



Leendert van den Berg  
Severijn Hulshof advocaten

## Geschilbeslechting in de bouw

Recentelijk heeft de Dutch Arbitration Association (DAA) een studiemiddag georganiseerd over geschilbeslechting in de bouw. Centraal stonden de verschillende wijzen waarop geschillen in de bouw beslecht kunnen worden.

Vertegenwoordigers van zowel de rechterlijke macht als van arbitrage-instituten kwamen aan het woord en bespraken de voor- en nadelen van arbitrage en civiele rechtspraak in bouwzaken. De studiemiddag liet onder meer zien dat de vraag wat de meest adequate wijze van geschilbeslechting in de bouw is en welke mate van specialisatie vereist is, zonder meer actueel is. Naast de beslechting van geschillen door de gewone burgerlijke rechter wordt in de bouw ook veel gearbitreerd. Ook worden geschillen op alternatieve wijze beslecht zoals bijvoorbeeld door mediation of door bindend advies. Er zijn meerdere redenen waarom de keuze voor de rechter, arbitrage of andere vormen van geschilbeslechting actueel is. In deze bijdrage zal daarop nader worden ingegaan.

### De trend over de laatste vijftien jaar

Op 9 november 2001 luidde een uitzending van het televisieprogramma 'Zembla' in wat niet veel later als Bouwfraude bekend zou staan. In de bouw bleken op grote schaal verboden mededingingsbeperkende afspraken gemaakt te worden. Veel partijen werden beboet en in de jaren daarna werd gewerkt aan een cultuuromslag. Tot de Bouwfraude werden niet al-

leen het grootste deel van de inhoudelijke bouwgeschillen afgedaan in arbitrage maar werden ook aanbestedingsgeschillen in arbitrage beslecht. Op grond van artikel 1020 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is voor arbitrage een tussen partijen overeengekomen arbitraal beding nodig. In vrijwel alle standaardvoorwaarden die in de bouw werden gehanteerd waren dergelijke bedingen opgenomen. Ook in de door overheden gehanteerde aanbestedingsreglementen waren dergelijke bedingen opgenomen. Het laatste reglement waarin dat het geval was, was het Uniform Aanbestedingsreglement (UAR 2001). Dat reglement werd in 2004 echter vervangen door het Aanbestedingsreglement Werken (ARW 2004). Door die regeling – die door rijksdiensten verplicht moest worden toegepast – verscheen de burgerlijke rechter ten tonele in (bouw)aanbestedingszaken. Bij uitsluiting (een formulering die kennelijk uit het arbitraal beding was gehandhaafd) moesten aanbestedingsgeschillen nu aan de burgerlijke rechter worden voorgelegd. De Bouwfraude had echter ook tot gevolg dat veel overheden hun bestekken en opdrachten aanpasten en de tot dan toe steeds gebruikte arbitrale bedingen gingen schrappen. Daar waar overheden de voornaamste aanbesteders zijn van bijvoorbeeld infrastructuurwerken en dergelijke werken een groot deel van het Nederlandse bouwvolume uitmaken, leidde dit tot een zekere uittocht uit de arbitrale sfeer. Het directe gevolg van dit alles was dat de burgerlijke rechter zich in hoog tempo moest gaan specialiseren in aanbestedingszaken en daarnaast geconfronteerd werd met een groot aantal technische kwesties die voorheen in arbitrage afgedaan werden.

### De actuele ontwikkelingen

De Bouwfraude ligt inmiddels ver achter ons maar de hiervoor gesignaleerde trend is feitelijk gebleven. Nog altijd bepalen met name overheden in hun overeenkomsten dat geschillen beslecht zullen worden door de burgerlijke rechter. Vaak is daarbij in geschilbeslechtingsclausules niet meer bepaald dan dat; is er sprake van een geschil dan moeten partijen naar de

rechter. De vraag is echter of een dergelijke benadering partijen zonder meer de beste oplossing biedt. Een actuele ontwikkeling die voor de beantwoording van die vraag waarschijnlijk zeer relevant is, is de naderende modernisering van de civiele rechtspraak. Met het Programma Kwaliteit en Innovatie rechtspraak (project KEI) wordt beoogd de civiele rechtspraak vergaand te moderniseren. Daar waar in de civiele rechtspraak de nadruk al sinds de laatste modernisering lag op een verkorting van de procedure en er een nadrukkelijk accent werd gelegd op de comparitie van partijen, moeten partijen in de nabije toekomst ervan uitgaan dat de basisprocedure bij de rechter beperkt zal blijven tot twee schriftelijke stukken en een zitting. Daarop hebben zij altijd recht, maar voor alles wat daarna komt zijn zij afhankelijk van de benadering van de zaak door de zaaksrechter. Daarbij moet bedacht worden dat het door de wetgever beoogde uitstel voor het indienen van stukken kort zal zijn en dat van partijen verlangd wordt dat zij in een zeer vroeg stadium van de procedure al hun stukken op orde hebben en kunnen indienen.

De dagelijkse praktijk van complexe bouwzaken laat zien dat techniek en recht nauw verweven zijn. Doorgaans zijn partijen lang met elkaar in gesprek voordat zij tot procederen overgaan en doorgaans zijn er dan al aan beide zijden deskundigen betrokken en standpunten uitgewisseld. Vaak spelen juridische stellingen en werven een rol naast feitelijke, technische en materiële zaken. Volgens de beginselen van KEI zullen partijen al die kwesties in korte tijd schriftelijk moeten uitwisselen, waarna de zaaksrechter zal moeten beslissen over de verdere gang van zaken. Daar waar de Nederlandse rechterlijke macht (in tegenstelling tot verschillende buitenlandse) geen gespecialiseerde bouwkamers kent, moet ervan worden uitgegaan dat de zaaksrechter vooral jurist is. Twee mogelijke wijzen van voortzetting van de procedure liggen dan voor de hand. De rechter zal ofwel de zaak op louter juridische gronden proberen af te doen, ofwel hij zal die technische deskundigheid moeten inroepen die

hij zelf niet bezit. Hoewel de rechter uiteindelijk altijd de eindbesliser zal zijn, wordt met de deskundige een partij geïntroduceerd die enerzijds een zware stem heeft in de uiteindelijke uitkomst van het geschil maar anderzijds slechts indirect (via de rechter) aanspreekbaar is voor partijen. De interactie tussen partijen, rechter en deskundige(n) vindt daarbij doorgaans plaats via uitgebreide, door juristen vervaardigde vragenlijsten zonder dat echt een dialoog plaatsvindt. De praktijk laat zien dat dit soms tot wonderlijke uitkomsten kan leiden. Overigens is zeker niet gezegd dat dit altijd zo zal zijn. Een recente uitspraak van de Rechtbank Gelderland (13 juli 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:4530) in een technisch complex geschil laat zien dat de civiele rechter in samenspraak met deskundigen ook zeer complexe bouwzaken kan behandelen en tot een geloofwaardig einde kan brengen. Een andere uitspraak, van het Hof Amsterdam (5 april 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1295) laat echter het tegendeel zien. In een veel minder complexe bouwzaak besloot het hof de zaak zelf af te doen om vervolgens tot betrekkelijk onbegrijpelijke oordelen te komen ten aanzien van oude en vertrouwde bepalingen van de UAV 1989. Ook in arbitrageland zijn er relevante ontwikkelingen geweest. Zo heeft de Raad van Arbitrage er beleid van ge-

maakt waar mogelijk een jurist als voorzitter te benoemen van ieder arbitraal college. Bestond het juristenbestand van de Raad van Arbitrage voorheen mede uit bouwrechtadvocaten en mensen uit de bouwpraktijk, inmiddels is het overgrote deel van de leden-juristen van de Raad van Arbitrage afkomstig uit de rechterlijke macht en dan ook nog vaak uit de gerechtshoven. Bij het Nederlands Arbitrage Instituut (NAI) is de wijze van benoeming van arbiters aangepast. Ook is recent het arbitrage-recht gewijzigd en gestroomlijnd.

#### Wat te kiezen?

Uiteindelijk wordt de keuze voor een bepaalde manier van geschilbeslechting doorgaans door de opdrachtgever van een bouwproject gemaakt. De opdrachtgever besteedt immers een opdracht aan of vraagt deze uit op basis van een door hem opgestelde overeenkomst. Daarin staat wel of geen arbitraal beding. Bij overheidsaanbestedingen geeft de Gids Proportionaliteit (daterend van januari 2013 en in april 2016 herzien) inschrijvers tegenwoordig wel de mogelijkheid om te klagen over afwijkingen op algemeen gehanteerde standaardvoorwaarden maar dergelijke afwijkingen blijven mogelijk. Opdrachtgevers mogen daarmee in gangbare voorwaarden opgenomen arbitrale bedingen buiten werking laten en alsnog kiezen voor de burgerlijke rechter. Gelet op

hetgeen hiervoor aan de orde is gekomen, is het echter de vraag of dat altijd in hun belang zal zijn. De burgerlijke rechter biedt zonder meer juridische gedegenheid en (steeds meer) snelheid. Of echter na de verdere versnelling onder het KEI-project complexe bouwzaken voldoende inhoudelijk aan bod zullen kunnen komen in een civiele procedure is wat mij betreft echter de vraag. Daar waar arbitrage doorgaans de mogelijkheid biedt om technische kennis te combineren met een gedegen juridische benadering lijkt een omkering van de trend van de laatste vijftien jaar aanbevelenswaardig. Zoals gezegd zal die keuze echter vooral door opdrachtgevers gemaakt moeten worden en die blijven daartoe lang niet altijd bereid. Naast de in deze bijdrage centraal staande formele wijzen van geschilbeslechting is er ook sprake van tal van initiatieven om geschillen al in de kiem te smoren voordat het feitelijk geschillen zijn. Daar die initiatieven op zich al een artikel waard zijn laat ik ze hier verder buiten beschouwing. In algemene zin merk ik echter wel op dat iedere contractschrijver er goed aan doet om zich bij het opstellen van ieder contract al af te vragen hoe geschillen zo veel mogelijk kunnen worden voorkomen en hoe er – als ze dan toch ontstaan – zo efficiënt mogelijk mee kan worden omgegaan. Dat kan partijen veel leed en kosten besparen.