoudenheid voortvloeit rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Daartoe behoort zeker het financiële belang van de opdrachtgever om reeds vóór de verlening van de opdracht te worden gewezen op in zijn vraagspecificatie voorkomende onjuistheden of onvolledigheden. In dat geval heeft hij namelijk nog een reële mogelijkheid om de kosten verbonden aan het helen van de ontoereikendheid van de vraagspecificatie, binnen het voor de bouw beschikbare budget te houden door te bezuinigen op andere onderdelen.<sup>14</sup> Is het werk eenmaal in uitvoering genomen, dan zijn de mogelijkhe-

10 Zie RvA 8 maart 2001, nr. 21.407, *BR* 2001, p. 534. In appel werd geoordeeld dat in casu geen sprake was geweest van een kennelijke omissie, zodat de aannemer derhalve ook geen waarschuwingsplicht verzuimd had. Appèlarbiters namen echter ook geen afstand van het oordeel in eerste instantie dat in de precontractuele fase wel een waarschuwingsplicht kán bestaan. Zie RvA 19 december 2002, nr. 70.582, *BR* 2003, p. 249.

11 Zie *UAV '89 met toelichting van het AVBB*, Den Haag: AVBB, 1989, p. 34.

12 Zie § 6 lid 14 UAV 1989.

13 HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67, m.n. LEHR.

14 Zie M.A. van Wijngaarden/M.A.B. Chao-Duivis, *Hoofdstukken Bouwrecht*, dl. 14, 2006, nr. 800; C.E.C. Jansen en H.W.R.A.M. Janssen, *BR* 2004, p. 372, 375 en 378

den daartoe veel beperkter. Bovendien zal de opdrachtgever voor zover het werk nog wel kan worden vereenvoudigd, aan de aannemer een minderwerkvergoeding verschuldigd zijn. Voorts heeft de opdrachtgever als het werk eenmaal is opgedragen tegenover de aannemer geen sterke onderhandelingspositie meer omtrent de prijs voor het te verrichten meerwerk. De aannemer kan zijn prijs dan vormen zonder concurrentiedruk van eventuele andere gegadigden. Opdragen van extra werkzaamheden na opdrachtverlening zal daarom duurder uitpakken. Tenslotte heeft de opdrachtgever in geval van waarschuwing vóór het sluiten van de overeenkomst nog een reële mogelijkheid geheel van opdrachtverlening af te zien.<sup>15</sup>

Hoewel de in precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid al een genoegzaam fundament vormen voor het bestaan van een precontractuele waarschuwingsplicht van de aannemer, is daarvoor door de invoering in 2003 van de nieuwe aannemingswet (waarover meer in nr. 7) een wettelijk steunpunt bijgekomen. In art. 7:754 BW wordt namelijk bepaald dat de aannemer bij het aangaan of het uitvoeren van de overeenkomst verplicht is de opdrachtgever te waarschuwen voor onjuistheden in de opdracht voor zover hij die kende of redelijkerwijze behoorde te kennen. Volgens deze bepaling geldt de waarschuwingsplicht reeds *bij het aangaan* van de overeenkomst. Daardoor wordt de waarschuwingsplicht dus al geactiveerd in de precontractuele fase.<sup>16</sup>

5. De aanvaarding van een precontractuele waarschuwingsplicht leidt vervolgens tot de vraag wat de reikwijdte daarvan is. Voor de beantwoording van die vraag is het van belang in te zien dat deze waarschuwingsplicht niet wortelt in een zelfstandige onderzoeksplicht naar de juistheid van de door de aanbesteder gemaakte keuzes. De hier bedoelde waarschuwingsplicht heeft louter betrekking op fouten die een aspirant voor de realisering van het werk in het kader van de *voorbereiding* van zijn prijsaanbieding redelijkerwijze zouden moeten opvallen. Het gaat hier dus om een *afgeleide* van de *beoogde* realiseringfunctie.<sup>17</sup> De zojuist besproken uitspraak betreffende de spanningsbemaling staat ook duidelijk in deze sleutel. Arbiters beoordeelden of bij de globale bestudering van het bouwplan die nodig was om een verantwoorde aanbieding te kunnen doen, de betreffende bestekfout had moeten opvallen. In deze lijn past ook een uitspraak van de Raad van Arbitrage voor de Bouw uit 2003.<sup>18</sup> In deze zaak verweet de hoofdaannemer dat de onderaannemer niet tijdig had gewaarschuwd voor een fout in het van de hoofdaannemer afkomstige ontwerp voor een vloerconstructie. Die fout bestond erin dat in het ontwerp geen rekening was gehouden met het feit dat in de afwerkvloer leidingen zouden moeten worden opgenomen, waardoor de aangegeven vloerdikte niet toereikend was om daarin die leidingen te kunnen aanbrengen. Over de vraag wat in dit verband voldoende tijdig was, overwogen arbiters het volgende:

'In een geval als het onderhavige wordt bij het aangaan van de overeenkomst het ontwerp door onderaannemer met name op prijstechnische aspecten beoordeeld, niet in de eerste plaats op de ontwerpkwantiteit. De plaats van de leidingen in de vloer is voor onderaannemer geen kostenbepalend element, zodat haar niet verweten kan worden dat zij daarop in dat stadium niet attent is geweest. Gesteld en niet weersproken is dat deze ontwerpfout onderaannemer pas is gebleken toen zij het installatieontwerp

15 Zie Jansen en Janssen, l.c., p. 378.

16 Aldus ook de algemene opvatting in de literatuur; zie voor een overzicht daarvan *Asser/Van den Berg*, 2007, nr. 107.

17 Zie M.A.M.C. van den Berg, *BR* 1994, p. 458.

18 Zie RvA 15 juli 2003, nr. 70.647, *BR* 2004, p. 981.

in het bouwkundig ontwerp wilde inpassen. Dat is naar het oordeel van appèlarbiters ook het moment, waarop onderaannemster een dergelijke fout dient te ontdekken en daarvoor moet waarschuwen, zoals onderaannemster ook daadwerkelijk heeft gedaan.’

Arbiters hebben aldus m.i. terecht onderscheid gemaakt tussen de wijze waarop een aannemer tegen het ontwerp aankijkt in de precontractuele, respectievelijk de uitvoeringsfase. De uitspraak laat mooi uitkomen dat dit verschil in perspectief invloed kan hebben op de reikwijdte van de waarschuwingsplicht van de aannemer. Daarvan uitgaande kan het voorts nog van belang zijn of in de precontractuele fase sprake is van een aannemer die rechtstreeks met de opdrachtgever onderhandelt in het kader van een enkelvoudige uitnodiging (‘één-op-één-situatie’) of van een aannemer die deelneemt aan een aanbesteding waarbij meerdere gegadigden gelijktijdig op het werk inschrijven. In het eerste geval kan van de aannemer meer diligentie worden verwacht dan in het tweede. Dat hangt samen met twee factoren waarin beide situaties wezenlijk van elkaar verschillen. De eerste is dat de mogelijkheid tot informatie-uitwisseling bij de aanbesteding met meerdere gegadigden, anders dan het geval pleegt te zijn bij de enkelvoudige uitnodiging, zeer beperkt is. Dat heeft te maken met de beginselen van aanbestedingsrecht. Die staan eraan in de weg dat de aanbesteder tijdens het verloop van de aanbesteding vrijelijk met individuele gegadigde overleg voert, omdat daardoor afbreuk kan worden gedaan aan de kanselijkheid van de deelnemers en de transparantie (en daarmee de controleerbaarheid) van de procedure. Met het oog hierop stelt de aanbestedingsregelgeving stringente grenzen aan de mogelijkheid van uitwisseling van informatie tijdens de aanbestedingsprocedure.<sup>19</sup> Een tweede verschil is dat de regelgeving voor de aanbesteding met meerdere gegadigden voorziet in strakke tijdsgrenzen, terwijl de ‘één-op-één-situatie’ doorgaans minder onder tijdsdruk pleegt te staan.<sup>20</sup>

Voor de reikwijdte van de precontractuele waarschuwingsplicht kan het tenslotte verschil maken of sprake is van een traditionele of een geïntegreerde contractvorm.<sup>21</sup> In beide situaties heeft de waarschuwingsplicht (slechts) betrekking op fouten die de aannemer redelijkerwijze kan onderkennen bij de bestudering van de vraagspecificatie ten behoeve van de voorbereiding van zijn prijsaanbieding. De aard van de vraagspecificatie verschilt echter. Bij de traditionele contractvorm bestaat de vraagspecificatie uit een gedetailleerd bestek dat niet alleen bepaalt wat de aannemer tot stand moet brengen, maar ook hoe hij dat moet doen. Ter voorbereiding van zijn prijsaanbieding hoeft de gegadigde zich in deze context niet te verdiepen in de ontwerpuitgangspunten, doch kan hij volstaan met het vertalen van het ontwerp in concrete kostenplaatsen.<sup>22</sup> Bij de geïntegreerde contractvorm daarentegen omvat de prestatieplicht van de opdrachtnemer naast de uitvoeringsfunctie, tevens de ontwerpfunctie, of minstens een substantieel deel daarvan. De vraagspecificatie pleegt daarom bij dit contracttype meer in abstracte en functionele termen te zijn gesteld dan in concrete op uitvoering gerichte bepalingen. In deze structuur kan de gegadigde niet volstaan met het ‘prijzen’ van een gegeven ontwerp, maar zal hij de vraagspecificatie moeten vertalen in oplossingsrichtingen. Daartoe moet hij de vraagspecificatie op een fundamenteeler niveau bezien dan in

19 Zie over dit aspect J. Rozemond, *BR* 1983, p. 257; M.A. van Wijngaarden/M.A.B. Chao-Duivis, *Hoofdstukken Bouwrecht*, dl. 14, 2006, nr. 800; C.E.C. Jansen en H.W.R.A.M. Janssen, *BR* 2004, p. 373; M.A.B. Chao-Duivis, *BR* 2005, 581-588; P.C.W. Viëtor en A. Moret, *BR* 2006, p. 405.

20 Zie Jansen en Janssen, l.c., p. 369.

21 Zie over geïntegreerde contractvormen hierna nr. 18-21.

22 Zie C.E.C. Jansen en H.W.R.A.M. Janssen, *BR* 2004, p. 370-371

de traditionele situatie het geval is.<sup>23</sup>

### 3. Contactuele fase

#### 3.1 Architecten- en adviseursovereenkomst

##### *'Fusie' SR en RVOI tot DNR*

6. De overeenkomst tussen opdrachtgever en architect of adviserend ingenieur is niet als zodanig in de wet geregeld. Een dergelijk overeenkomst valt wel onder het genustype van de overeenkomst van opdracht welke geregeld is in afdeling 1 van titel 7 van boek 7 BW. De daar gegeven regels vormen de grootste gemene deler van wat voor de bonte verscheidenheid aan overeenkomsten tot dienstbetoon waarvoor zij is bedoeld, redelijk kan worden geacht. De wettelijke regeling heeft gelet op die verscheidenheid een open en bescheiden karakter. Behoudens enkele elementen van dwingend recht, houdt de wettelijke regeling slechts een zwakke vorm van regelend recht in. Zo wijken de wettelijke bepalingen niet alleen terug voor de inhoud van de door partijen gesloten overeenkomst, maar ook al voor de aard van de overeenkomst of de gewoonte.<sup>24</sup> Zij vormen daarvoor slechts een zeer globaal kader voor de rechtsverhouding tussen opdrachtgever en dienstverlener. In de praktijk bestaat daarom behoefte aan specifieke regels die de rechtsverhouding tussen opdrachtgever en architect of adviserend ingenieur op een meer concreet en gedetailleerd niveau regelen. Die behoefte bestond overigens ook al, en zelfs nog sterker, onder het oude BW van 1838, want daarin was slechts één enkel artikel aan de overeenkomst tot dienstbetoon gewijd.<sup>25</sup> Sinds jaar en dag hebben de beroepsorganisaties van architecten en adviserend ingenieurs in deze leemte voorzien door autonoom ontwikkelde regelgeving in de vorm van algemene voorwaarden. Tot 2005 bestonden er naast elkaar afzonderlijke algemene voorwaarden voor respectievelijk de rechtsverhouding tussen opdrachtgever en architect en die tussen opdrachtgever en adviserend ingenieur. De benamingen van de laatste versies daarvan waren Standaardvoorwaarden 1997 Rechtsverhouding Opdrachtgever-Architect (SR 1997) en Regeling van de verhouding tussen opdrachtgever en adviserend ingenieursbureau (RVOI 2001). In 2005 zijn deze regelingen als het ware met elkaar 'gefuseerd' tot één integrale regeling, getiteld De Nieuwe Regeling 2005, Rechtsverhouding opdrachtgever-architect, ingenieur en adviseur, DNR 2005.<sup>26</sup> Deze 'fusie' is tot stand gebracht door de BNA (Bond van Nederlandse Architecten) en de ONRI (Orde van Nederlandse Raadgevende Ingenieurs). Deze constituerende organisaties hebben de DNR tevens voorzien van een uitgebreide Toelichting. In de inleiding daarvan wordt vermeld dat het initiatief om te komen tot deze gezamenlijke regeling, is ingegeven door de omstandigheid dat de verschillende disciplines in de bouw die actief zijn met ontwerp, advies, en management, steeds vaker vroegtijdig met elkaar aan tafel zitten om te komen tot een geïntegreerd ontwerp. Indien sprake is van een dergelijke geïntegreerde opdracht kan door toepasselijkverklaring van de DNR de rechtsverhouding met ieder van de daarbij betrokken opdrachtnemers op dezelfde voorwaarden worden

23 Zie Jansen en Janssen, l.c., p. 371.

24 Zie art. 7:400 lid 2 BW.

25 Zie art. 1637 BW (oud). Dit artikel meldde slechts dat deze overeenkomsten worden geregeerd 'door de aan dezelve eigene bepalingen en bedongen voorwaarden en bij gebreke daarvan door het gebruik'.

26 Zie voor uitgebreide beschouwingen over de DNR 2005 J.C. Overbosch, *BR* 2005, p. 873-881 en W.Th. Post, *BR* 2005, p. 976-989. zie voorts schrijver dezes in: M.A.M.C. van den Berg, A.G. Bregman, M.A.B. Chao-Duivis (red.), *Bouwrecht in kort bestek*, Deventer: Kluwer, 2007, p. 263-297.

gebaseerd, hetgeen de duidelijkheid omtrent de over en weer bestaande rechten en plichten zeer ten goede komt.

Hoewel het uit een oogpunt van transparantie zeer valt toe te juichen dat de algemene voorwaarden voor overeenkomsten met architecten en adviseurs thans geüniformeerd zijn, blijft er toch wel wat te wensen over. In de DNR is geen verandering gebracht in de ook onder de daaraan voorafgegane regelingen bestaande praktijk om de aansprakelijkheid van de architect/adviseur vergaand te beperken. Op deze praktijk wordt al sinds jaar en dag veel kritiek geuit.<sup>27</sup> Die kritiek heeft tot dusver echter niet veel geholpen. Weliswaar wordt de aansprakelijkheid van de architect in de SR 1997 minder ver beperkt dan in de opeenvolgende versies van vroegere algemene voorwaarden het geval was en zijn in de DNR nog weer enkele verbeteringen aangebracht ten opzichte van de SR, maar alles bijeen is toch nog steeds sprake van een zeer vergaand exonerationcomplex.<sup>28</sup> De mate waarin de aansprakelijkheid van architect en adviseur beperkt wordt gaat ook veel verder dan in de ons omringende landen het geval is.<sup>29</sup> Daartegen komt in de markt steeds meer verzet, hetgeen er in toenemende mate toe leidt dat door opdrachtgevers afstand wordt genomen van deze aansprakelijkheidsbegrenzings.<sup>30</sup> Daardoor dreigt echter weer het gevaar dat opdrachtgevers die een sterke marktpositie innemen, architecten en adviseurs een aansprakelijkheidspositie opdringen die niet te verzekeren valt en hun draagkracht te boven gaat. Dat is ook weer geen goede ontwikkeling. Het wordt daarom hoog tijd dat hierover sectorbreed overleg op gang komt om een regeling te ontwerpen waarin een goed evenwicht wordt bereikt tussen de belangen van beide partijen. Door Chao-Duivis is daarvoor een mogelijkheid geopperd die mij kansrijk lijkt.<sup>31</sup> Zij stelt voor de huidige aansprakelijkheidsregeling in de DNR te vervangen door een *keuzemenu* in de bij de DNR behorende Model Basisopdracht. Die benadering zou ertoe leiden dat de reikwijdte van de aansprakelijkheid van de architect of adviseur *projectspecifiek* en in onderling overleg tussen partijen zou worden bepaald, waarbij rekening kan worden gehouden met de mate van beheersbaarheid van de aan het betreffende project verbonden risico's, de verzekerbaarheid van die risico's en de draagkracht van beide partijen. Een dergelijke regeling 'op maat' lijkt mij een aantrekkelijk alternatief voor de thans in de DNR voorziene standaardbeperking van de aansprakelijkheid.

Een veel verdergaand alternatief zou kunnen zijn dat men de aansprakelijkheid van architecten en adviseurs modelleert naar het voorbeeld van de regeling daarvan in België en Frankrijk. In beide landen is gekozen voor een wettelijke bescherming van de opdrachtgever die in de kern bestaat uit twee elementen: een verbod op bepaalde bedingen tot beperking van aansprakelijkheid en een ver-

27 Zie voor en overzicht daarvan M.A. van Wijngaarden, *Honderd jaar bouwrecht*, inaugurele rede Leiden, 1986, p. 19, noot 51; zie voorts J.P. Hogerzeil, 'De aanbestede: van heer en meester tot structurele onderdog', in: M.A. van Wijngaarden (red.), *Vijfenzeventig jaar bouwrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1982, p. 159, H.L. van der Beek, *Bb* 1989, p. 44 en (voor enkele correcties) p. 58; M.B.M. Loos, *BR* 1998, p. 493-494.

28 Zie daarover nader W.Th. Post, *BR* 2005, p. 976-985; M.A.M.C. van den Berg, A.G. Bregman, M.A.B. Chao-Duivis (red.), *Bouwrecht in kort bestek*, Deventer: Kluwer, 2007, p. 272-285.

29 Zie daarover nader S. van Gulijk, *BR* 2006, p. 995-1003; dezelfde, *European Architect Law. Towards a New Design*, (diss. Tilburg), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu-uitgevers, 2008, p. 120-141; S. Gambon, *BR* 2007, p. 25-32.

30 Zie daarover M.A.B. Chao-Duivis in haar noot bij Vzng. Rb. Haarlem, 5 december 2005, *BR* 2006, p. 666.

31 Chao-Duivis, l.c. p. 666-668.

plichting om een aansprakelijkheidsverzekering af te sluiten.<sup>32</sup> Het is echter de vraag of het wenselijk is om dit voorbeeld na te volgen. Uit de rechtseconomische analyse van Van Gulijk valt namelijk af te leiden dat aan de Belgische en Franse regeling ook duidelijke nadelen kleven, zoals de hoge kosten die verbonden zijn aan een stelsel van verplichte verzekering en de omstandigheid dat de aanwezigheid van een verzekeringsvangnet niet prikkelt tot maximale zorgvuldigheid.<sup>33</sup>

## 3.2 Aannemingsovereenkomst

### *Invoering nieuwe aannemingstitel en renovatie van een kroonjuweel*

7. De aannemingswereld heeft lang moeten wachten vooraleer ook de aanneming van werk een plaats heeft gekregen in het nieuwe BW. Het leeuwendeel van het nieuwe vermogensrecht is weliswaar al in 1992 in werking getreden, maar het aan de bijzonder overeenkomsten gewijde zevende boek van het nieuwe BW was toen nog verre van af. Voor verschillende contracttypen die daarin nog een plaats moesten krijgen, is daarom een noodvoorzienig getroffen. Deze hield in dat de voor die contractvormen in het oude BW gegeven bepalingen (met wat marginale aanpassingen) rechtstreeks zijn doorgeschoven naar een als tijdelijk bedoeld onderkomen dat als boek 7A aan het nieuwe BW is toegevoegd. Ook de aanneming van werk maakte deel uit van deze doorschuifoperatie. De nog uit 1838 stammende oude regeling is daardoor nog geruime tijd blijven gelden. Die situatie heeft geduurd totdat in 2003 uiteindelijk ook de aanneming van werk een plaats heeft gekregen in boek 7 van het nieuwe BW, en wel in titel 12.<sup>34</sup>

De wettelijke regeling van de aanneming van werk is bescheiden van omvang. Zij beslaat slechts twintig artikelen verdeeld over twee afdelingen. De eerste afdeling geeft een algemene regeling van de aanneming van werk die bedoeld is voor alle variëteiten waarin deze rechtsfiguur zich kan voordoen. De regeling kan daardoor op zeer uiteenlopende werkzaamheden van toepassing zijn. Dat kan gaan van kleine ambachtelijke verrichtingen als het repareren van een fiets of een horloge en het stomen van kleren tot het aanleggen van railverbindingen met bijbehorende tunnels en viaducten of het bouwen van woontorens. Tegen die achtergrond is de vraag gesteld of de wettelijke regeling niet zou moeten worden gesplitst in verschillende categorieën, waarbij vooral gedacht zou kunnen worden aan een speciale regeling voor de aanneming van *bouwwerken*. De wetgever heeft er echter bewust voor gekozen af te zien van een dergelijke differentiatie, behoudens voor één speciale categorie: de aanneming die strekt tot de bouw van een woning in opdracht van een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Aan deze laatste categorie is de tweede afdeling gewijd. Daarin worden consumentenbeschermende bepalingen gegeven die van dwingendrechtelijke aard zijn.

De keuze van de wetgever om – buiten de in de tweede afdeling voorziene categorie – geen speciale regeling op te nemen voor de aanneming van bouwwerken berust op twee argumenten.<sup>35</sup> In de eerste plaats de overweging dat er zo weinig bijzondere bepalingen voor de aanneming

32 Zie daarover nader S. van Gulijk, *BR* 2006, p. 995-1003; dezelfde, *European Architect Law. Towards a New Design*, (diss. Tilburg), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu-uitgevers, 2008, p. 125-126, 128-132, 145-149; S. Gambon, *BR* 2007, p. 25-32.

33 Zie Van Gulijk, diss., p. 192-201, 214-218.

34 Zie over de totstandkomingsgeschiedenis nader *Asser/Van den Berg*, 2007, nr. 5.

35 Zie memorie van toelichting, *Kamerstukken II* 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 1 en p. 12-15.

van bouwwerken aan te wijzen zouden zijn, dat een afzonderlijke afdeling in de wet weinig zin zou hebben. In de tweede plaats het gegeven dat de aanneming van bouwwerken veelal wordt beheerst door algemene voorwaarden die daartoe door belanghebbenden zijn ontwikkeld, zodat aan aanvullend recht op dit punt geen behoefte zou bestaan. Het tweede argument is sterker dan het eerste. De algemene voorwaarden waaraan de wetgever refereert bestaan namelijk uit zeer uitgesponnen regelstelsels. Dat wijst erop dat de praktijk toch behoefte heeft aan gedetailleerde regelgeving. Nu de wetgever daarin echter zelf niet wenst te voorzien, zullen de door de bouwsector autonoom ontwikkelde regelstelsels ook in de toekomst onverminderd van belang blijven. Het meest gezaghebbende daarvan wordt gevormd door de Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken (UAV). Dit regelcomplex is ontwikkeld in nauw overleg tussen representanten van zowel de opdrachtgevende als de opdrachtnemende partijen in de bouwsector. Ook vertegenwoordigers van de bij de bouw betrokken ministeries waren bij dit overleg vertegenwoordigd. De eerste versie van de UAV dateert van 1968, de tweede van 1989. Beide versies zijn vastgesteld bij gemeenschappelijke beschikking van de bij de bouw betrokken bewindslieden. Dit in de beste traditie van het Nederlandse poldermodel tot stand gekomen regelcomplex staat in de bouwrechtwereld hoog in aanzien. Het worden algemeen gewaardeerd als een evenwichtig regelstelsel waarin de belangen van opdrachtgever en aannemer zorgvuldig tegenover elkaar zijn afgewogen.<sup>36</sup> De UAV worden ook door de wetgever van bijzondere betekenis geacht. Dat moge allereerst blijken uit de talrijke verwijzingen naar de UAV die voorkomen in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot invoering van Titel 7.12 BW inzake aanneming van werk.<sup>37</sup> Veelzeggend is ook dat als bijlage bij de memorie van toelichting een uitgebreid vergelijkend overzicht wordt gegeven tussen Titel 7.12 BW en de UAV 1989.<sup>38</sup>

De UAV hebben een breed toepassingsgebied. Zij vormen *de* standaard voor bouwcontractvormen waarbij de uitvoering van het werk plaatsvindt op basis van een ontwerp dat afkomstig is van de kant van de opdrachtgever en waarbij van diens zijde 'directie'<sup>39</sup> wordt gevoerd. Voor de uitvoering van technische installatiewerken is een regeling vastgesteld die grotendeels bestaat uit de UAV 1989, maar die in verband met de specifieke aard van installatiewerk, een aantal wijzigingen en aanvullingen op de UAV 1989 bevat, de UAVTI 1992 (Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van technische installatiewerken). De UAV 1989 zijn niet geschikt voor geïntegreerde bouwcontractvormen als *turnkey*- en *design & build*-contracten.<sup>40</sup> Voor dergelijke contractvormen is inmiddels een modelregeling ontworpen die nauw aansluit bij de UAV 1989, de Model Basisovereenkomst met bijbehorende Uniforme Administratieve Voorwaarden voor geïntegreerde contractvormen (UAV-GC 2005).<sup>41</sup> Hierbij is onderscheid gemaakt tussen kwesties

36 Zie *Asser/Van den Berg*, 2007, nr. 8, met verdere verwijzingen.

37 Vergelijk memorie van toelichting, *Kamerstukken II* 1992/93, 23 095, nr. 3.

38 Memorie van Toelichting, p. 42-55.

39 Zie over het onderwerp 'directievoering' nader de inleidingen gehouden tijdens een op 6 oktober 1994 door het Instituut voor Bouwrecht georganiseerde studiedag, gepubliceerd in *BR* 1995, p. 177-213.

40 Zie over geïntegreerde contracttypen nader M.A.M.C. van den Berg en C.E.C. Jansen (red.), *De ontwerpende bouwer. Over turnkey- en design- & build-contracten*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996; M.A.B. Chao-Duivis en A.Z.R. Koning (red.), *Veranderende rollen. Een inleiding in nieuwe contractvormen in het bouwrecht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 147-308.

41 Het initiatief tot het ontwikkelen van deze modelregeling is genomen door Stichting CROW, kenniscentrum voor verkeer, vervoer en infrastructuur, gevestigd te Ede. In CROW-verband wordt op *paritaire* basis samengewerkt tussen opdrachtgevers en opdrachtnemers.

die typisch zijn voor geïntegreerde contractvormen enerzijds en kwesties die inherent zijn aan alle bouwcontractvormen anderzijds. Voor de laatstgenoemde kwesties is hoofdzakelijk inspiratie ontleend aan concrete bepalingen van de UAV 1989. Daarmee is, aldus de Toelichting<sup>42</sup>, gewaarborgd dat het contract is ingebed in de bestaande traditie van het Nederlandse bouwcontractenrecht.

8. Het moge na het voorafgaande duidelijk zijn dat de UAV 1989 een belangrijk en gezaghebbend regelstelsel vormen. Ik beschouw dit als een *kroonjuweel* van het Nederlandse bouwcontractenrecht. Maar hoe waardevol dit juweel nog steeds is, toch lijkt de glans er wat van af te gaan en begint het wat dof te worden. Dat komt in de eerste plaats omdat er intussen al weer ongeveer 20 jaar verstreken zijn sinds de vorige herziening. In die tijd heeft de ontwikkeling van het bouwcontractenrecht niet stil gestaan. Daarom heb ik er in 2004 voor gepleit de UAV een stevige renovatiebeurt te geven om dit regelstelsel weer helemaal te laten aansluiten bij de actualiteit van het huidige bouwcontractenrecht. Een extra argument daarvoor vormt de inwerkingtreding van de nieuwe aannemingstitel. Het ligt voor de hand de in deze nieuwe wettelijke regeling gemaakte en democratisch gecontroleerde keuzes te vergelijken met de in de UAV geboden oplossingen. Daarbij aan het licht komende verschillen kunnen dan aanleiding vormen tot heroverweging van de in de UAV gegeven oplossingen. Met een actualisering van de UAV kan echter, dunkt mij, niet worden volstaan. In de UAV ligt, zo ben ik met Van Wassenauer en Thomas eens,<sup>43</sup> sterk de nadruk op de *verdeling* van aansprakelijkheden voor het geval problemen al zijn opgetreden en niet zozeer op het vooraf proberen te vermijden van problemen. Op zich is het goed dat contractvoorwaarden een rechtvaardige verdeling van verantwoordelijkheden inhouden voor het geval zich een probleem heeft voorgedaan. Maar het is wenselijk om aan de regeling elementen toe te voegen die kunnen bijdragen aan het *voorkomen* van problemen. Dat zou kunnen door regels toe te voegen die gericht zijn op de verbetering van de samenwerking en de onderlinge communicatie tussen partijen.<sup>44</sup> Daartoe dient in het bijzonder te worden bezien welke informatie op welk moment van belang is en hoe kan worden bereikt dat die informatie op een efficiënte wijze wordt gedeeld.

### *Opmars consumentenbouwrecht*

9. Een interessante noviteit in de nieuwe aannemingstitel is dat daarin enkele bepalingen zijn opgenomen ter bescherming van de consument op de bouwmarkt. Deze zijn te vinden in de tweede afdeling van titel 7.12 BW. Deze afdeling is van toepassing op aanneming van werk die strekt tot de bouw van een woning, bestaande uit een onroerend goed of bestanddeel daarvan, in opdracht van een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf (kort gezegd een 'consument').<sup>45</sup> De regeling is dwingend recht (behoudens de mogelijkheid van afwijking bij een standaardregeling als bedoeld in art. 6:214 BW).<sup>46</sup>

Hoewel het valt toe te juichen dat de wetgever heeft willen voorzien in bepalingen ter bescherming van de consument, is de mate waarin dat gebeurt uiterst bescheiden. De tweede afdeling

42 Toelichting Model Basisovereenkomst & UAV-GC 2005, p. 11.

43 Zie A.G.J. van Wassenauer en C.H.J. Thomas, [www.werkinuitvoering21.com](http://www.werkinuitvoering21.com), interactief naar een nieuwe generatie bouwcontracten, Preadvieseen Vereniging voor Bouwrecht, nr. 36, 2008, p. 7.

44 Zie D.E. van Werven, *BR* 2004, p. 736, die eveneens pleit voor het bevorderen van het overleg tussen partijen.

45 Zie art. 7:765 BW.

46 Zie art. 7:769 BW.

houdt namelijk zeker geen alomvattende regeling in voor de positie van de consument op de bouwmarkt, doch regelt slechts enkele bijzondere en los van elkaar staande onderwerpen, te weten een vormvereiste gecombineerd met een bedenktijd, een begrenzing van de verplichting tot voorfinanciering en een bijzonder opschortingsrecht.<sup>47</sup> De eerste voorziening, de combinatie van een vormvereiste (de overeenkomst moet schriftelijk worden aangegaan) en een bedenktijd (van drie dagen), heeft een dubbele strekking, namelijk in de eerste plaats te verzekeren dat de opdrachtgever de gelegenheid heeft om deskundigen te raadplegen en in de tweede plaats voor de opdrachtgever de mogelijkheid te scheppen om op een door de omstandigheden wellicht overhaast genomen beslissing terug te kunnen komen.<sup>48</sup> Het vormvereiste staat in relatie tot de bedenktijd. Het strekt ertoe de aanvang daarvan te kunnen bepalen. Die is namelijk gekoppeld aan het moment waarop aan de opdrachtgever de tussen partijen opgemaakte akte van hun overeenkomst (of een afschrift daarvan) ter hand is gesteld. Gedurende drie dagen na de terhandstelling heeft de opdrachtgever het recht de overeenkomst te ontbinden. Hij kan zich derhalve binnen deze periode bedenken (vandaar de benaming bedenktijd) en op zijn schreden terugkeren. De effectiviteit van deze bescherming wordt echter sterk beperkt door de korte tijd die de opdrachtgever heeft om op zijn beslissing terug te kunnen komen. In de literatuur wordt de termijn van drie dagen algemeen te krap bevonden om een adequate bescherming voor de consument te kunnen bieden.<sup>49</sup>

De tweede consumentbeschermende voorziening houdt een beperking in van de gehoudenheid van de opdrachtgever tot voorfinanciering.<sup>50</sup> De opdrachtgever mag slechts worden verplicht tot het doen van betalingen die, althans bij benadering, overeenstemmen met de voortgang van de bouw of met de waarde van de hem overgedragen goederen. Ook de effectiviteit van deze regeling lijkt mij aan twijfel onderhevig. De consumentopdrachtgever zal immers doorgaans een leek zijn voor wie niet eenvoudig is vast te stellen of de door de aannemer gevraagde betalingen overeenstemmen met de bouw. De regeling zal daarom in de praktijk niet gemakkelijk hanteerbaar zijn.

De derde voorziening houdt een bijzonder opschortingsrecht in ten gunste van de opdrachtgever. Deze kan, zonder te hoeven voldoen aan de vereisten van art.6:262 BW, maximaal 5% van de aanneemsom inhouden op de laatste termijn(en) en dit bedrag in depot storten bij een notaris. Door van dit inhoudingsrecht gebruik te maken verzekert de opdrachtgever zich in de eerste plaats van een stevige financiële stok achter de deur voor het geval de aannemer onwillig zou zijn eventuele, bij de oplevering geconstateerde, gebreken te herstellen. Aangezien gedurende de eerste drie maanden niet hoeft te worden voldaan aan de vereisten van art. 6:262 BW, mag de opdrachtgever het depot ook handhaven indien bij de oplevering geen gebreken zouden zijn geconstateerd. Hierdoor kan de opdrachtgever het depotbedrag achter de hand houden als drukmiddel voor het geval zich na de oplevering gebreken aan het werk manifesteren. Dat is een belangrijke versterking van de positie van de opdrachtgever. Het is immers een ervaringsfeit dat gebreken aan bouwwerken vaak pas na enige (en soms zelfs na geruime) tijd aan het licht treden. Bepaalde gebreken kunnen veelal niet eens op het moment van de oplevering worden geconstateerd. Als bijvoorbeeld op een stralende zomerdag wordt opgeleverd, kan niet worden vastgesteld of het dak

47 Zie achtereenvolgens art. 7:766, 7:767 en 7:768 BW. Zie daarover nader *Asser/Van den Berg*, 2007, nr. 183-187 met verdere verwijzingen.

48 Zie memorie van toelichting, *Kamerstukken II* 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 4.

49 Zie voor een overzicht van de literatuur hierover *Asser/Van den Berg*, 2007, nr. 183.

50 Zie memorie van toelichting, *Kamerstukken II* 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 39.

waterdicht is, noch ook of de verwarmingsinstallatie voldoende capaciteit heeft. Het hier gegeven opschortingsrecht maakt het voor de opdrachtgever in ieder geval voor een periode van drie maanden mogelijk te ervaren of de woning aan de eisen voldoet vooraleer hij de laatste termijn van de aanneemsom moet uitbetalen. Aan de effectiviteit van dit opschortingsrecht wordt echter wel afbreuk gedaan door de korte periode waarin het kan worden uitgeoefend. Om een redelijke zekerheid te hebben dat de woning aan de eisen voldoet, zou de consumentopdrachtgever toch zeker gedurende één winterperiode moeten kunnen ervaren hoe de woning zich houdt.<sup>51</sup> De termijn van drie maanden zal daarvoor doorgaans te kort zijn. Nog sterker wordt aan de effectiviteit van de 5%-regeling getwijfeld door Van Veen.<sup>52</sup> Volgens hem zou deze regeling zelfs een tegengesteld effect kunnen hebben, omdat het gevaar bestaat dat zij zal meebrengen dat de aannemer standaard drie maanden de tijd zal nemen om opleveringsgebreken te herstellen. Hiertegenover kan echter worden gesteld dat nodeloos uitstel niet in het belang van de aannemer is, omdat hij dan personeel en materieel dat inmiddels elders is ingezet, zal moeten terughalen.<sup>53</sup> Naarmate de tijd verstrijkt kunnen gebreken bovendien verergeren en kan het voorts ook lastiger worden verhaald te zoeken op leveranciers en onderaannemers. Naast deze praktische redenen om het herstel niet tot de laatste dag uit te stellen, zal ook het reputatiebelang eraan in de weg staan om de klant zo lang te laten wachten.<sup>54</sup> Ik houd het er daarom op dat de 5%-regeling een weliswaar bescheiden, maar niettemin nuttig instrument is.

10. Hoewel de consumentopdrachtgever aan de invoering van de tweede afdeling van titel 7.12 BW slechts een bescheiden bescherming kan ontleen, mag niet worden geconcludeerd dat het met de bescherming van de consument op de Nederlands bouwmarkt maar armzalig gesteld zou zijn. Naast het in de wet geregelde consumentenbouwrecht bestaat er namelijk ook nog een door de bouwsector autonoom ontwikkeld consumentenbouwrecht dat in een ruim beschermingsniveau voorziet. Nadeel van deze langs de weg van zelfregulering tot stand gekomen regels is wel dat zij slechts gelden voor zover partijen de toepasselijkheid ervan in hun individuele overeenkomsten zijn overeengekomen. In dat opzicht scoort een dwingendrechtelijke regeling natuurlijk beter. Anderzijds kan een door een bedrijfssector ontwikkelde regeling gemakkelijker aan de actualiteit worden aangepast.<sup>55</sup>

Tot dit autonome bouwcontractenrecht hoort in de eerste plaats het omvangrijke regelcomplex dat wordt gevormd door de Koop-/aannemingsovereenkomst (K/A) voor eengezinshuizen (respectievelijk appartementsrechten) en bijbehorende Algemene Voorwaarden (AV) met toepassing van de GIW Garantie- en waarborgregeling. Dit (omvangrijke) regelstelsel is tot stand gekomen in overleg tussen enerzijds de bij het GIW (Garantie Instituut Woningbouw) aangesloten organi-

51 Zie Asser/*Van den Berg*, 2007, nr. 186; M. Dierikx, *Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de positie van consumenten op de Nederlandse en Belgische woningbouwmarkt* (diss. Tilburg), Nijmegen: WLP, 2008, p. 160.

52 R. van Veen, *BR* 2002, p. 944.

53 Zie M.A.M.C. van den Berg en M. Dierikx, 'Aanneming van werk en woningbouw: een vergelijking tussen Nederland en België', in: K. Deketelaere en A. Verbeke (red.), *Jaarboek Bouwrecht 2003-2004*, Brugge: Die Keure, 2004, p. 79-80.

54 Zie H.L. van der Beek, 'De 5%-regeling bij de oplevering van nieuwbouwwoningen', in: *Aangenomen werk*, Liber amicorum M.A. van Wijngaarden, 2003, p. 178.

55 Zie daarover M. Dierikx, *Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de positie van consumenten op de Nederlandse en Belgische woningbouwmarkt* (diss. Tilburg), Nijmegen: WLP, 2008, p. 225.

saties van bouwondernemers en anderzijds de Consumentenbond en de Vereniging Eigen Huis (VEH). De meest recente versie hiervan dateert van 2007. Dit regelcomplex breidt de uit de wet voortvloeiende consumentenbescherming in verschillende opzichten uit. Zo wordt in art. 2 van de K/A voorzien in een bedenktijd van één kalenderweek. Dat is een welkome verbetering ten opzichte van de (te) krappe termijn van drie dagen die in art. 7:766 BW is neergelegd. Door deze verlenging wordt het met de bedenktijd beoogde doel veel beter gehaald. Als de Garantie- en waarborgregeling van het GIW aan de K/A wordt gekoppeld komt daar voor de verkrijger van een te bouwen of nieuw gebouwd eengezinshuis een tweeledige bescherming bij. Hetzelfde geldt voor de verkrijger van een appartementsrecht in een te bouwen of nieuw gebouwd appartementengebouw. In de eerste plaats wordt bescherming geboden voor het geval de bouwondernemer door *insolventie* in gebreke blijft om zijn verplichtingen na te komen. In dat geval voorziet de regeling in een schadeloosstelling van maximaal 17% van de koop-/aannemingsom wanneer sprake is van eigen grond of afgekochte erfpacht en van maximaal 20% als sprake is van erfpacht zonder afkoop van canon.<sup>56</sup> De recente kredietcrisis heeft laten zien hoe belangrijk deze financiële waarborg is. In de tweede plaats wordt een *kwaliteitsgarantie* geboden. Deze houdt in dat de ondernemer garandeert dat het huis of het gebouw aan bepaalde, in de regeling nauwkeurig omschreven, kwaliteitseisen zal voldoen. Schiet de ondernemer in de nakoming van zijn garantieverplichtingen tekort, dan kan de verkrijger van een huis tot een maximum bedrag van € 100.000 een beroep doen op de gebrekenwaarborg van het GIW. Is sprake van een appartementengebouw dan zijn de maxima: €15.000 per privé-gedeelte van het gebouw en de som van € 85.000 maal het aantal privé-gedeelten voor de gemeenschappelijke gedeelten.<sup>57</sup>

Eén van de bij het GIW aangesloten organisaties, de Woningborg groep, heeft in 2008 het initiatief genomen om naast de GIW-regeling een nieuw, maar wel grotendeels analoog regelstelsel in de markt te zetten, namelijk de Stiwoga Garantie- en waarborgregeling 2008. Deze regeling wordt uitgevoerd door de van de Woningborg groep deel uitmakende NV Waarborgmaatschappij Stiwoga. Via een andere dochtervennootschap, Woningborg NV, blijft de Woningborg groep daarnaast betrokken bij de GIW-regeling, zodat zij in beide regelingen participeert. De achtergrond voor het initiatief om te komen tot de Stiwoga-regeling is gelegen in onvrede bij Woningborg.<sup>58</sup> Die onvrede betreft in de eerste plaats de afhandeling van geschillen door het GIW. Voor geschillen naar aanleiding van de Stiwoga-regeling is in plaats van de GIW-arbitrage voorzien in een procedure bij de Raad van Arbitrage voor de Bouw. Evenals geldt voor de GIW-regeling is de garantierechtige overigens niet verplicht een geschil aan arbitrage te onderwerpen, maar staat het hem vrij zich in plaats daarvan tot de gewone rechter te wenden. Een tweede punt van onvrede is de omstandigheid dat de garantie van het GIW een kwaliteitsniveau inhoudt dat uitgaat boven de eisen die worden gesteld in het Bouwbesluit. Dat is een op de Woningwet gebaseerde Algemene Maatregel van Bestuur waarin aangegeven wordt aan welke eisen ten minste moet worden voldaan om voor een bouwvergunning in aanmerking te komen. Woningborg acht het waarborgen van dat niveau, gelet op de kosteneffecten die hogere kwaliteitseisen teweegbrengen, voldoende.

Naast deze regelingen voor nieuwbouwwoningen, bestaat sinds 1998 ook een door vertegen-

56 Zie art. 11.8 GIW Garantie- en waarborgregeling 2007.

57 Zie art. 12.4, 12.7 en 12.8 GIW Garantie- en waarborgregeling 2007.

58 Zie het interview met R. Smit, directeur van Woningborg groep, in *Bouwend Nederland Podium*, 18, 20 november 2008, p. 4-5.

woordigers van opdrachtgevende en opdrachtnemende partijen gezamenlijk ontwikkelde regeling voor verbouwingen: Model Verbouwingsovereenkomst 1998 met Algemene Voorwaarden voor Verbouwingen 1998 en Toelichting Verbouwingsovereenkomst 1998. Dit regelstelsel is een coproductie van de consumentenorganisatie Vereniging Eigen Huis (VEH) en het Nederlands Verbond van Ondernemers in de Bouwnijverheid (NVOB).

### *Doorontwikkeling waarschuwingsplicht aannemer*

11. Aan een bouwproces wordt gewoonlijk door een veelheid van personen deelgenomen tussen wie verschillende relatiepatronen kunnen bestaan. Tegen die achtergrond is het vaak lastig om uit te maken hoe het ligt met de onderlinge verantwoordelijkheden wanneer het gerealiseerde bouwwerk gebreken vertoont. Er is echter allengs wel consensus ontstaan over de *basisbeginselen* die in acht dienen te worden genomen bij de toedeling van verantwoordelijkheden aan de verschillende bouwparticipanten. In onze gezamenlijke bijdrage aan de bundel 'De ontwerpende bouwer' hebben Jansen en ik die als volgt samengevat.<sup>59</sup> Het eerste basisbeginsel dient als vertrekpunt en houdt in dat diegene die gedurende het totale bouwproces een keuze maakt welke als primaire oorzaak ten grondslag blijkt te liggen aan een probleem, in beginsel ook de vermogensrechtelijke consequenties daarvan zal moeten dragen. Het tweede beginsel biedt een correctiemogelijkheid aan op het eerste. Het houdt in dat de omstandigheid dat de ene partij haar wederpartij zou kunnen behoeden voor de ongewenste gevolgen van een door die wederpartij gemaakte keuze, in de beantwoording van aansprakelijkheidsvragen dient te worden betrokken. Ik ben mij ervan bewust dat de basisbeginselen zo nogal wijdloepig worden omschreven. Het kan evenwel ook korter. De Boer heeft deze beide beginselen in diezelfde bundel kernachtig samengevat in twee korte slagzinnen: 'Wie bepaalt, betaalt' en 'Wie niet behoedt, bloedt'.<sup>60</sup> Beide beginselen liggen stevig verankerd in zowel de wet als in de belangrijkste in de bouw gehanteerde algemene voorwaarden.<sup>61</sup> De reikwijdte van de uit het tweede beginsel voortvloeiende 'behoedplichten' is echter nog niet ten volle uitgekristalliseerd. Ik wil dit illustreren aan de hand van de twee meest voorkomende vormen van samenloop van fouten. In de eerste plaats wil ik ingaan op het geval dat een gebrek in een bouwwerk valt terug te voeren op een verkeerde keuze gemaakt in het van de opdrachtgever afkomstige ontwerp, terwijl de aannemer valt aan te rekenen dat hij daarvoor niet heeft gewaarschuwd. Vervolgens wil ik bezien hoe de kaarten liggen in het 'gespiegelde' geval dat aan een gebrek in een bouwwerk een uitvoeringsfout van de aannemer ten grondslag ligt, doch de namens de opdrachtgever optredende toezichthouder valt te verwijten dat hij niet heeft ingegrepen.

Ten aanzien van het geval dat de aannemer niet heeft gewaarschuwd voor een verkeerde keuze in het ontwerp, lijken de opvattingen van respectievelijk de Hoge Raad en de Raad van Arbitrage voor de Bouw op twee punten uiteen te lopen. In de eerste plaats wordt verschillend geoordeeld over de vraag of de deskundigheid aan de zijde van de opdrachtgever mag worden meegewogen bij

59 Zie M.A.M.C. van den Berg en C.E.C. Jansen (red.), *De ontwerpende bouwer. Over turnkey- en design- & build-contracten*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 100.

60 L. de Boer, 'Turnkey en design & construct: concepten, aansprakelijkheid en risico', in: *De ontwerpende bouwer*, a.w., p. 203.

61 Zie voor het *eerste beginsel*: 1. t.a.v. de *opdrachtgever*: art. 7:760 leden 2 en 3 BW; § 5 leden 1-5; en § 6 lid 27 UAV 1989; § 3 leden 1-7 en § 6 lid 5 UAV-GC 2005; 2. t.a.v. de *aannemer*: art. 7:760 lid 1 BW; § 6 leden 1-5 en 10 UAV 1989; § 4 leden 1-3 UAV-GC 2005. Zie voor het *tweede beginsel*: 1. t.a.v. de *opdrachtgever*: art. 7:758 lid 3; § 12 leden 2-3 UAV 1989; § 20 lid 4, § 21 lid 10, § 22 lid 3, § 28 lid 1 UAV-GC 2005; 2. t.a.v. de *aannemer*: art. 7:754 BW; § 6 lid 14 UAV 1989; § 4 lid 7 UAV-GC 2005.

de beoordeling of de aannemer had moeten waarschuwen. In de tweede plaats is er verschil met betrekking tot het bepalen van de omvang van de schadevergoedingsplicht indien de aannemer tekort is geschoten in zijn waarschuwingsplicht.

12. Richtinggevend voor de opvatting van de Hoge Raad is het arrest *KPI/Leba*.<sup>62</sup> De Hoge Raad maakt hierin onderscheid tussen twee niveaus van beoordeling: de vestiging van de aansprakelijkheid van de aannemer wegens het tekortschieten in zijn waarschuwingsplicht enerzijds en het bepalen van de omvang van de schadevergoedingsplicht van de aansprakelijke aannemer anderzijds.<sup>63</sup> Op het niveau van de vestiging van de aansprakelijkheid speelt de bij de opdrachtgever aanwezige deskundigheid in beginsel geen rol. Ik leid dat af uit de voorlaatste zin van r.o. 3.4. De Hoge Raad zegt daar dat de enkele omstandigheid dat de opdrachtgever voldoende deskundig is om de gevolgen van het opnemen van bepaalde specificaties in de opdracht te kunnen overzien, de opdrachtnemer niet ontslaat van zijn verplichting de opdrachtgever te waarschuwen voor onjuistheden in die specificaties. Een analoge formulering heeft de Hoge Raad gebruikt in het arrest *Körkemeyer/Ottink*.<sup>64</sup> Als echter eenmaal de aansprakelijkheid van de aannemer is vastgesteld, kan de eventuele deskundigheid aan de zijde van de opdrachtgever vervolgens wel een factor zijn die mag meewegen bij de bepaling van de omvang van de door de aansprakelijke aannemer te vergoeden schade. Dat blijkt uit de slotzin van r.o. 3.4 waarin de Hoge Raad overweegt, dat de omstandigheid dat de opdrachtgever terzake deskundig is wél aanleiding kan geven tot toepassing van art. 6:101 lid 1 BW. Dat artikellid biedt de mogelijkheid de schadevergoedingsplicht van de aansprakelijke persoon te verminderen wanneer de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend. Deze denklijn van de Hoge Raad heeft intussen ook in de lagere rechtspraak voet aan de grond gekregen.<sup>65</sup> Bij toepassing van art. 6:101 lid 1 BW wordt de schade over de benadeelde en de vergoedingsplichtige verdeeld *in evenredigheid* met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen. Voor toerekening van diens bijdrage in het ontstaan der schade bestaat echter geen goede grond, als de aannemer zich van de betreffende fout *bewust* moet zijn geweest en ondanks die wetenschap, zonder waarschuwing, toch in de door de opdrachtgever aangegeven richting voortgaat. In zo'n situatie kan de in het slot van opgemeld artikellid voorziene normatieve correctiefactor uitkomst brengen. Deze houdt in dat de in eerste instantie met de causaliteitsmaatstaf verkregen uitkomst kan worden bijgesteld 'indien de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist'.

In de opvatting van de Hoge Raad dient op het niveau van de vaststelling van de aansprakelijkheid dus slechts te worden gezien of de aannemer gelet op de *bij hem* aanwezige deskundigheid redelijkerwijze had behoren te waarschuwen en dient de mogelijk bij de opdrachtgever aanwezige deskundigheid buiten beschouwing te blijven. De Hoge Raad gaat echter niet zover dat de bij de

62 HR 18 september 1998, *NJ* 1998, 818.

63 Zie hierover ook C.E.C. Jansen, *BR* 2000, p. 567.

64 HR 8 september 2006, *NJ* 2006, 494.

65 Zie Rb. 's-Gravenhage 22 oktober 2008, LJN: BG4175; Hof 's-Gravenhage, 16 december 2008, LJN: BH1267. De denklijn van de Hoge Raad is bestreden door C.E.C. Jansen, *Towards a European building contract law. Defects liability: a comparative analysis of English, German, French, Dutch and Belgian law*, diss. Tilburg 1998, p. 384-385; dezelfde *Totstandkoming en inhoud van design & construct-contracten voor complexe infrastructurele projecten*, preadvies VBR, Publicatie nr. 29, 2001, p. 122-124; zie voor een (poging tot) weerlegging van deze kritiek nader *Asser/Van den Berg* 2007, nr. 102-103

opdrachtgever aanwezige wetenschap en deskundigheid op dat vlak *nimmer* een rol zou mogen spelen. De Hoge Raad zegt slechts dat de *enkele* omstandigheid dat de opdrachtgever voldoende deskundig is om de gevolgen van bepaalde keuzes te overzien, de aannemer nog niet ontslaat van zijn verplichting om de opdrachtgever te waarschuwen voor onjuistheden in die keuzes. Daaruit valt af te leiden dat het in beginsel slechts aankomt op de vraag of de aannemer gezien *zijn* deskundigheid een onjuistheid in de opdracht behoort te onderkennen. Zodra dat het geval is moet hij waarschuwen ongeacht de (vermeende) deskundigheid van de opdrachtgever. Mogelijk is echter dat opdrachtgever en aannemer – bijvoorbeeld uit kostenoverwegingen – in onderling overleg kiezen voor een riskante werkwijze, doch beiden over dezelfde wetenschap en deskundigheid beschikken om de aan die werkwijze verbonden risico's te kunnen inschatten. Een dergelijke situatie heeft zich voorgedaan in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest *NSC/Pongers*.<sup>66</sup> In die context heeft de Hoge Raad wel termen aanwezig geacht om reeds op het niveau van de vaststelling van de aansprakelijkheid ten gunste van de aannemer rekening te houden met de bij de opdrachtgever aanwezige wetenschap en deskundigheid. Dat is ook alleszins redelijk want zou men die uitzondering op de regel niet aanvaarden dan zou die regel onbillijk kunnen uitwerken. Het zou dan mogelijk zijn dat de opdrachtgever de aannemer er eerst toe brengt een met risico's behepte, maar goedkopere of sneller uit te voeren werkwijze te volgen, om dan vervolgens wanneer de kwade kansen daarvan zich onverhoopt toch manifesteren, de aannemer voor de gevolgen te laten opdraaien op de grond dat hij niet zou hebben gewaarschuwd voor de mogelijke risico's.<sup>67</sup> De uitzondering voor situaties waarin sprake is van een bewust door de opdrachtgever aanvaard risico daargelaten, is toch het uitgangspunt van de Hoge Raad dat voor de vraag of de aannemer tekort is geschoten in zijn waarschuwingsplicht, de eventuele deskundigheid van de opdrachtgever buiten beschouwing blijft.

13. De Raad van Arbitrage voor de Bouw kiest doorgaans een hieraan tegengestelde benadering. Anders dan de Hoge Raad kijkt de Raad van Arbitrage op het niveau van de vaststelling van de aansprakelijkheid niet primair naar de deskundigheid van de aannemer, maar weegt hij ook regelmatig de aan de zijde van de opdrachtgever aanwezige deskundigheid als factor mee. Dat heeft ertoe geleid dat in een groot aantal gevallen in het geheel geen waarschuwingsplicht werd aangenomen, hetzij omdat de deskundigheid aan de zijde van de opdrachtgever gelijk of zelfs groter was dan die van de aannemer, dan wel omdat de aannemer mocht afgaan op de deskundigheid van de adviseur van de opdrachtgever.<sup>68</sup> De Raad van Arbitrage trekt echter wel een grens: het beroep op de deskundigheid van de opdrachtgever wordt niet gehonoreerd wanneer de aannemer een *ernstig verwijt* treft dat hij niet heeft gewaarschuwd.<sup>69</sup> Deze situatie daargelaten valt er dus een opmerkelijk verschil te signaleren tussen de aanpak van de Hoge Raad en de Raad van Arbitrage. In de benadering van de Hoge Raad bevrijdt de omstandigheid dat aan de zijde van de opdrachtgever ook deskundigheid aanwezig was de aannemer immers niet van aansprakelijkheid voor het niet waarschuwen, doch kan die factor pas een rol spelen op het (tweede) niveau van de vaststelling van de omvang van de door de aannemer te vergoeden schade. Tussen beide instanties

66 HR 8 oktober 2004, *NJ* 2005, 52; *BR* 2005, p. 634, m.n. M.A.M.C. van den Berg.

67 Zie A-G Verkade in zijn conclusie voor dit arrest onder punt 3.6.

68 Zie de uitspraken vermeld bij M.A. van Wijngaarden/M.A.B. Chao-Duivis, *Hoofdstukken Bouwrecht*, dl. 14, 2006, nr. 783-784 en *Asser/Van den Berg*, 2007, nr. 100.

69 Zie RvA 3 augustus 2004, nr. 25.110, *BR* 2005, p. 632; RvA 11 juni 2004, nr. 70.718, *BR* 2005, p. 629.

bestaat echter wel een sterke overeenstemming in de benadering van aan de zaak *NSC/Pongers* analoge gevalssituaties. Indien sprake is van een bewuste keuze van de zijde van de opdrachtgever waarbij bepaalde risico's zijn ingecalculerd, dan wel de aannemer ervan uit mag gaan dat van zo'n bewuste keuze sprake is, behoeft de aannemer ook naar het oordeel van de Raad van Arbitrage niet te waarschuwen.<sup>70</sup>

Het is een al lang gevestigde praktijk dat de Raad van Arbitrage voor de Bouw bij de vraag of de aannemer had behoren te waarschuwen voor foute keuzes, als bevrijdende factor meeweegt of de aannemer mocht vertrouwen op de aan de zijde van de opdrachtgever aanwezige deskundigheid. Maar ook gevestigde praktijken kunnen worden doorbroken als inzichten veranderen. Zou de omstandigheid dat ons hoogste burgerlijke rechtscollege een afwijkende koers heeft uitgezet, de Raad van Arbitrage mogelijk inspireren dat voorbeeld te volgen? In een Tilburgse masterscriptie is onlangs nagegaan of er tekenen zijn die op een kentering wijzen.<sup>71</sup> Daartoe is onderzoek gedaan naar de na de datum van het arrest *KPI/Leba* (1998) gedane uitspraken van de Raad van Arbitrage met betrekking tot deskundigheid van de opdrachtgever in het kader van de waarschuwingplicht van de aannemer. Het onderzoek is medio 2008 afgesloten. Van de 16 gevonden uitspraken over dit onderwerp bleken er 11 te passen in de traditionele lijn, doch konden er toch ook 5 in de lijn van de Hoge Raad worden geplaatst. Het is echter nog te vroeg om van een kentering te kunnen spreken. Dat zou het geval kunnen zijn als die 5 ook de laatste waren geweest van de serie. Maar zo is het niet. In de jaren waarin die uitspraken werden gedaan, werden tegelijk ook uitspraken in de traditionele lijn gedaan, terwijl de laatst gevonden uitspraak daar eveneens in past. Het roer is dus nog niet echt om, maar een begin van een nieuwe koers is er wel.

14. Indien door de Raad van Arbitrage voor de Bouw eenmaal is vastgesteld dat de aannemer tekort is geschoten in zijn waarschuwingplicht (hetgeen door het meewegen van de deskundigheid van de opdrachtgever minder vaak zal gebeuren dan in de rechtspraak van de Hoge Raad), wordt gewoonlijk aangenomen dat de aannemer dan ook voor de *gehele* schade aansprakelijk is, althans in de meest voorkomende situatie dat de UAV 1989 op de overeenkomst van toepassing zijn.<sup>72</sup> In dat opzicht oordeelt de Raad van Arbitrage strenger voor de aannemer dan de Hoge Raad doet. In het arrest *KPI/Leba* heeft de Hoge Raad immers in deze context de weg geopend naar een schadeverdeling op de grondslag van art. 6:101 lid 1 BW. De Hoge Raad is hierin inmiddels ook door de lagere rechtspraak gevolgd.<sup>73</sup> De Raad van Arbitrage heeft echter tot dusver nog weinig animo getoond dat voorbeeld te volgen. Dat strenge standpunt hangt waarschijnlijk samen met de uitleg die de Raad pleegt te geven aan de omschrijving van de waarschuwingplicht in § 6 lid 14 UAV 1989.<sup>74</sup> Deze bepaling verklaart de aannemer die zijn waarschuwingplicht verzaakt 'voor de schadelijke gevolgen van zijn verzuim aansprakelijk'. Men komt in uitspraken van de Raad van Arbitrage nogal eens de formulering tegen dat dit betekent dat de aannemer voor de gehele schade

70 Zie de uitspraken vermeld bij M.A. van Wijngaarden/M.A.B. Chao-Duivis, a.w., nr. 789 en *Asser/Van den Berg*, 2007, nr. 100.

71 Zie N. Tijssens, 'De betekenis van de deskundigheid van de opdrachtgever voor de waarschuwingplicht van de aannemer naar Nederlands en Duits recht', Masterthesis Tilburg, 2008, p. 5-9. Deze thesis wordt omgewerkt tot een artikel dat in 2009 in TBR zal verschijnen.

72 Zie de uitspraken vermeld in *Asser/Van den Berg*, 2007, nr. 104.

73 Zie Hof Amsterdam, 19 mei 2005, *BR* 2006, p. 172; Rb. 's-Gravenhage 22 oktober 2008, LJN: BG4175; Hof 's-Gravenhage, 16 december 2008, LJN: BH1267.

74 Zie *Asser/Van den Berg*, 2007, nr. 104.

aansprakelijk is ‘omdat zijn verzuim nu eenmaal tot de gehele schade leidde’. Die interpretatie lijkt mij echter niet juist. Door de aannemer aansprakelijk te verklaren voor de schadelijke *gevolgen* van *zijn* verzuim wordt immers onmiskenbaar een *causaliteitseis* gesteld. Dat nu rechtvaardigt, dunkt mij, bij de bepaling van het causale verband tussen het verzuim van de aannemer en de deswege te vergoeden schade, mee te wegen dat de schade mede is veroorzaakt door een omstandigheid die aan de benadeelde opdrachtgever zelf valt toe te rekenen.<sup>75</sup> Dat de pijn blijkbaar zit in de zo-even geciteerde zinsnede uit § 6 lid 14 UAV lijkt te worden bevestigd door verschillende uitspraken die zijn gedaan onder vigeur van de AVA 1992, waarin die zinsnede niet voorkomt en waarin de Raad wel kwam tot een schadeverdeling als door mij bepleit.<sup>76</sup> Dat wijst erop dat de Raad geen principiële bezwaren heeft tegen een dergelijke schadeverdeling. Onder vigeur van de UAV 1989 lijkt de Raad van Arbitrage daar echter niet aan te willen. Wel is de Raad in het verleden bereid gebleken tot een aantal verfijningen.<sup>77</sup> Zo wordt wel een schadeverdeling toegepast in gevallen waarin weliswaar was gewaarschuwd, maar op onvoldoende wijze. Voorts wordt regelmatig rekening gehouden met de omstandigheid dat als de aannemer wél zou hebben gewaarschuwd, aan hem vervolgens extra, als meerwerk te verrekenen, voorzieningen zouden zijn opgedragen. Maar van een schadeverdeling in evenredigheid met ieders bijdrage in het ontstaan van de schade zoals voorzien in art. 6:101 lid 1 BW, wil de Raad onder vigeur van de UAV tot dusver niet weten. Niettemin is er echter ook op dit punt een recent signaal dat er mogelijk een verandering op komst is. Ik doel hierbij op een uitspraak uit 2008 waarin – bij mijn weten voor het eerst – in de context van de UAV expliciet toepassing is gegeven aan de schadeverdelingsmaatstaf van art. 6:101 lid 1 BW.<sup>78</sup> Dat één zwaluw nog geen lente maakt, werd echter weer bevestigd door een uitspraak uit 2009 waarin de traditionele lijn weer werd gevolgd.<sup>79</sup>

### Doorontwikkeling ‘behoedplicht’ opdrachtgever

15. Indien door of namens de opdrachtgever toezicht wordt gehouden op de uitvoering van het werk, ontstaat de situatie dat de opdrachtgever of diens toezichthouder de aannemer kan behoeden voor schade door hem te waarschuwen voor dreigende uitvoeringsfouten. Vloeit daar nu een behoedplicht uit voort die als het spiegelbeeld kan worden beschouwd van de zo-even besproken waarschuwingsplicht van de aannemer? Naar mijn mening is dat niet het geval. De waarschuwingsplicht van de aannemer ontstaat als een afgeleide van zijn verplichting tot zorgvuldige uitvoering van het opgedragen werk.<sup>80</sup> Niet nakoming van die waarschuwingsplicht kan daarom worden beschouwd als wanprestatie. De opdrachtgever is echter niet verplicht om toezicht te houden.<sup>81</sup> Het houden van toezicht vormt voor de opdrachtgever een extra waarborg dat het werk

75 Zie Asser/*Van den Berg*, ibidem.

76 Zie RvA 16 juni 2005, nr. 26.489, *BR* 2005, p. 1026; RvA 18 augustus 2006, nr. 27.931 (niet gepubliceerd); RvA 15 april 2008, nr. 71.193, *TBR* 2008, p. 664, m.n. M.A.B. Chao-Duivis.

77 Zie Asser/*Van den Berg*, 2007, nr. 105.

78 Zie RvA 13 maart 2008, nr. 27.844 (wordt in de loop van 2009 gepubliceerd in *TBR*).

79 Zie RvA 23 februari 2009, nr. 29.963 (wordt in de loop van 2009 gepubliceerd in *TBR*).

80 Zie voor een nadere onderbouwing Asser/*Van den Berg*, 2007, nr. 101.

81 Wel is mogelijk dat een recht op bijstand van een deskundige toezichthouder uitdrukkelijk bedongen is of anders op grond van de bijzondere omstandigheden van het geval in verband met de eisen van redelijkheid en billijkheid uit de overeenkomst kan voortvloeien, zie HR 4 december 1970, *NJ* 1971, 204, m.n. GJS. Dat zijn echter uitzonderingen op de hoofdregel dat de aannemer in beginsel geen recht heeft op bijstand van een deskundige toezichthouder. Aldus ook de heersende opvatting in de literatuur, zie voor een overzicht daarvan Asser/*Van den Berg*, 2007, nr. 110.

conform zijn bedoelingen tot stand komt. Het vindt plaats in zijn belang en niet in dat van de aannemer. Het geschiedt bovendien op kosten van de opdrachtgever. Falend toezicht kan daarom niet worden gezien als wanprestatie jegens de aannemer. De aannemer had immers geen recht op toezicht, zodat ook geen sprake kan zijn van niet nakoming van een tegenover hem bestaande verplichting.

De omstandigheid dat de opdrachtgever niet verplicht is toezicht te houden op de werkzaamheden van de aannemer, betekent echter nog niet automatisch dat er *nimmer* reden zou kunnen zijn voor toerekening aan deze van falend toezicht. Als er van de zijde van de opdrachtgever op de uitvoering toezicht wordt gehouden is dat een feit dat praktische consequenties kan hebben, waarmee vervolgens juridisch rekening moet worden gehouden. Zo zal de aannemer, wanneer hij geen aanmerkingen hoort op de wijze waarop hij het werk uitvoert, erop vertrouwen dat hij werkt conform de bedoeling van de vraagspecificatie en in die richting voortgaat. Blijkt echter later dat hij zich daarin heeft vergist, dan hoeft men dat niet uitsluitend op zijn conto te zetten, omdat de houding van de toezichthouder daartoe mede aanleiding heeft gegeven. In dat geval is de aannemer door op dat vertrouwen voort te bouwen mogelijkwijze in een ongunstigere positie geraakt dan waarin hij zou hebben verkeerd wanneer in het geheel geen toezicht zou hebben plaatsgehad. Alleen in die situatie lijkt het mij redelijk bij de vaststelling van de aansprakelijkheid van de aannemer met het stilzwijgen van de toezichthouder rekening te houden. In dat geval zou namelijk een *onevenheid* ontstaan ten opzichte van de situatie dat er geen toezichthouder is aangesteld en er dus ook geen instantie is die de aannemer in zijn 'dwalingen' kan bevestigen. Alleen ter opheffing van die onevenheid zie ik voldoende grond voor toerekening aan de opdrachtgever voor tekortkomingen in het uitgeoefende toezicht. Waar de achtergrond hiervan gelegen is in het bij de aannemer gewekte vertrouwen dat hij op de juiste wijze werkzaam was, wordt evenwel tegelijk de grens zichtbaar waarvoor het niet meer redelijk is het gebrekkige toezicht ten gunste van de aannemer te laten meewegen. Deze grens acht ik bereikt op het moment dat de aannemer zich van zijn fout bewust moet zijn geweest, dan wel moet hebben begrepen dat het uitgeoefende toezicht onvoldoende was. Dan heeft hij immers uit het achterwege blijven van aanmerkingen op zijn werk in redelijkheid niet kunnen afleiden dat zijn wijze van werken strookte met de bedoeling van het bestek. Kort samengevat komt het vorenstaande erop neer dat er slechts grond bestaat voor toerekening van ontoereikend toezicht aan de opdrachtgever, indien voldaan is aan een drieledige eis: door de houding van de directie is bij de aannemer het vertrouwen gewekt dat hij op de juiste wijze werkzaam was; dat vertrouwen was gerechtvaardigd; de schade is mede veroorzaakt doordat op dit vertrouwen is voortgebouwd.<sup>82</sup>

Het lijkt mij toe dat deze beperkte toerekening juridisch kan worden ingebed in de regel van art. 6:101 lid 1 BW die hierboven<sup>83</sup> al ter sprake kwam. Deze regel houdt primair een *causaliteitstoetsing* in die de mogelijkheid opent van toerekening: de opdrachtgever heeft door een omstandigheid die tot zijn risicosfeer behoort (falend toezicht van hemzelf of van zijn hulppersoon) een bijdrage geleverd aan het ontstaan van de schade. Bij attenter toezicht zou het mogelijk zijn geweest schade te voorkomen of minstens te beperken. Het slot van het artikellid houdt echter een correctiefactor in die ruimte biedt om de met de causaliteitsmaatstaf gevonden uitkomst bij te stellen indien de billijkheid dit eist. Daarvoor is m.i. in deze context alle redenen. Gezien het *onverplichte* karakter van het

82 Zie voor een nadere onderbouwing M.A.M.C. van den Berg, *Ondanks nauwlettend toezicht*, oratie Tilburg, 1993, p. 1-6.

83 Zie nr. 12.

toezicht dient de toerekening van tekortkomingen daarin te worden beperkt tot het redresseren van de zo-even geschetste onevenheid. Daaruit vloeit de gestelde driedelige eis voort. Door de eis van een *gerechtvaardigd* vertrouwen in de houding van de toezichthouder blijft er weinig ruimte over voor toerekening aan de opdrachtgever van falend toezicht. Vooral niet wanneer bij het tot stand brengen van het werk talrijke (hulp)personen betrokken zijn, zoals bij bouwwerken het geval pleegt te zijn. Aangezien de toezichthouder nu eenmaal niet iedere bij het werk betrokken persoon afzonderlijk en continu in de gaten kan houden, is het onvermijdelijk dat veel voor hem verborgen blijft. Fouten waarvan verwacht mag worden dat ze door een attente toezichthouder worden onderkend, zullen daarom vooral evidente fouten zijn of fouten die bij herhaling zijn begaan. Maar in geval van opvallende of repeterende fouten zal het vertrouwen in het uitblijven van aanmerkingen nauwelijks gerechtvaardigd kunnen zijn. Zulke fouten zouden de aannemer namelijk zelf evenmin mogen ontgaan. Hij hoort immers als zelfstandig en professioneel vakman ook van zijn kant controle uit te oefenen op de werkzaamheden van zijn eigen personeel en die van zijn onderaannemers en hun personeel. In de sleutel van art. 6:101 lid 1 BW zie ik dus slechts *binnen nauwe grenzen* enige ruimte voor toerekening van falend directietoezicht aan de opdrachtgever.<sup>84</sup>

Daarover wordt anders gedacht door de Raad van Arbitrage voor de Bouw. Deze instantie doet zeer regelmatig uitspraken waarin bij de bepaling van de door een aannemer wegens een uitvoeringsfout verschuldigde schadevergoeding, rekening wordt gehouden met de omstandigheid dat de schade door nauwlettender toezicht van de directievoerende instantie had kunnen worden voorkomen of beperkt met als consequentie dat de opdrachtgever dan naar de mate waarin dat het geval is, de schade zelf moet dragen. Als rechtvaardiging daarvoor worden daarbij formuleringen gebruikt waarin de rechtsfiguur van de toerekening van 'eigen schuld' doorklinkt.<sup>85</sup> Dat is op zichzelf een verdedigbare grondslag voor toedeling van een deel van de schade aan de opdrachtgever. Maar de door mij bepleite begrenzing van die toerekening heeft bij de Raad van Arbitrage geen weerklank gevonden. Het optreden van de toezichthouder wordt hierin geïsoleerd bekeken, los van de indruk die dit optreden op de aannemer kan hebben gemaakt. Bezien wordt slechts of een attentere houding van de toezichthouder het ontstaan van schade had kunnen voorkomen of beperken. Als dat het geval wordt geacht, volgt automatisch doorberekening van die factor ten nadele van de opdrachtgever. De vraag of de aannemer vertrouwen heeft gesteld in de houding van de directie, komt niet aan de orde, laat staan of dat vertrouwen wel gerechtvaardigd was. Het lijkt er veeleer op dat de Raad dergelijke vragen in deze context niet relevant acht. Zo heb ik onder de door mij gevonden toerekeningszaken een aantal gevallen aangetroffen waarin sprake was van een zo ernstige wanprestatie van de aannemer, dat minstens het vermoeden gewettigd was, dat de aannemer van de foute uitvoering op de hoogte moet zijn geweest.<sup>86</sup> In geen van deze zaken heeft de Raad het echter nodig geoordeeld te onderzoeken of de aannemer in kwestie inderdaad met zijn fout bekend was. Sterker nog, ik ben zelfs verschillende gevallen tegengekomen waarin de schade wegens het onvoldoende toezicht nog in betekenende mate aan de opdrachtgever werd toegerekend

84 Volgens C.E.C. Jansen is er in deze context helemaal geen grond voor een dergelijke toerekening, zie C.E.C. Jansen, *Towards a European building contract law. Defects liability: a comparative analysis of English, German, French, Dutch and Belgian law*, diss. Tilburg 1998, p. 382-387; dezelfde *Totstandkoming en inhoud van design & construct-contracten voor complexe infrastructurele projecten*, preadvies VBR, Publicatie nr. 29, 2001, p. 122-124, zie voor een (poging tot) weerlegging van deze opvatting *Asser/Van den Berg*, 2007, nr. 112.

85 Zie voor een overzicht daarvan *Asser/Van den Berg*, 2007, nr. 116.

86 Als vorige noot.

ondanks het feit dat de aannemer zich, naar de eigen vaststelling van arbiters, van zijn fout *bewust* moet zijn geweest.<sup>87</sup> De conclusie dringt zich dan ook op, dat de Raad van Arbitrage zelfs in eventuele bekendheid van de aannemer met de foute uitvoering geen beletsel ziet om het ontoereikende directietoezicht toch te zijnen gunste mee te wegen. Mijns inziens gaat de Raad hier te ver in de toerekening van falend toezicht aan de opdrachtgever.

16. Naast de toerekening van 'eigen schuld' heeft de Raad van Arbitrage voor de Bouw nog een tweede grond gevonden waarlangs falend toezicht voor rekening van de opdrachtgever kan worden gebracht, namelijk het leerstuk van de *rechtsverwerking*. Deze figuur ligt onmiskenbaar ten grondslag aan een omvangrijke reeks uitspraken waarin de Raad oordeelde dat de opdrachtgever geen beroep meer kon doen op de gebrekkigheid van de prestatie van de aannemer, op de grond dat de directie de tekortkoming van de aannemer tijdens de uitvoering of bij de oplevering had kunnen onderkennen, doch daar niet tegen is opgetreden. Weliswaar wordt in deze uitspraken de term rechtsverwerking niet expliciet genoemd, maar in de door de Raad gekozen bewoordingen klinkt de echo van deze figuur toch duidelijk door. Ik doel hierbij op regelmatig terugkerende formuleringen als: de werkwijze van de aannemer moet door de goedkeuring van de directie voor gedekt worden gehouden, dan wel de uitvoeringswijze moet door het uitblijven van aanmerkingen van de directie als in het werk aanvaard worden geacht, of het gaat niet aan de aannemer nog voor de gestelde gebreken aansprakelijk te houden nu deze bij nauwlettend toezicht tijdens de uitvoering dan wel (laatstelijk) bij de oplevering onderkend hadden kunnen worden en derhalve niet *verborgen* waren. De laatste formulering heeft model gestaan voor de verborgen gebrekenregeling die in § 12 lid 2 aanhef en sub b, en lid 3 UAV 1989 is opgenomen.<sup>88</sup> Ook van deze denklijn zijn talrijke toepassingen te traceren.<sup>89</sup> Hierin heeft de Raad het met een zekere regelmaat blijkt gegeven acht te slaan op de vraag of de aannemer wel op de achterwege blijven van aanmerkingen van de directie had mogen vertrouwen. Zo heb ik tot dusver twaalf uitspraken gestaffeld waarin een beroep op het niet-verborgen zijn van het gebrek strijdig werd geoordeeld met de goede trouw (redelijkheid en billijkheid), wegens de ernst van de door de aannemer gemaakte fout, of om reden dat de aannemer zelf moest hebben begrepen dat de goedkeuring van zijn werk, dan wel het uitblijven van aanmerkingen daarop, berustte op een onattente houding van de directie.<sup>90</sup> Anders dan in het zo-even<sup>91</sup> besproken geval dat de Raad van Arbitrage oordeelt binnen de context van het leerstuk toerekening van 'eigen schuld', wordt het aspect of de aannemer had mogen vertrouwen op het optreden van de directie blijkaar wel meegewogen bij de vraag of een beroep op het niet-verborgen zijn van een gebrek door de juridische beugel kan. Naar mijn mening zou binnen beide beoordelingskaders hetzelfde moeten gelden. Niettemin juich ik het toe dat de Raad dit aspect nochtans wel in deze context wil meewegen. Deze tevredenheid wordt echter weer wat getemperd door mijn indruk dat de Raad toch meer aandacht schijnt te hebben voor de vraag of de directie een bepaalde fout had moeten onderkennen, dan voor de vraag of die fout niet ook had moeten opvallen aan de aannemer zelf, gelet op diens eigen verantwoordelijkheid voor de organisatie en coördinatie van het

87 Als vorige noot.

88 Zie M.A. van Wijngaarden/M.A.B. Chao-Duivis, *Hoofdstukken Bouwrecht*, dl. 2, 2007, nr. 110 en 116.

89 Zie M.A.M.C. van den Berg, *Ondanks nauwlettend toezicht*, oratie Tilburg, 1993, p. 15, noot 35; Van Wijngaarden/Chao-Duivis, a.w., nr. 110-113, 116-128.

90 Zie *Asser/Van den Berg*, 2007, nr. 117.

91 Zie nr. 15.

uitvoeringsproces.

17. De ‘codificatie’ in § 12 lid 2 aanhef en sub b, en lid 3 UAV 1989 van de door de Raad van Arbitrage voor de Bouw op het leerstuk van rechtsverwerking gebaseerde jurisprudentie over het begrip verborgen gebrek, heeft thans het karakter van een (vergaande) exoneratie.<sup>92</sup> Zij beperkt de aansprakelijkheid van de aannemer na de oplevering tot *verborgen* gebreken. Daaronder wordt verstaan gebreken die ondanks nauwlettend toezicht tijdens de uitvoering dan wel bij de opnemings van het werk door de directie redelijkerwijs niet onderkend hadden kunnen worden. Aldus voorzien de UAV in een door een volledig verlies van de aanspraken van de opdrachtgever gesanctioneerde, en zich *over de gehele uitvoeringsperiode* uitstrekkende onderzoeks- en klachtplicht van de directie. De in 2003 ingevoerde nieuwe aannemingstitel gaat aanzienlijk minder ver. Volgens art. 7:758 lid 3 BW is de aannemer ontslagen van aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever *op het tijdstip van oplevering* redelijkerwijze had moeten ontdekken. Uit de parlementaire behandeling blijkt dat de wetgever de mogelijkheid van rechtsverlies bij de aanneming van werk bewust heeft willen beperken tot gebreken die de opdrachtgever redelijkerwijs had moeten ontdekken op het tijdstip van de oplevering.<sup>93</sup> Weliswaar wordt de kwaliteit van het toezicht aan de opdrachtgever toegerekend, maar alleen ‘voor zover het gaat om het moment van de oplevering’. Ter verklaring van deze keuze is uitdrukkelijk gerefereerd aan de rechtsopvattingen hieromtrent in de ons omringende landen. Zowel in Engeland, Frankrijk, België als Duitsland wordt het in de rechtspraak en de literatuur onaanvaardbaar geoordeeld dat de aannemer zijn verantwoordelijkheid voor een door hem gemaakte fout zou kunnen ontlopen op de grond dat de opdrachtgever die fout tijdens de uitvoering van het werk had kunnen onderkennen.<sup>94</sup> Met betrekking tot gebreken die de opdrachtgever of diens toezichthouder vóór het moment van oplevering had kunnen onderkennen, doch niet onderkend heeft, vervalt de aansprakelijkheid van de aannemer derhalve *niet*. Wanneer evenwel de opdrachtgever of diens toezichthouder het gebrek daadwerkelijk zou hebben opgemerkt, doch zou hebben nagelaten daartegen op te treden, zou het achteraf toch aansprakelijk stellen van de aannemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kunnen zijn. In dat geval zou rechtsverwerking kunnen worden gebaseerd op de algemene regel van art. 6:248 lid 2 BW. De mogelijkheid van rechtsverlies zou in dat geval voorts kunnen worden gebaseerd op de uit art. 6:101 lid 1 BW af te leiden schadebeperkingsplicht van de opdrachtgever.<sup>95</sup> Ook in de ons omringende landen wordt bij wetenschap omtrent de fout een uitzondering gemaakt op de regel dat falend toezicht tijdens de uitvoeringsfase niet aan de opdrachtgever wordt toegerekend.<sup>96</sup> In de UAV-GC is hierbij aangesloten. De UAV-GC 2005 sporen enerzijds met art. 7:758 lid 3 BW, doch voorzien anderzijds in een relativering van de daarin vervatte regel voor het geval de

92 Zie C.E.C. Jansen, *Towards a European building contract law. Defects liability: a comparative analysis of English, German, French, Dutch and Belgian law*, diss. Tilburg 1998, p. 393; dezelfde, *BR* 1994, p. 837, 840; dezelfde in M.A.M.C. van den Berg en C.E.C. Jansen (red.), *De ontwerpende bouwver. Over turnkey- en design- & build-contracten*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 52; J. Rozemond, *RMTh* 1994, p. 239; A. de Groot, *BR* 1995, p. 205; W.J.M. Herber, *BR* 2006, p. 529.

93 Zie Nadere MvA, *Kamerstukken I* 2002/03, 23 095, nr. 38a, p. 11; zie hierover ook H.L. van der Beek, *T&C Bouwrecht*, 2009, aantek. 4 bij art. 7:758 BW.

94 Zie C.E.C. Jansen, *Towards a European building contract law. Defects liability: a comparative analysis of English, German, French, Dutch and Belgian law*, diss. Tilburg 1998, p. 358-395.

95 Zie *Asser/Van den Berg*, 2007, nr. 113.

96 Zie C.E.C. Jansen, *Towards a European building contract law. Defects liability: a comparative analysis of English, German, French, Dutch and Belgian law*, diss. Tilburg 1998, p. 390, 395.

opdrachtgever voorafgaande aan de oplevering het gebrek daadwerkelijk zou hebben opgemerkt zonder de opdrachtnemer daarover te hebben geïnformeerd.<sup>97</sup> Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen de periode die aan de oplevering voorafgaat en het tijdstip van de feitelijke datum van oplevering. Vóór laatstbedoeld tijdstip kan slechts sprake zijn van rechtsverlies met betrekking tot gebreken die de opdrachtgever *daadwerkelijk* heeft *opgemerkt* zonder de opdrachtnemer daarover te informeren. De omstandigheid dat de opdrachtgever tijdens de realisatiefase (bijvoorbeeld bij het uitoefenen van controlebevoegdheden) een (dreigende) tekortkoming had kunnen of zelfs moeten onderkennen, doch niet onderkend heeft, leidt niet tot een verval van aanspraken. Op het tijdstip van de datum van oplevering geldt evenwel een voor de opdrachtgever strenger (met art. 7:758 lid 3 BW corresponderend) criterium. De opdrachtgever verliest dan zijn aanspraken met betrekking tot gebreken die hij op dat tijdstip *redelijkerwijs had moeten ontdekken*.

### 3.3 Geïntegreerde bouwcontractvormen

#### Typologie

18. Een belangrijke ontwikkeling van de afgelopen decennia is ongetwijfeld de stormachtige opmars van contractvormen waarbij de bouwprocesfunctie uitvoeren wordt geïntegreerd met andere procesfuncties. Deze bouwcontractvormen zijn geworteld in de Anglo-Amerikaanse rechtscultuur. Dat verkaart ook dat zij gewoonlijk met hun oorspronkelijke Engelse benamingen worden aangeduid. Bekende voorbeelden daarvan zijn het Turnkey-contract, het Design & Build-contract (D&B) en het Design & Construct-contract (D&C). Tussen de beide laatste contractvormen bestaat geen principiële verschil. Het onderscheid in terminologie hangt samen met de omstandigheid dat in de Anglo-Amerikaanse wereld onder ‘build’ louter het bouwen van gebouwen wordt verstaan. De ruimere term ‘construct’ omvat daarnaast ook het bouwen van infrastructurele werken en industriële complexen (‘heavy plants’). Ons begrip bouwen omvat beide activiteiten. Over de vraag hoe het Turnkey-contract zich verhoudt tot het Design & Build-, respectievelijk het Design & Construct-contract bestaat evenwel allerminst duidelijkheid.<sup>98</sup> Er bestaat echter wel eenstemmigheid over wat het meest kenmerkende aspect is van de bouwcontractvormen die zich onder de benamingen Turnkey en Design & Build (Construct) aandienen: *integratie* van de bouwtechnische procesfuncties ontwerpen en uitvoeren door één opdrachtnemer. De integratie kan ook nog andere procesfuncties omvatten dan ontwerpen en uitvoeren, bijvoorbeeld het verzorgen van meerjarig onderhoud na het gereedkomen van het werk. Men spreekt dan wel van een Design-Build-Maintain-contract (DBM). Steeds populairder wordt het daaraan nog de financieringsfunctie toe te voegen, in welk geval gesproken wordt van Design-Build-Finance-Maintain (DBFM). Ook komt het voor dat de exploitatie van het werk aan het rijtje wordt toegevoegd, in welk geval de O van Operate aan de naam wordt toegevoegd (DBFMO). In al deze gevallen wordt het feitelijke bouwen verbonden met prestaties die afzonderlijk beschouwd geheel (ontwerpen, financieren) of gedeeltelijk (onderhouden, exploiteren) voorwerp zouden kunnen zijn van een overeenkomst van *opdracht*. Leidt dat tot de consequentie dat daardoor sprake is van een gemengde overeenkomst opdracht/aanneming van werk of overheerst het bouwen zozeer dat (louter) moet worden gesproken van aanneming van werk? Die vraag kan niet in algemene zin worden beantwoord. Beide con-

97 Zie § 28 lid 1 jo. § 20 lid 4, § 21 lid 10 en § 23 lid 3 UAV-GC 2005; zie ook Toelichting op MBO/UAV-GC 2005, p. 80-81 jo. p. 69, 72 en 73.

98 Zie over de verschillende opvattingen nader *Asser/Van den Berg*, 2007, nr. 37.

cepten komen in de praktijk naast elkaar voor.<sup>99</sup> Men zal daarom in ieder concreet geval moeten nagaan welk concept partijen aan hun overeenkomst ten grondslag hebben gelegd.

### Voordelen geïntegreerd concept

19. Voor de figuur waarbij integratie van bouwprocesfuncties plaatsvindt, is de term geïntegreerd concept in zwang geraakt.<sup>100</sup> Het meest kenmerkende aspect hiervan is het doorbreken van de traditionele scheiding tussen de bouwprocesfuncties ontwerpen en uitvoeren door de vervulling van beide functies toe te delen aan één opdrachtnemer. Hiermee wordt beoogd dat deze functies optimaal op elkaar kunnen worden afgestemd. Om dit voordeel te kunnen maximaliseren is het van belang dat het met de overeenkomst beoogde resultaat in functionele termen wordt omschreven en dat de opdrachtnemer wordt vrijgelaten in de keuze van de middelen om het contractdoel te verwezenlijken. Daardoor kan ten volle worden geprofiteerd van de bij uitvoerende marktpartijen aanwezige kennis en ervaring op het terrein van het ontwerpen. Bovendien wordt daarmee een goede voedingsbodem geboden voor het vinden van innovatieve oplossingen.

Een tweede belangrijk voordeel van het geïntegreerd concept is dat het leidt tot een heldere juridische structuur. Nu de vervulling van de beide voor de technische kwaliteit bepalende procesfuncties integraal aan één opdrachtnemer is toevertrouwd, staat deze er in beginsel ook voor in dat het op te leveren bouwwerk technisch deugdelijk is en geschikt is voor zijn bestemming. Zijn prestatieplicht heeft in deze context een duidelijk resultaatgericht karakter.<sup>101</sup> Men vermijdt daarmee discussies over de vraag of een aan het werk geconstateerd gebrek te wijten is aan een ontwerpfout, dan wel aan een uitvoeringsfout. Zo wordt voorkomen dat men terecht komt in een ingewikkeld zwartepietenspel over de vraag aan wiens foute keuze een in het werk geconstateerd gebrek valt toe te rekenen.

De genoemde voordelen van het geïntegreerde concept doen zich echter slechts ten volle gelden, als het zich aandient in *onversneden* vorm. Dat is het geval indien de opdrachtgever zich beperkt tot het kenbaar maken van zijn bouwbehoefte in functionele termen en de verdere materialisatie daarvan in ontwerp en uitvoering integraal opdraagt aan de opdrachtnemer. In de praktijk blijkt echter dat opdrachtgevers zich vaak niet tot zo'n afstandelijke rol in het bouwproces willen beperken. Ook bij geïntegreerde bouwcontracten komt het voor dat opdrachtgevers toch in meer of mindere mate invloed willen hebben op de feitelijke materialisatie van hun bouwbehoefte. Maar naarmate de bemoeienis van de opdrachtgever met het ontwerp- en bouwproces zich sterker doet gevoelen en als keerzijde daarvan de keuzevrijheid van de bouwer afneemt, zullen ook de voordelen van het geïntegreerde concept onder druk komen te staan. Zo kan de door de opdrachtgever uitgeoefende invloed leiden tot suboptimalisatie van de afstemming tussen ontwerp en uitvoering. Bijvoorbeeld doordat de bouwer een werkwijze wordt opgedrongen waarmee hij niet erg vertrouwd is of doordat hij niet in de gelegenheid wordt gesteld een bepaalde techniek toe te passen waarmee hij nu juist veel ervaring heeft. Voorts kan de in beginsel heldere juridische structuur van het geïntegreerde concept door de bemoeienissen van de opdrachtgever vertroebeld worden. Onder invloed van de hierboven<sup>102</sup> besproken beginselen van het bouwcontractenrecht (kort sa-

99 Zie daarover nader *Asser/Van den Berg*, 2007, nr. 29-32

100 Zie over dit begrip *Blauwdruk RAW 2000*, Ede: CROW 1997, p. 28-30.

101 Zie daarover nader *Asser/Van den Berg*, 2007, nr. 85.

102 Zie hierboven nr. 11.

mengevat als ‘Wie bepaalt, betaalt’ en ‘Wie niet behoedt, bloedt’) zal de opdrachtgever naarmate hij meer bij het bouwproces betrokken is, ook meer verantwoordelijkheden naar zich toe halen.

### *Knelpunt: eenzijdige risicoallocatie*

20. Het geïntegreerd concept leidt ertoe dat de vervulling van de ontwerpfunctie voor verantwoordelijkheid van de opdrachtnemer komt. Daarmee hangen aanzienlijk risico's samen. Die betreffen niet alleen de technische aspecten van de opdracht, maar ook de met de ontwerpfunctie samenhangende omgevingsfactoren, zoals het verkrijgen van de vergunningen die nodig zijn om het ontwerp ter plekke ook te mogen realiseren en de afstemming van het ontwerp op de bodemgesteldheid. Het eenzijdig toedelen van dergelijke risico's aan de opdrachtnemer kan ertoe leiden dat hij belast wordt met risico's die hij niet goed kan beheersen en die ook niet goed calculeerbaar zijn.

De bijzondere risico's die de opdrachtnemer bij een geïntegreerd contract loopt op het punt van vergunningverlening, hangen samen met een aspect waarin het geïntegreerd concept verschilt van de traditionele gang van zaken. Bij de eerste figuur verbindt de opdrachtnemer zich reeds tot de realisering van een werk in een stadium waarin nog onzeker is of hij de voor de opzet van het werk benodigde vergunningen zal kunnen verkrijgen. In het traditionele model daarentegen komt dit punt aan de orde in de ontwerpfase welke zich buiten verantwoordelijkheid van de aannemer voltrekt. Op het moment waarop met de aannemer wordt gecontracteerd, is de vergunningenkwestie normaliter al geregeld. Dit verschil zou op zich niet tot grote problemen hoeven te leiden als vooraf goed voorspelbaar zou zijn of en wanneer de benodigde vergunningen verkregen kunnen worden. Dat is echter niet het geval. Dat komt omdat het al of niet verkrijgen van een bepaalde vergunning niet louter afhangt van het voldoen van het bouwplan aan vooraf kenbare objectieve criteria, doch vaak tevens afhankelijk is van politieke besluitvormingsprocessen op het verloop waarvan derden via een uitgewogen stelsel van bezwaar- en beroepsmogelijkheden belangrijke invloed kunnen uitoefenen. In de Model Basisovereenkomst met bijbehorende UAV-GC 2005 is met dit probleem rekening gehouden. In de eerste plaats kunnen partijen projectspecifiek bepalen wie voor welke vergunningen dient te zorgen.<sup>103</sup> Dat geeft partijen de mogelijkheid daarvoor vooraf overleg te voeren en een regeling te treffen waarbij de mate van beheersbaarheid van het risico van het verkrijgen van de betreffende vergunning richtsnoer kan zijn. Een dergelijk overleg is echter niet verplicht. De opdrachtgever kan ervoor kiezen de opdrachtnemer te verplichten om voor alle voor het werk benodigde vergunningen zorg te dragen. Ten aanzien van vergunningen die nodig zijn voor de opzet of het gebruik van het werk is de prestatieplicht van de opdrachtnemer echter beperkt tot een *inspanningsverplichting*, behoudens voor wat betreft de (immers objectief kenbare) bouw- of milieutechnische voorschriften.<sup>104</sup> Daarmee wordt voor dit onderdeel afgeweken van het resultaatskarakter dat de verbintenis van de opdrachtnemer in beginsel onder vigeur van de UAV-GC heeft.<sup>105</sup> Een dergelijke relativering kennen de UAV-GC ook ten aanzien van de afstemming van de ontwerpwerkzaamheden op de bodemgesteldheid. Ook op dat punt is de prestatieplicht van de opdrachtnemer geformuleerd als een inspanningsverplichting.<sup>106</sup> Ten slotte komen de UAV-GC de opdrachtnemer nog tegemoet met behulp van een algemene aan-

103 Zie art. 6 MBO.

104 Zie § 10 lid 1 jo. lid 4 UAV-GC 2005.

105 Zie § 4 leden 1-3 en 9 UAV-GC 2005.

106 Zie § 13 leden 1 en 2 UAV-GC 2005.

sprakelijkheidslimiet (10% van de contractprijs met een bodem van € 1.500.000).<sup>107</sup> Blijkens de Toelichting is daarvoor gekozen vanwege het gegeven dat ontwerpfouten tot zeer kostbare gebreken kunnen leiden en dientengevolge slechts beperkt kunnen worden verzekerd.<sup>108</sup> Ondanks deze ratio is gekozen voor een integrale limitering waarbij geen onderscheid wordt gemaakt tussen gebreken die zijn terug te voeren op gebrekkige ontwerp- dan wel uitvoeringswerkzaamheden, zulks ter vermijding van ongewenste, kostbare en tijdrovende discussies.<sup>109</sup>

21. Een andere mogelijkheid om het probleem van eenzijdige risicoallocatie te ondervangen is *risk sharing*. In plaats van een risico eenzijdig aan de opdrachtnemer toe te delen, wordt tussen opdrachtgever en opdrachtnemer afgesproken dat risico samen te delen. Doorgaans wordt het betreffende risico vooraf op een bepaald bedrag geschat ('geprijsd') en wordt over- dan wel onderschrijding daarvan met elkaar gedeeld, eventueel met inachtneming van een bepaalde limiet ('cap'). Deze methode kan alleen zinvol zijn als iedere partij een reële bijdrage kan leveren aan het beheersen van dit risico, hetzij omdat zij de *kans* dat het risico zich manifesteert kan beïnvloeden, hetzij doordat zij in staat is als het risico zich voordoet, de *gevolgen* ervan te beïnvloeden.<sup>110</sup> Als een overheidsinstantie opdrachtgever is, zal die beter in staat zijn dan de opdrachtnemer om het risico van vertraging door vergunningprocedures te beperken. Maar wanneer zich toch vertraging voordoet, zal de opdrachtnemer weer beter in staat zijn om de gevolgen daarvan te beperken door zijn planning aan te passen. Bij de aanleg van een weg of spoorlijn zouden bijvoorbeeld delen van het werk die niet afhankelijk zijn van de betreffende vergunning, in de planning naar voren kunnen worden gehaald om tijdverlies te voorkomen.

In het bijzonder voor wat betreft omgevingsrisico's wint de figuur van *risk sharing* veld. De gedachte om op deze wijze met risico's om te gaan is geïnspireerd door het model van de *alliantieovereenkomst*. Dit is een nog betrekkelijk jonge loot aan de stam van het bouwcontractenrecht.<sup>111</sup> Deze figuur kan zich in velerlei gedaanten voordoen, maar in de kern gaat het hierbij steeds om een contractvorm waarbij de traditionele, hiërarchische structuur van een opdrachtgever tegenover een aannemer, plaats maakt voor een model waarbij partijen op gelijke voet, *als partners*, met elkaar samenwerken ter bereiking van wederzijds voordeel. Zij zijn als het ware *stakeholders* in hun gezamenlijk ondernomen activiteiten, die ook samen delen in de daaruit voortvloeiende winsten en verliezen. Van dit samenwerkingsmodel gaat een sterke prikkel uit om de realiseringkosten van een project beperkt te houden, omdat beide partijen delen in het uiteindelijke resultaat. Om te kunnen bepalen of sprake is van winst of verlies plegen partijen bij een alliantieovereenkomst *benchmarks* overeen te komen waarmee kan worden gemeten of een bereikt resultaat positief of negatief is uitgevallen. Het belangrijkste meetpunt daarvoor wordt gevormd door de *target price*. Dat is het bedrag waarvoor een project naar de gezamenlijke inschatting van partijen dient te kunnen worden gerealiseerd en dat door hen wordt aanvaard als de financiële nulstand. Onderschrijding van de *target price* geldt als winst die door de partners gezamenlijk wordt gedeeld volgens

107 Zie § 28 lid 3 UAV-GC 2005.

108 Zie Toelichting, p. 82.

109 Als vorige noot.

110 Zie M.A.M.C. van den Berg, *BR* 2002, p. 849 en 855.

111 Zie over deze figuur nader Asser/*Van den Berg*, 2007, nr. 297-298 met verdere verwijzingen. Zie daarover voorts Y.P. Kamminga, *Towards effective governance structures for contractual relations*, diss. Tilburg, 2009.

een overeengekomen verdeelsleutel. Overschrijding ervan levert echter verlies op dat eveneens wordt gedeeld volgens die maatstaf. In dit systeem loont het om in onderlinge samenwerking *besparingen* te bereiken omdat het daaruit ontstane voordeel alle partners ten goede komt. In de target price pleegt ook een voorziening te worden opgenomen voor risico's die zich tijdens de realiseringfase kunnen voordoen en waarvan de gevolgen kunnen leiden tot kostenverhogingen. Andere benchmarks die overeengekomen kunnen worden zijn de bouwtijd en aspecten als milieu, veiligheid, levensduur en onderhoudskosten.

Door het element van risk sharing in te bouwen in bijvoorbeeld een Design & Construct-contract wordt daarin als het ware voor dat aspect een 'mini' alliantie gevormd. Zelfstandige allianties komen naar mijn inschatting nog betrekkelijk weinig voor. Toch wint ook deze figuur geleidelijk veld. Vooral Pro Rail en Rijkswaterstaat nemen daarbij het voortouw.

#### 4. Postcontractuele fase

De oplevering van het werk betekent nog niet dat de overeenkomst volledig is uitgewerkt. Zo kunnen er zich na dat moment gebreken aan het werk manifesteren die zijn terug te voeren op tijdens het werk gemaakte fouten waarvoor de aannemer nog aansprakelijk kan worden gesteld. Ook is mogelijk dat de aannemer ongeacht of sprake is van een tekortkoming zijnerzijds, voor een gebrek aansprakelijk kan worden gesteld op grond van een door hem verleende garantie. Met betrekking tot beide mogelijkheden hebben zich ontwikkelingen voorgedaan die de moeite van het bespreken waard zijn.

##### *Aansprakelijkheid na oplevering*

22. In het oude BW werd de aansprakelijkheid van de aannemer na oplevering geregeld in art. (7A:) 1645 BW (oud).<sup>112</sup> De tekst van dit artikel heeft talrijke vragen doen rijzen. Dat heeft geleid tot een omvangrijke hoeveelheid literatuur en rechtspraak.<sup>113</sup> Het is daarom verheugend dat dit omstreden artikel in de nieuwe aannemingstitel niet is overgenomen. Bizar is echter dat die oude bepaling nog wel voortleeft in de UAV 1989 waarin art. 1645 is opgenomen als onderdeel van de in § 12 voorziene regeling van de aansprakelijkheid van de aannemer na oplevering. Gelet op de omvangrijke discussiestof waartoe art. 1645 aanleiding had gegeven, is het een ongelukkige beslissing geweest van de ontwerpers van de UAV om een verwijzing op te nemen naar dat omstreden artikel. Hierdoor liep men immers een gerede kans dat die discussiepunten naar de UAV zouden worden 'geëxporteerd'. Dat voorspelbare gevaar heeft zich ook daadwerkelijk verwezenlijkt. Dit heeft geleid tot een omvangrijke jurisprudentie van de Raad van Arbitrage voor de Bouw over alle elementen van art. 1645.<sup>114</sup> De discussie is zelfs gecompliceerd door de omstandigheid dat de samenstellers van de UAV niet lineair naar art. 1645 hebben verwezen, doch dit artikel hebben ingebouwd in een uitzonderingsbepaling op een hoofdregel, die op zijn beurt afwijkt van de meest heersende mening die zich inmiddels over art. 1645 onder vigeur van het BW had gevormd. Dat

112 In 1992 is de regeling van de aanneming van werk in het BW van 1838 – in afwachting van een definitieve regeling – doorgeschoven naar een als tijdelijk bedoeld onderkomen, dat als Boek 7A aan het nieuwe BW is toegevoegd.

113 Zie voor een overzicht daarvan M.A. van Wijngaarden/M.A.B. Chao-Duivis, *Hoofdstukken Bouwrecht*, dl.2, 2007, nr. 83-96.

114 Zie voor een overzicht daarvan Van Wijngaarden/Chao-Duivis, a.w., nr. 87-95.

heeft geleid tot uitgebreide discussies over de draagwijdte van de verwijzing naar art. 1645 in de context van de UAV. In de loop der tijd zijn daarover maar liefst zeven verschillende opvattingen ontwikkeld.<sup>115</sup> Het is daarom hoog tijd dat de verwijzing naar art. 1645 uit de UAV geschrapt wordt.

De huidige wet voorziet voor vorderingen wegens een gebrek in het opgeleverde werk in een *dubbele verjaringstermijn*.<sup>116</sup> In de eerste plaats een tweejarige termijn lopende vanaf het tijdstip dat de opdrachtgever ter zake van een gebrek heeft geprotesteerd. Deze termijn moet worden gezien in relatie tot art. 6:89 BW dat rechtsverlies inhoudt, indien de crediteur nalaat te protesteren binnen bekwame tijd nadat hij een gebrek in de prestatie heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken.<sup>117</sup> Deze bepaling houdt voor de opdrachtgever een krachtige aansporing in om zo snel mogelijk bij de aannemer te protesteren, als na de oplevering een gebrek in het werk aan het licht zou treden. Vervolgens gaat vanaf het moment van het protest de tweejarige verjaringstermijn lopen. De druk die daarmee op de opdrachtgever wordt gelegd dient een gerechtvaardigd belang van de aannemer. Hoe langer de opdrachtgever er immers ermee wacht om de aannemer aan te spreken, des te groter de kans wordt dat het gebrek verergert. Bovendien wordt met het verstrijken van de tijd de bewijspositie van de aannemer met betrekking tot mogelijke overmachtsfactoren bemoeilijkt. De gecombineerde werking van de artikelen 6:89 en 7:761 BW dwingt de opdrachtgever met deze redelijke belangen van de aannemer rekening te houden.<sup>118</sup>

Naast de tweejarige termijn voorziet art. 7:761 voorts in een naar de aard van het werk variërende termijn van twintig jaar (voor bouwwerken), respectievelijk tien jaar (voor andere werken), die loopt vanaf het moment van oplevering. Deze termijnen houden een absoluut plafond in voor de mogelijkheid om een rechtsvordering in te stellen wegens een gebrek in het opgeleverde werk. De twintigjarige termijn voor bouwwerken is in vergelijking tot de wettelijke regelingen in de ons omringende landen aan de lange kant.<sup>119</sup>

### Garanties

23. Zoals hierboven bleek, bestaat er consensus over wat als eerste beginsel heeft te gelden voor toedeling van verantwoordelijkheden in het bouwcontractenrecht: diegene die gedurende het totale bouwproces een keuze maakt welke als primaire oorzaak ten grondslag blijkt te liggen aan een probleem, zal in beginsel ook de vermogensrechtelijke consequenties daarvan moeten dragen (kort gezegd ‘Wie bepaalt, betaalt’).<sup>120</sup> Dit beginsel ligt ook stevig verankerd in de wet en de meest gehanteerde algemene voorwaarden.<sup>121</sup> In de praktijk trachten opdrachtgevers soms de consequenties van dat beginsel te ontwijken door van de aannemer garanties te bedingen voor de deugdelijkheid van het werk, in situaties dat de opdrachtgever op de totstandkoming ervan betekenende invloed heeft uitgeoefend, bijvoorbeeld door het voorschrijven van constructies, werkwijzen, bouwstoffen of hulppersonen. Het is in een dergelijke situatie mogelijk dat een gebrek

115 Zie daarover nader mijn noot onder RvA 26 maart 2004, nr. 24.544, *BR* 2004, p. 885-887.

116 Zie art. 7:761 BW.

117 Zie memorie van toelichting, *Kamerstukken II* 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 34.

118 Zie *Asser/Van den Berg*, 2007, nr. 132.

119 Zie C.E.C. Jansen, *Towards a European building contract law. Defects liability: a comparative analysis of English, German, French, Dutch and Belgian law*, diss. Tilburg 1998, p. 330-338.

120 Zie hierboven nr. 11.

121 Als vorige noot.

in het werk valt terug te voeren op de door de opdrachtgever uitgeoefende invloed. Bijvoorbeeld omdat er een fout school in een door hem voorgeschreven constructie of omdat een door hem voorgeschreven bouwstof niet geschikt was voor zijn bestemming. Toepassing van opgemeld beginsel zou dan meebrengen, dat de opdrachtgever de vermogensrechtelijke consequenties daarvan zelf zou moeten dragen (aangenomen dat de aannemer niet is tekortgeschoten in zijn waarschuwingsplicht). Door van de aannemer garanties te bedingen met betrekking tot de goede kwaliteit van het werk, zou de opdrachtgever kunnen bereiken dat de aannemer niettemin voor de gevolgen van de door de opdrachtgever gemaakte keuzes verantwoordelijk blijft. Daarvoor is echter wel nodig dat de afgegeven garantie een duidelijke toezegging van de aannemer inhoudt om in te staan voor de afwezigheid van gebreken in het werk, ongeacht de vraag of de gebreken al dan niet zijn veroorzaakt door een hem toerekenbare tekortkoming. Het begrip garantie heeft echter geen vastomlijnde betekenis. Of een garantie een dergelijke vergaande strekking heeft, zal daarom steeds aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval moeten worden vastgesteld.

Over de vraag wat de betekenis is van een door de aannemer verstrekte garantie bestaat veel rechtspraak van de Raad van Arbitrage voor de Bouw.<sup>122</sup> In de uitspraken van de laatste jaren neemt de Raad niet snel aan dat een afgegeven garantie de strekking heeft de aannemer te belasten met verantwoordelijkheden die volgens de voor de overeenkomst geldende regels in beginsel voor rekening van de opdrachtgever zouden komen. Een dergelijke bedoeling moet duidelijk uit de bewoordingen blijken. Een mooi voorbeeld van deze benadering biedt een uitspraak uit 2006.<sup>123</sup> Deze ging over een garantie die als volgt luidde:

‘Door aanvaarding van deze opdracht garandeert u onverkort, tevens het onderhavige werk: A. tegen fabricage-, constructie-, en uitvoeringsgebreken gedurende een termijn van 10 jaren vanaf de opleveringsdatum; B. op waterdichtheid van de door u uitgevoerde werkzaamheden aan gevels, kozijnen en beglazingen gedurende een termijn van 10 jaren vanaf de oplevering; C. de in het bestek genoemde onderdelen (...).’

In verband met deze garantie rezen twee vragen. De eerste hing samen met de omstandigheid dat verschillende onderdelen van het werk aan *nevenaannemers* waren opgedragen. De opdrachtgever meende dat hij op grond van de garantie de aannemer ook kon aanspreken voor tekortkomingen in door die nevenaannemers verrichte werkzaamheden. Arbiters oordeelden dat garanties in beginsel beogen de garant te doen instaan voor gebreken of tekortkomingen aan uitgevoerd werk of verrichte leveringen van de garant *zelf*. Indien is beoogd een uitzondering te maken op dat beginsel door de garant tevens te doen instaan voor de deugdelijkheid van door derden uitgevoerd werk of verrichte leveringen, dient dat, aldus arbiters, *uitdrukkelijk* te blijken uit de tekst van de garantiebepaling zelf dan wel uit andere feiten of omstandigheden. Dat was volgens arbiters in casu niet het geval.

De tweede vraag was of de aannemer op grond van de garantiebepaling ook aansprakelijk kon worden geacht voor de gevolgen van fouten in het door de opdrachtgever voorgeschreven ontwerp daaronder begrepen de voorgeschreven constructies. Met betrekking tot deze vraag overwogen arbiters dat krachtens de op de overeenkomst van toepassing zijnde UAV 1989 de verantwoordelijkheid voor het ontwerp (inbegrepen de voorgeschreven constructies) bij de opdrachtgever lag.

122 Zie voor een overzicht *Asser/Van den Berg*, 2007, nr. 120.

123 Zie RvA 5 juli 2006, nr. 27.429, *BR* 2007, p. 887, m.n. M.A.M.C. van den Berg

In de garantiebepaling was naar het oordeel van arbiters niet voldoende *uitdrukkelijk* verwoord dat de aannemer – naast de garantieplicht die hij op zich neemt voor door hem of zijn onderaannemers of leveranciers aangedragen en toegepaste constructies – tevens de garantieplicht heeft aanvaard voor uitdrukkelijk en dwingend door de opdrachtgever aan hem voorgeschreven constructies. Arbiters zagen in de formulering van de garantiebepaling onvoldoende grond om tot het oordeel te komen dat sprake was van een uitdrukkelijke afwijking van de UAV.

Deze benadering van arbiters lijkt mij juist. In de lezing van de opdrachtgever zou de garantiebepaling inhouden dat de aannemer aansprakelijk zou zijn voor omstandigheden waarop hij geen enkele invloed zou kunnen uitoefenen (fouten van derden of van de opdrachtgever zelf) en waarvoor hij op grond van de overige op de overeenkomst toepasselijke regels ook niet aansprakelijk zou zijn. Nu is het juridisch weliswaar mogelijk dat een aannemer zijn hoofd zover in de strop steekt, maar de opdrachtgever mag er pas op vertrouwen dat de aannemer daartoe bereid is gebleken, als hij deze afwijking van het normaal te verwachten patroon voldoende duidelijk heeft kenbaar gemaakt.

Mits adequaat en helder geformuleerd kan de opdrachtgever door middel van een garantiebeding nochtans juridisch wel bereiken dat hij invloed kan uitoefenen op het ontwerp- en bouwproces, zonder dat hij daarmee verantwoordelijkheid naar zich toehaalt. In economisch opzicht acht ik dat echter geen goede zaak in die gevallen waarin de aannemer zelf geen enkele invloed heeft op het te garanderen feit. De gevraagde garantie dwingt hem dan een risico te aanvaarden dat hij in het geheel niet kan beheersen. Als hij bedrijfseconomisch verstandig handelt, zal hij voor het dragen van dit risico een bedrag in zijn vraagprijs moeten opnemen. Maar juist omdat hij het risico niet kan beheersen, kan hij de omvang ervan ook niet goed inschatten. De garantie maakt de aannemer zo tot *verzekeraar* zonder dat hij daarvoor een betrouwbare premie kan berekenen. Ik vind daarom deze weg alleen begaanbaar als de aannemer wel invloed op het te garanderen feit heeft kunnen hebben.