

RUBRIEKEN

BOUWRECHT

Mr. B.R. van Veen, Houthoff Buruma NV,
Rotterdam

Falend toezicht 07-021

In het januarinummer van Bouwrecht is een viertal uitspraken opgenomen over toezicht namens de opdrachtgever tijdens de uitvoering en bij oplevering van een werk.¹

Het onderwerp van deze procedures is reeds geruime tijd een juridisch issue. Uitgaande van toepasselijkheid van de UAV-1989, meer in het bijzonder paragraaf 12 daarvan, is een aannemer na oplevering nog slechts aansprakelijk voor een geval als bedoeld in artikel 7 A:1645 BW dat wel voor een verborgen gebrek. Een verborgen gebrek is een gebrek dat ondanks nauwlettend toezicht tijdens de uitvoering dan wel bij de opnemings van het werk door de directie redelijkerwijs niet onderkend had kunnen worden. Ook algemene voorwaarden die bij nieuwbouw van toepassing zijn kennen een regeling ter zake verborgen gebreken, waarin een verborgen gebrek wordt gedefinieerd als een gebrek dat door de opdrachtgever redelijkerwijs niet eerder dan op het tijdstip van ontdekking onderkend had kunnen worden.

Van een geval van toezicht bij de oplevering was sprake in de uitspraak van de Raad van Arbitrage voor de Bouw (RvA) van 30 mei 2006.² In deze zaak ging het - kort gezegd - over de afwezigheid van een overstek met waterhol, waaraan de aannemer had gezegd dat deze bij oplevering onderkend had kunnen worden; de opdrachtgever betwist dit. Bij de oplevering werd de opdrachtgeefster bijgestaan door een deskundige. In die zaak kwam het verweer van de aannemster er derhalve op neer dat haar tekortkoming door de opdrachtgeefster was aanvaard bij oplevering. Arbitrator komt dan met een opmerkelijk oordeel. Arbitrator overwoog dat de omstandigheid dat de door de opdrachtgeefster bij de oplevering ingeschakelde deskundige wellicht wel

beter had moeten weten niet afdoet aan het oordeel dat het niet zo behoort te zijn dat een fout (van de aannemster) in het ontwerp feitelijk wordt toegerekend aan de opdrachtgever vanwege een fout van de deskundige in de bijstand bij enkel de oplevering. Kortom, arbitrator is van mening dat géén sprake is van een verborgen gebrek maar vindt toch dat de aannemer aansprakelijk is.

Dit is in strijd met zowel de op die zaak van toepassing zijnde algemene voorwaarden, als paragraaf 12 van de UAV-1989. Immers, beide regelingen gaan ervan uit, dat een aannemer na oplevering niet meer aansprakelijk is voor zichtbare gebreken.

Als de regelingen echter niet van toepassing zouden zijn geweest, kan ik mij in beginsel in het oordeel van de arbitrator vinden. Het wringt nu eenmaal, dat de één met een fout wegstelt dat de ander evenzeer een fout gemaakt heeft, indien tussen beide fouten geen oorzakelijk verband bestaat.

Bij het toezicht bij de oplevering maakt het geen verschil of de directie in het geheel niet haar werk deed dan wel dat de directie haar werkzaamheden gebrekkig uitvoerde; de discussie over een oorzakelijk verband hoeft hier niet te worden gevoerd. In dergelijke gevallen wordt de taak en deskundigheid van de directie meegewogen bij de bepaling of iets een verborgen gebrek is of niet, en mitsdien bij de bepaling van de aansprakelijkheid van de aannemer. De opdrachtgever loopt het risico de eventueel aanwezige zichtbare gebreken te hebben geaccepteerd. Als voorbeeld van een tekort schieten in de taak bij de oplevering kan de uitspraak van de RvA d.d. 29 juni 2006 worden gebruikt.³ In die zaak oordeelden arbiters dat de bij de oplevering zijnde de opdrachtgever aanwezige bouwkundige had dienen te onderkennen dat glasbewassing van de beglazing van de woontoren op sommige plaatsen niet zonder meer op eenvoudige wijze mogelijk was. Omdat de opdrachtgever zelf geen rechtstreekse betrokkenheid heeft, wordt dit risico in de ju-

risprudentie van de RvA wel enigszins gemitigeerd. Er is een uitgebreid scala aan - wat ik maar noem - uitzonderingssituaties opgenomen, die de 'negatieve' gevolgen van de toerekening van de taak/deskundigheid van de directie aan de opdrachtgever verzachten.

De uitspraak van de RvA d.d. 2 juni 2006 behandelt een dergelijke uitzonderingssituatie.⁴ In die zaak oordeelde arbiter dat de locatie van het gebrekkig onderdeel zodanig was dat het ten tijde van de oplevering niet verwijtbaar was dat de directie het gebrek over het hoofd had gezien. Overigens, ook de ernst van de tekortkoming speelde mijns inziens mee in het oordeel van arbiter dat geen sprake is van acceptatie door de opdrachtgever.

Een ander voorbeeld is de uitspraak van de RvA d.d. 31 januari 2006.⁵ In deze zaak verschulde de aannemer zich achter het tijdens de uitvoering aanwezige bouwtoezicht; arbiters maakten met dit verweer - terecht - korte metten omdat het bouwtoezicht tijdens de uitvoering geen vrijbrief oplevert voor de aannemer om fouten te maken.

De zaak ligt mijns inziens echter anders op het moment dat de directie haar toezichthoudende taak tijdens de uitvoering hetzij niet, hetzij niet deugdelijk nakomt.

Het klassieke voorbeeld van het eerste geval is de beroemde kwestie van de tegelvloer.⁶ In die zaak ging het om een uitvoeringsfout van de aannemer en een fout van de directie (het niet nakomen van de toevertrouwde taak). Arbiters waren in die zaak van mening dat in het geval de directie haar toezichthoudende taak wel had uitgevoerd, de schade zou zijn beperkt. Het causaal verband tussen de oorzaak en de schade werd door de directie doorbroken, hetgeen vervolgens volledig aan de opdrachtgever werd toegerekend. In zijn noot bij deze uitspraak heeft Thunnissen duidelijk gemaakt het niet eens te zijn met deze uitspraak, omdat zijns inziens de oorzaak een uitvoeringsfout was, ook toen de controle achterwege bleef. Chao-Duivis is het met die stelling eens, en heeft er op gewezen dat door het niet controleren geen causaal verband wordt doorbroken. Ik kan me hier in vinden.

Men zou echter ook kunnen betogen, dat sprake is van een tweede tekortkoming - het niet nakomen van de toezichthoudende taak - die tot dezelfde schade leidt.

Het is derhalve aardig, dat Chao-Duivis in haar annotatie de stelling poneert dat van een doorbreking van de causaliteit door de directie wel sprake zou kunnen zijn indien de directie daadwerkelijk had gecontroleerd, deze controlé ondeugdelijk had uitgevoerd en vervolgens goedkeuring had verleend aan de aannemer, die verder zou zijn gegaan.

Van deze stelling kan evenzeer worden gezegd dat geen sprake is van doorbreking van de causaliteit, maar van een nieuwe tekortkoming die naast de uitvoeringsfout van de aannemer tot dezelfde schade leidt. Naar mijn mening zou deze kwestie dan ook niet zo zeer in het licht van de causaliteit moeten worden behandeld, als wel veel meer in de sfeer van de toerekenbaarheid. Daarbij zou voorts aan de hand van artikel 6:101 BW een redelijke mate van schade-toedeling kunnen worden bewerkstelligd.

Tot slot is aardig dat Chao-Duivis in haar noot niettemin gevoelig is voor de handelwijze van de arbiter in de zaak van 30 mei 2006. Zij is ook van mening dat het idee dat de aannemer ontslagen is van aansprakelijkheid bij het opleveringstoezicht iets niet opgemerkt wordt, wringt. Zij maakt daarbij een zijstap naar de eveneens onder druk staande aansprakelijkheidsbeperkingen van de ontwerpers. Een dergelijk benadering gaat mij aan het hart. Ook hier ben ik echter van mening dat deze doorbreking niet (enkel) in het licht van de causaliteit maar in de toerekenbaarheid dient te worden gezien.

Noten:

1. *Bouwrecht* 2007, nr 1 p. 48-59.
2. *Raad van Arbitrage voor de Bouw*, 30 mei 2006, BR 2007, p. 53, met noot M.A.B. Chao-Duivis.
3. *Raad van Arbitrage voor de Bouw*, 29 juni 2006, BR 2007, p. 58.
4. *Raad van Arbitrage voor de Bouw*, 2 juni 2006, BR 2007, p. 50.
5. *Raad van Arbitrage voor de Bouw*, 31 januari 2006, BR 2007, p. 48.
6. *Raad van Arbitrage voor de Bouw* 11 november 1985. BR 1986, p. 379.