

SEVERIJN HULSHOF

A D V O C A T E N

Ministerie voor Wonen en Rijksdienst
Afdeling Wetgeving

L.C. van den Berg
Advocaat
T 070-304 55 90
E l.berg@shadv.nl

Den Haag, 8 september 2014

Inzake : Ontwerp wetsvoorstel kwaliteitsborging voor het bouwen
Onze ref. : LCB

Geachte heer, mevrouw,

Op 25 juni jl. is voornoemd ontwerp wetsvoorstel ter consultatie bekendgemaakt. Graag maak ik –namens Severijn Hulshof advocaten- gebruik van het consultatierecht om onze zorgen uit te spreken over onderdelen van dit ontwerp wetsvoorstel. Deze zorgen hebben betrekking op de voorgestelde wijzigingen in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.

Ter introductie: Severijn Hulshof

1. Ter duiding van de onderhavige brief vermeld ik dat mijn kantoor volledig gespecialiseerd is in het civiele bouwrecht en het aanbestedingsrecht. Onze advocaten hebben op deze gebieden ruime ervaring. Als kantoor staan wij voornamelijk marktpartijen bij, zoals aannemers, ingenieursbureaus en architecten, maar ook treden wij op aan opdrachtgeverszijde (zowel voor commerciële partijen als voor overheidsinstellingen).

Bezwaren tegen het ontwerp wetsvoorstel

2. Inmiddels meer dan een jaar geleden is door het IBR (Instituut voor Bouwrecht) het rapport 'Naar een andere verdeling van verantwoordelijkheid in de bouw' gepresenteerd. Ter gelegenheid van die presentatie heb ik een reactie op dat rapport gegeven ten aanzien van de voorgestelde wijzigingen in de civielrechtelijke regelingen. Een bewerking van die reactie is recent –in juni 2014- gepubliceerd in TBR (2014/95), waarvan ik kopie bijsluit (**bijlage**). In hetzelfde nummer van TBR is overigens ook namens Bouwend Nederland door mr. Vermeij kritisch ingegaan op het rapport.
3. Kort en goed behelst de voorgestelde aanpassing van artikel 7:758 lid 3 een onjuiste en onnodige doorkruising van reeds zeer lang bestaande en gebruikte risicoverdelingen in de bouw. De aanpassing dient daarbij geen te respecteren doel nu de doelgroep waarop de aanpassing gericht is –de 'bouwconsument'- volkomen onbepaald is. Hierdoor heeft de aanpassing niet alleen gevolgen voor particuliere partijen (waarvoor in de regel al andere en afdoende beschermende voorwaarden gelden) maar ook voor uiterst professionele opdrachtgevers die die bescherming helemaal niet behoeven.

4. In de probleemstelling, die is opgenomen in de beantwoording bij het ontwerp Wetsvoorstel in het kader van het Integraal afwegingskader voor beleid en regelgeving ('IAK'), is geen concreet probleem omschreven dat tot de voorgestelde aanpassing van het Burgerlijk Wetboek zou moeten leiden. De omschreven problemen zien voor het overgrote deel op het afkalven van het publieke toezicht op bouwprojecten. Slechts de slotzin *'Daarnaast is het voor bouwconsumenten onvoldoende mogelijk om na te gaan in hoeverre bouwbedrijven voldoen aan hetgeen contactueel met de opdrachtgever is overeengekomen en of aan de eisen van goed en deugdelijk werk is voldaan'* geeft een probleemstelling die enigszins verwant lijkt te zijn aan de te treffen maatregel. Aan die probleemstelling valt echter wederom op dat er wordt uitgegaan van een onbepaalde groep *'bouwconsumenten'* die alle onvoldoende in staat zouden zijn om de geleverde kwaliteit na te gaan.
5. Daarmee worden de werkelijke consumenten (particulieren) op één hoop gegooid met bijvoorbeeld reguliere overheidsopdrachtgevers als Rijkswaterstaat of Defensie. Maar ook met opdrachtgevers die zich –bijvoorbeeld onder de in 2012 nog herziene UAV- door een deskundig directievoerder laten bijstaan. Voor deze laatste groepen doet het gedachte probleem zich helemaal niet voor. Toch wordt in het ontwerp Wetsvoorstel voor een zeer vèrgaande aanpassing van de risicoverdeling voor verborgen gebreken gekozen.
6. Zoals in mijn eerdergenoemde bijdrage aan TBR is betoogd, zal dit niet bijdragen aan de gestelde doelstelling van het ontwerp Wetsvoorstel. De kwaliteit van een bouwproject zal niet verbeteren door ten nadele van één betrokken partij –de aannemer- de risicoverdeling voor verborgen gebreken volledig te verschuiven. Het houden van deugdelijk toezicht –welk toezicht bij uitstek is gericht op het handhaven van kwaliteit- zal immers minder noodzakelijk en zelfs aantrekkelijk worden indien het opmerken van gebreken bij oplevering voor een opdrachtgever minder aantrekkelijk wordt gemaakt.
7. Daar waar in het kader van de recente herziening van de UAV (UAV 1989) nog is afgezien van een ingreep in de risicoverdeling bij oplevering wordt in de genoemde beantwoording van de vragen in het kader van het IAK geen overtuigend antwoord geformuleerd op de vraag waarom dit vèrgaande overheidsingrijpen gerechtvaardigd zou zijn. Bijzonder is dat deze net op instigatie van de overheid herziene voorwaarden in het licht van de voorgestelde wetswijziging niet meer ongewijzigd toegepast zullen kunnen worden nu de aanpassing een dwingendrechtelijk karakter zal krijgen en de UAV 2012 van een ander uitgangspunt uitgaan dan de wetgever thans voorstaat.
8. Daarbij wordt in het overzicht van de gevolgen voor burgers en bedrijven, overheid en milieu geen aandacht besteed aan de negatieve gevolgen die uit deze aanpassing zullen voortvloeien voor aannemers en bouwbedrijven.


Slotsom

9. Het geheel overziend is er naar mijn mening sprake van een onvoldoende doordachte ingreep in een wettelijk stelsel dat tot stand is gekomen op basis van een

zorgvuldig (en langdurig!) afwegingsproces. Een ingreep die andere voorwaarden die in breed overleg (zoals de UAV 2012) tot stand zijn gekomen feitelijk op onderdelen onderuit haalt en tenslotte een ingreep die geen duidelijk doel dient althans waarvan het wel bekendgemaakte doel niet wordt bereikt indien deze aanpassing wordt doorgevoerd.

Graag verzoek ik u het voorgaande te willen betrekken in de verdere evaluatie van het ontwerp Wetsvoorstel. Voor nader contact over het vorenstaande weet u mij beschikbaar.

Hoogachtend,



L.C. van den Berg

uitvoering, stelt u voor om gebreken als verborgen te beschouwen, tenzij zij schriftelijk aan de aannemer zijn meegedeeld. Dat laatste kan dus zowel tijdens de uitvoering als bij oplevering. Maar niet meegedeelde gebreken zijn per definitie verborgen gebreken, ongeacht de vraag of opdrachtgever of zijn vertegenwoordiger de gebreken redelijkerwijs had behoren op te merken.

Ik vraag mij af of met uw adviezen op deze manier toch niet sprake is van een veel te grote simplificatie. Een simplificatie die een genuanceerde benadering in de weg staat. Maakt deze benadering het bijvoorbeeld niet veel te gemakkelijk om als opdrachtgever of toezichthouder maar heel weinig op te schrijven, waardoor de aansprakelijkheid van de aannemer een hele ruime is?

Ik kan mij met enige moeite nog wel voorstellen dat een dergelijke benadering past in een echt consumenten-bouwcontract, maar op het moment dat de opdrachtgever in enige mate invloed heeft bepaald proces, lijkt zij mij niet genuanceerd genoeg. Juiste de UAV - en in mindere mate ook de UAV GC - gaan ervan uit dat die invloed er is. Dat zijn voorwaarden die nu juist niet typisch geschreven zijn voor consumentenbouw. En ook de wet gaat niet alleen van aanneming in opdracht van een consument uit.

Ik ben ook een beetje geschrokken van uw aanbeveling om te pleiten voor een automatische hoofdlijke aansprakelijkheid van bouwparticipanten in

geval van verborgen gebreken. Als daarvan sprake is bij toepassing van het traditionele bouworganisatiemodel, waarbij taken en verantwoordelijkheden tussen partijen (de voor de opdrachtgever werkende adviseurs en de aannemer) verdeeld zijn, wordt die verdeling daardoor onnodig - en op een onverantwoorde manier - geweld aangedaan.

Na deze kritische kanttekeningen wil ik graag positief afsluiten. Ik vind het bepaald een pluspunt dat u niet bepleit hebt om alles door middel van verzekeringen op te lossen. Dat is duur en betekent niet altijd verbetering van de bouw kwaliteit, zoals de ervaring in Frankrijk laat zien. Wat wel werkt is naar mijn mening het meten van prestaties van bouwbedrijven, zoals ook al in Nederland gebeurt - bouwprestaties.nl - en dat leidt ertoe dat bedrijven zich kunnen ten opzichte van elkaar kunnen onderscheiden. Dat maakt consumenten ook gevoelig om te kiezen voor een bouwbedrijf dat betere kwaliteit levert.

Ten slotte wil ik opmerken dat er gelukkig heel veel bedrijven zijn die, ook al laten zij stekken vallen, en al waren die tekortkomingen wellicht voor de opdrachtgever zichtbaar, er geen probleem van maken om die ten genoegen van de opdrachtgever op te lossen. Goede bedrijven staan voor kwaliteit, lossen het door hen veroorzaakte probleem op en verdiepen zich niet en willen zich niet verdiepen in mogelijkheden om onder hun verantwoordelijkheid uit te komen.

'Naar een andere verdeling van verantwoordelijkheid in de bouw'

Mr. L.C. van den Berg¹

1. Inleiding

Op 26 juni 2013 vond te Den Haag de presentatie plaats van (onder meer) het boek 'Naar een andere verdeling van verantwoordelijkheid in de bouw', geschreven door Prof. mr. dr. M.A.B. Chao-Duivis en mr. H.P.C.W. Straag.² In het civielrechtelijk deel van het boek wordt onderzocht welke bescherming de consument van een bouwproduct heeft in het onrechtmatige daadrecht en het contractenrecht en hoe die positie eventueel kan worden verbeterd. Ter gelegenheid van die presentatie heb ik, vanuit mijn achtergrond van advocaat die veelvuldig aan aannemerszijde optreedt, een reactie gegeven op dit onderdeel van het boek. Dit artikel vormt een bewerking van die reactie.

Aan de onderzoeksdoelstelling van het boek vielen mij meteen twee dingen op. Het eerste is dat anders dan in het bouwrecht te doen gebruikelijk - het boek het in de vraagstelling niet heeft over een 'opdrachtgever' tegenover een 'opdrachtnemer' of 'aannemer' of 'adviseur' maar over de 'consument van een bouwproduct'. Het tweede is die consument kennelijk extra bescherming nodig heeft. De doelstelling van het boek is immers om te onderzoeken hoe die extra bescherming er zou kunnen komen en niet zozeer of deze wel nodig is.

2. De consument van een bouwproduct

De term 'consument van een bouwproduct' komt mij verre van neutraal voor. Een consument is iemand die doorgaans in het recht tegen zichzelf beschermd moet worden. Iemand die zich volledig verlaat op de reclame die een verkoper of een producent maakt voor een specifiek product of een specifieke dienst en op basis daarvan zijn keuzes maakt. Kortom, iemand die een product van de plank koopt en die er daarbij op mag vertrouwen dat dat product zal doen wat de verkoper er aan toegeëcht heeft. In het bouwrecht is de categorie opdrachtgevers die als 'consument' aangeduid kunnen worden

niet anders dan in de rest van het burgerlijke recht. Ook in het bouwrecht zijn bepalingen opgenomen die die consument specifieke bescherming bieden. Zo bieden de artikelen 7:765 e.v. BW een dwingendrechtelijke bescherming aan natuurlijke personen die een woning laten bouwen en die daarbij niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf. In mijn beleving is deze echte consument van een bouwproduct aan alle kanten beschermd. Omredelijke algemene voorwaarden gelden van hem af door ruime vernietigingsmogelijkheden. Als hij een nog te bouwen woning koopt, zal dat vrijwel altijd onder toepasselbaarheid van een garantie- en waarborgregeling zijn die hem een eenvoudige waarborg geven om gebreken aan de orde te stellen. Mijn stelling is dan ook dat de echte consument van bouwproducten een reeds goed beschermde diersoort is die geen nadere bescherming behoeft. In het boek³ wordt dit feitelijk ook onderschreven: 'In de consumentenbouw is al enkele tientallen jaren geleden een verontwikkeld systeem van bescherming van de consument van een nieuwbouwwoning tot stand gekomen.'

De vraag is wie dan verder nog de bedoelde 'consument van een bouwproduct' is die nadere bescherming zou verdienen. Die vraag brengt ons mijns inziens terug naar de oude en vertrouwde 'opdrachtgever'. Ook dat is echter een verzamelterm voor een veelkoppig monster. Onder die term vallen immers zowel de eenmalige opdrachtgever als ook de zogenaamde 'repeat players' die aan de lopende band projecten doen realiseren. Dat we hier niet meer spreken over 'consumenten' in de eigenlijke zin van het woord moge duidelijk zijn.

3. Verdient iedere opdrachtgever extra bescherming?

Vooropgesteld moet worden dat aan de basis van het boek een wens van het Ministerie van Binnenlandse Zaken lag. Die wens was om de positie van de opdrachtgever te verbeteren. Daarmee gaat het boek er noodzakelijkerwijze vanuit dat die bescherming ook

¹ Leendert van den Berg is advocaat bij Severijns Huisshof advocaten in Den Haag.

² Den Haag: Instituut voor Bouwrecht, 2013.

³ Pagina 128.

beter moet en niet zozeer of die verbeterde bescherming ook daadwerkelijk nodig is. In dat licht moeten de geformuleerde aanbevelingen worden gelezen. Voordat ik nader op die aanbevelingen inga wil ik toch nog kort stilstaan bij deze achtergrond van het boek. Aan de door het Ministerie geformuleerde wens ligt ten grondslag dat de kwaliteitsborging in de bouw verbeterd zou moeten worden. Daarachter liggen weer een tweetal aanbevelingen van de Commissie Dekker⁴. De eerste daarvan was dat vooral privaat geregisd moet worden wat profitaangetrokken kan worden. De tweede is dat de professionalisering van alle betrokkenen bij de bouwpraktijk moet worden gestimuleerd.

Vanuit die achtergrond is het niet onlogisch om vooral naar het geredigeerd product te kijken. Immers, een professionele partij die onder eigen kwaliteitsborging een bouwwerk tot stand brengt kan en moet daarvoor ook een vergaande verantwoordelijkheid kunnen nemen. Het boek neemt dit ook als uitgangspunt door vooral te kijken naar een uitbreiding van de aansprakelijkheid van opdrachtnemers voor hetgeen zij tot stand brengen. In het licht van de gangbare bouwpraktijk vraag ik mij echter af of dat wel zo'n logisch uitgangspunt is. Ieder bouwwerk is in beginsel uniek. In navolging van George Orwell kan daar natuurlijk aan toegevoegd worden dat sommige bouwwerken unieker zijn dan andere. Maar voor ieder bouwwerk geldt eigenlijk wel dat er een aantal factoren zijn die dat bouwwerk zijn uniciteit bezorgen. Zo is de invloed van de plek waar het bouwwerk wordt gerealiseerd een belangrijke factor. Ook het specifieke ontwerp, de specifieke wensen van de opdrachtgever maar ook de tijd waarbinnen het moet worden gerealiseerd zijn in hoge mate bepalend voor het uiteindelijke werk.

Die uniciteit van een bouwwerk vertaalt zich ook naar de contractering. Hoewel de bouw vergeven is van standaardvoorwaarden en standaardcontracten, is de verdeling van verantwoordelijkheden over partijen vaak heel verschillend. Iedere opdrachtgever heeft de vrije keuze welke partijen hij bij zijn bouwwerk wil betrekken en ook welke verantwoordelijkheden hij aan die partijen individueel wil toekennen. Hij kan de totale bouwopgave bij één partij neerleggen en die volledig verantwoordelijk meken. Daarbij blijkt in de praktijk echter dat vrij weinig opdrachtgevers daadwerkelijk een reisje Bahama's boeken nadat zij een bouwopgave hebben opgedragen. Doorgaans willen opdrachtgevers toch wel een stevige vinger in de pap houden ten aanzien van hetgeen gebouwd zal worden, hetgeen zich vaak uit in telefoonboekdikke vraagspecificaties die behoren bij contracten waarin de opdrachtnemer

feitelijk de gehele verantwoordelijkheid voor het werk zou moeten nemen.

De opdrachtgever kan echter ook een groot aantal partijen in nevenaanmerking laten werken en zelf de regie voeren. Hij kan zelfs een groot aantal partijen naast elkaar laten werken zonder veel regie te voeren. In dat geval zal doorgaans een coördinatieplicht bij één van die partijen worden neergelegd die nogal eens een tandeloze ijger blijkt te zijn. De bouwpraktijk is vergeven van voorbeelden waarin de ene partij meende dat iets tot de opdracht van een andere betrokken partij behoorde, waardoor doorgaans één van de twee partijen de verantwoordelijkheid ten aanzien van dat onderdeel heeft genomen (en er vervolgens iets vreselijk mis gaat).

Ik vraag mij dan ook oprecht af, of het verbeteren van de bescherming van alle opdrachtgevers aan de eind van de rit ten aanzien van het geredigeerd product, zal leiden tot een verbetering van de kwaliteitsborging in de bouw. Mijn idee zou zijn dat, om de kwaliteitsborging in de bouw te vergrotten, vooral geketen zou moeten worden naar de voorloper van de bouw. Daarbij zou naar mijn mening eigenlijk een grotere verantwoordelijkheid van de opdrachtgever passen. Een (theoretisch) voorbeeld noge dat verduidelijken. Stel, een opdrachtgever wil een groot en prestigieus kantoorgebouw doen realiseren. Vanuit die doelstelling contracteert hij een internationale architect die een toonaangevend ontwerp maakt, overigens aan de hand van een programma van eisen dat door een andere adviseur is opgesteld. Om kosten te besparen strekt de opdracht aan die architect niet verder dan het vervaardigen van een VO. Het VO wordt vervolgens ter besparing van kosten door een bureau van mindere allure uitgevoerd. Constructief wordt alleen een opdracht gegeven voor het doorrekenen van de hoofdconstructie. Aan de bouwkundig aanemer wordt het doorrekenen van alle prefab- en deelconstructies overgelaten, alsook de coördinatie van alle nevenaanemers die afzonderlijk zijn gecontracteerd, wederom ter voorkoming van kosten. In alle bouwcontracten die de opdrachtgever is aangegaan is opgenomen dat de verschillende partijen elkaar toch vooral moeten waarschuwen indien zij een andere partij de mist in zien gaan en ook dat zij aansprakelijk zijn indien zij niet aan die waarschuwingplicht voldoen.

De handelwijze van deze opdrachtgever is niet alleen toestaan maar ook volstrekt gebruikelijk. Vanuit maatschappelijk oogpunt is de vraag echter gerechtvaardigd of deze aanpak tot de beste bouwwerken zal leiden. En in het kader van de wens van het Ministerie kan eventueel de vraag gesteld worden of het verbeteren van de positie van deze

opdrachtgever nu zoveel zal bijdragen aan de kwaliteitsborging in de bouw. De vraag is retorisch, ik meen dat dit niet het geval is.

4. Aansprakelijkheid als kwaliteitsborgingsmechanisme?

Onder de vraagstelling van het Ministerie ligt de aanname dat een verhoogde aansprakelijkheid van bouwende partijen automatisch zal leiden tot een verhoogde kwaliteit van de bouw. In het boek is deze aanname ook verwoord:

'Het bezwaar in algemene zin is, dat waar aansprakelijkheid ontbreekt, dan wel verminderd is, dit gevolgen heeft voor de prikkel om goed te presteren. Aansprakelijkheid is immers ook een mechanisme om tot goede prestaties aan te zetten.'

In het boek is hieraan toegevoegd dat een uitbreiding van de aansprakelijkheid van de aanemer gepaard zou moeten gaan met een vorm van verzekering omdat de aanemer anders een te groot risico loopt. Dit alles brengt mij bij de kern van de aanbevelingen die in het boek gedaan worden. Het boek beschrijft eerst de verschillende aansprakelijkheidregimes zoals deze op grond van de wet en op grond van het autonome bouwrecht gelden. Daarbij wordt de constatering gedaan dat de hoofdregel ten aanzien van de aansprakelijkheid van de aanemer nog altijd is dat deze eindigt bij oplevering. Daarop geldt een uitzondering indien er sprake is van verborgen gebreken. Wat onder verborgen gebreken moet worden verstaan verschilt per regeling maar in de regel gelden gebreken niet als verborgen indien de opdrachtgever deze op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken (7:758 lid 3 BW). In het boek wordt geconstateerd dat deze regeling daarmee berust op een relatief begrip dat ook abstract en normatief is en daarmee vaag.⁵ Het boek biedt vervolgens het boek:

'...alle gelegenheden aan de aanemer om te betogen dat deze opdrachtgever niet deze deskundigheid de fout wel degelijk had moeten ontdekken, waarna arbiters of rechters er aan te pas moeten komen om de vraag te beantwoorden: hoe zat dat met deze opdrachtgever en deze deskundigheid in dit geval?'

Vervolgens wordt in het boek de vraag gesteld waarom dit systeem niet zou worden omgegooid door aan te nemen dat alles dat niet daadwerkelijk in het proces verbaal van oplevering is vermeld, reeds daarom als verborgen heeft te gelden. Die omkering wordt uiteindelijk ook als aanbeveling

5 Pagina 101.

6 Idem.

7 Zie ook pag. 99.

geformuleerd met het voorstel om de wet dienovereenkomstig aan te passen. Gelet op hetgeen hiervoor al aan de orde is gesteld, moge duidelijk zijn dat ik daarvan geen voorstander ben. Daarvoor zie ik verschillende argumenten.

Mijn eerste argument is historisch. Bij de totstandkoming van de huidige titel Aanneming van Werk van het Burgerlijk Wetboek is nadrukkelijk aan de orde geweest wel of geen rekening gehouden moest worden met de deskundigheid aan de zijde van de opdrachtgever bij de oplevering van het werk. De toenmalig verantwoordelijke minister merkte daarop op dat het voor de hand ligt dat bij deskundig toezicht namens de opdrachtgevers, de kans groter is dat bij oplevering een op dat moment verborgen gebrek wordt ontdekt dan wanneer die deskundigheid ontbreekt. De minister voegde daar aan toe niet in te zien waarom de mate van toezicht niet van belang zou mogen zijn voor de mate

waarin de opdrachtgever het risico draagt voor het niet ontdekken van een gebrek bij oplevering⁶. Daar waar de weggever dus nog niet zo lang geleden een uitdrukkelijke keuze heeft gemaakt zou ik menen dat die keuze nog wel een tijdje meekant.

Mijn tweede argument is inhoudelijk en daarmee naar mijn mening ook van groter belang. Indien het voorstel wordt gevolgd om het stelsel om te gooien, verdwijnt een belangrijke redelijkheidstoets. Het boek formuleert het wat dat betreft naar mijn mening juist, de redelijkheidstoets die nu geldt geeft de aanemer alle gelegenheid om te betogen dat de opdrachtgever een bepaald gebrek had moeten onderkennen. Daarmee is de aanemer er echter nog geen zins, nu hij aan al die betogen pas wat heeft indien hij kans ziet de rechter of arbiters ook te overtuigen van zijn zinswijze. Die zullen daar pas in mee gaan indien het in de gegeven omstandigheden inderdaad zo zal zijn dat de opdrachtgever een bepaald gebrek had moeten ontdekken. De praktijk leert dat geschiedeslechts dat bepaald niet lichtvaardig doen. Daar waar de redenering wordt gevolgd dat de aanemer beter zal presteren indien hij een grotere aansprakelijkheid heeft, meen ik dat het omgooien van het stelsel niet tot betere prestaties zal leiden. Ook nu zal een aanemer nooit bewust het risico van gebreken gaan nemen omdat hij mogelijk allerlei betogen over de deskundigheid van de opdrachtgever zal kunnen ophangen. Op voorhand weet hij immers nummer zeker dat hij daar ook daadwerkelijk iets aan gaat hebben. Tot een betere bouw kwaliteit zal de voorgestelde aanpassing dan ook naar mijn mening niet leiden.

Mijn derde argument is praktisch van aard. Het boek stelt dat een verandering van het stelsel ook tot een verandering van de manier waarop partijen met oplevering omgaan moet leiden⁵. Vanuit die suggestie heb ik mij proberen voor te stellen hoe zo'n oplevering nieuwe stijl zou gaan. De aannemer zou enerzijds een belang hebben om zoveel mogelijk gebreken in het proces-verbaal te krijgen nu deze daarmee niet meer verbergen zijn. Aan de andere kant zou hij door het sturen op een grote gebrekenlijst enerzijds aantonen dat hij niet al te best werk geleverd heeft en aan de andere kant zou hij met veel op te lossen restgebreken worden belast. De opdrachtgever zou niet echt een belang meer hebben om het werk erg grondig te bekijken nu hij immers voor alles dat niet in het proces-verbaal van oplevering staat nog bij de aannemer kan aankloppen. Hoeveel dat laatste aantrekkelijk lijkt voor de opdrachtgever is het dat volgens mij niet. Na oplevering wordt een bouwwerk immers verder ingericht en in gebruik genomen. Uit dat gebruik kunnen weer hele andere discussies tussen partijen voortvloeien dan ten tijde van de oplevering. Eventuele gebreken zijn dan ook vaak veel moeilijker op te lossen, juist omdat het bouwwerk al in gebruik is. Praktischer lijkt het mij dus als beide partijen belangrijk moment is waarbij de aansprakelijkheid daadwerkelijk zal overgaan.

Mijn vierde argument ligt erg in het verlengde van het vorige. Het knoopt aan bij de vraag of de voorgestelde regeling voor alle gebreken wel tot een goed resultaat zal leiden. Voor echte verborgene gebreken, dat wil zeggen die gebreken die niemand heeft onderkend bij oplevering en ook door niemand onderkend behoeft te worden, is de aannemer hoe dan ook aansprakelijk. Daar ziet de voorgestelde stelselwijziging dan ook niet op. De voorgestelde stelselwijziging ziet op die gebreken die de opdrachtgever in redelijkheid wel had kunnen ontdekken maar die niet in het proces-verbaal zijn opgenomen. Voorbeelden zouden kunnen zijn een kraan die duidelijk op de verkeerde plek zit of een andere kleur afwerking van een wand. Dat zijn gebreken die niet tot een structureel falen van het bouwwerk behoeven te leiden maar die slechts afwijkingen inhouden ten opzichte van de door de opdrachtgever gestelde specificaties. Voor die gebreken zou ik menen dat van de opdrachtgever bij oplevering verwacht mag worden dat deze extra goed zijn ogen open houdt en zich constant afvraagt of hij wel geleverd krijgt wat hij heeft besteld. Indien dat overduidelijk niet het geval is terwijld de opdrachtgever het werk wel aanvaardt, zou ik menen dat de aannemer ook mag aannemen dat de opdrachtgever akkoord is met de afwijkingen

op diens specificaties. Dat klinkt wellicht op het eerste gezicht wat teveel aannemersgezind, maar hoe vaak komt het niet voor dat tijdens de bouw overleg met de opdrachtgever of de bouwdirectie kleine aanpassingen worden gedaan die op zichzelf wel een afwijking van de oorspronkelijke specificaties inhouden. En hoe vaak komt het niet voor dat dergelijke kleine afwijkingen wel worden doorgeproken maar niet schriftelijk worden vastgelegd? Vanuit de doelstelling om de kwaliteitsborging in de bouw te verbeteren zou het wellicht logischer zijn om niet de positie van de opdrachtgever te willen verbeteren maar eerder in te zoomen op het voorkomen van een bepaalde soort gebreken. Gebreken die bijvoorbeeld voortkomen uit strijdigheid met publiekrechtelijke voorschriften betreffende de bouwveiligheid zouden dan gedurende een bepaalde tijd altijd tot de aansprakelijkheid van de aannemer kunnen behoren. Voor andere gebreken zou dan gewoon de huidige regeling kunnen gelden en zou onverkort rekening gehouden kunnen worden met de kennis en kunde van de opdrachtgever en ook met diens capaciteiten om te beoordelen of hij geleerd heeft gebreken wat hij heeft besteld.

Mijn laatste argument om het huidige stelsel te willen behouden sluit aan bij hetgeen ik hiervoor al heb gesteld over de opdrachtgever als veeloppis monster. Ik zou het onjuist vinden indien een uiters deskundige opdrachtgever die zeer betrokken is bij de feitelijke bouw en die door zijn wijze van constructering ook nog eens bepaalde invloed heeft op het eindresultaat, op gelijke wijze behandeld wordt als de werkelijke consument die ook eens iets laat bouwen. Juist van die deskundige opdrachtgever mag worden verwacht dat hij zijn deskundigheid ook aanwendt daar waar dat nodig is. In het huidige systeem wordt ook deze opdrachtgever overigens al beschermd nu met zijn deskundigheid feitelijk alleen rekening zal worden gehouden in het licht van alle omstandigheden van het geval. Hierdoor kan per geval worden afgewogen of die deskundigheid van invloed is geweest of had moeten zijn.

5. De overige aanbevelingen

De aanbevelingen van het boek strekken verder dan de hiervoor besproken aanbeveling. Er wordt bijvoorbeeld voorgesteld om een vernieuwing van de aansprakelijkheid van de aannemer in evenwicht te brengen met een verborgene gebrekenverzekering waarin is voorzien in uitputtende controles door de verzekeraar van het verrichte werk. Op zich is een verborgene gebrekenverzekering een aantrekkelijke gedachte omdat werkelijk verborgene gebreken voor alle betrokken partijen een onzeker voorval in zich bergen en onzeker voorvallen bij uitstek te ver-

zekeren zijn. Een dergelijke verzekering zal echter altijd tot aanvullende kosten leiden, zeker indien de verzekeraar zich ook nog eens actief zal moeten opstellen op het technische vlak. Daarmee zal een dergelijke verzekering niet voor ieder werk zijn weggelegd. Daarom men ik ook dat dit voorstel geen evenwicht brengt ten aanzien van de eerder in het boek aanbevolen algemene vernieuwing van de aansprakelijkheid van de aannemer.

In het boek wordt verder nog een stelsel van hoofdelijkheid aanbevolen, vergelijkbaar met het Franse stelsel. Voor de opdrachtgever is dit inderdaad een aantrekkelijke gedachte, nu hij zelf zal kunnen kiezen aan welke deur hij klopt voor het verhaal van schade. In de regel zal hij daarbij voor de deur van de aannemer kiezen nu deze doorgaans de diepste hoogstwaarschijnlijk geconfronteerd zal zien met schade heeft. Een voor de hand liggend nadeel aan deze aanpak is dat de aannemer zich vervolgens hoegstwaarschijnlijk geconfronteerd zal zien met een aanzienlijk verhaalsico indien de schade mede veroorzaakt is door de fout van een adviseur. En denken we even terug aan het eerdere voorbeeld met een leppende aan taksen en contracten die door de opdrachtgever zelf zo'guldigd zo is uitgedacht, dan kan al snel worden betwijfeld of dat systeem in de praktijk zo redelijk zal uitwerken. Ook hier zou ik menen dat een opdrachtgever die er bewust voor kiest om veel partijen naast elkaar te contracteren geen bescherming zou moeten genieten van een stelsel van hoofdelijke aansprakelijkheid. Een suggestie die mij meer aanspreekt is die van de vijfde aanbeveling uit het boek. Daarin wordt gesuggereerd om de positie van de opdrachtgever te verbeteren door aan het huidige aansprakelijkheidsstelsel een stelsel van garantie- en waarborgregelingen te koppelen. Die suggestie lijkt aantrekkelijk omdat dat daadwerkelijk materieel tot een verbetering van de positie van de opdrachtgever kan leiden. Het is echter zeer de vraag of een dergelijk kostenverhogend systeem gewenst zal worden door feitelijk zeer professionele opdrachtgevers. Met andere woorden of een dergelijke maatregel niet veel te ver zou voeren om bescherming te regelen voor opdrachtgevers die eigenlijk niet zoveel bescherming nodig hebben. De laatste aanbeveling uit het boek hoef ik feitelijk niet meer te bespreken nu

deze nog verder gaat dan de hiervoor al uitgebreid besproken aanbeveling om de verborgene gebreken regeling op de helling te zetten. De aanbeveling houdt in dat aan gehouden toezicht in het geheel geen consequenties ten aanzien van aansprakelijkheid worden verbonden. Dat is een aanbeveling die mij veel te ver gaat.

6. Tot slot

Het bevorderen van de bouwkwaliiteit is een goed en nobel streven, zeker in een tijd waarin bij het bouwen steeds meer de grenzen van het mogelijke worden opgezocht en ook in een tijd waarin de bouw economisch zeer onder druk staat. Dit gezegd zijnde zou ik het beter hebben gevonden indien het Ministerie in diens uitvraag de focus niet op een verbetering van de positie van de opdrachtgever zou hebben gelegd maar op een verbetering van het te bouwen eindproduct als zodanig. Een dergelijke open vraagstelling zou hebben kunnen leiden tot aanbevelingen - maar ook tot discussie - ten aanzien van de manier waarop partijen in de bouw met elkaar omgaan. Alsdan zou de vraag beantwoord kunnen worden of dit altijd de beste manier is. Daarbij zou naar mijn mening met name ruimte zijn geweest voor het bezien en beoordelen van de steeds verder versnipperde taakverdeling in de bouw en de steeds beperkter wordende opdrachten die daar het gevolg van zijn. Ook de vaak eenzijdige risicoverdelingen bij aanbestedingen waarbij ook onbeheersbare risico's naar de markt geschoven worden - naar het lijkt gewoon omdat het kan - zouden dan aan de orde kunnen komen. In het verlengde daarvan zou gekken kunnen worden naar de verantwoordelijkheid van diezelfde opdrachtgever naar wiens positie nu onderzoek is gedaan. Verdient deze wel meer bescherming of zou hij juist meer aangesproken moeten kunnen worden door de maatschappij die belang heeft bij goede en duurzame bouwwerken? Die vraag is echter niet aan het IBR voorgelegd. De vraag die wel is voorgelegd heeft geleid tot prikkelende aanbevelingen en aannames waarvan er inmiddels in ieder geval één juist is gebleken en dat is dat de bouwadvocaatuur over dit onderwerp zeker graag gehoord wil worden!