

# Bouwrecht



**Leendert van den Berg**  
Severijn Hulshof Advocaten

## Faalkosten juridisch bezien

### Inleiding

Uit recent onderzoek van ABN Amro blijkt dat de faalkosten in de bouw onverminderd hoog blijven.<sup>1</sup> Faalkosten zijn de kosten die ontstaan door vermijdbare fouten in het bouwproces met meerkosten en/of vertraging tot gevolg. In het kader van het onderzoek werden vele verschillende partijen uit de bouw bevraagd en de centrale inschatting was dat de faalkosten op meer dan vijf procent uitkomen. In het onderzoek worden ter vermindering van die faalkosten – samengevat – de volgende aanbevelingen gedaan:

‘Langjarige samenwerking en gestandaardiseerde processen zijn nog geen gemeengoed in de bouw. Die zijn juist cruciaal om de faalkosten te verlagen. Zo kunnen veel fouten voorkomen worden door een betere samenwerking en communicatie. In een sector waarbij zoveel partijen één product maken, is goede samenwerking en communicatie cruciaal. Deelnemers aan de enquête vinden het werken met vaste partners en vast personeel de belangrijkste oplossing om faalkosten te verminderen. Sowieso worden vaak oplossingen genoemd die met personeel te maken hebben, zoals de kwaliteit van het personeel en de communicatie met het personeel op de bouwplaats. Hierdoor kan kennis makkelijker gedeeld worden en kan je leren van gemaakte fouten. Die kennis moet door partijen weer ingebracht worden in de voorberei-

dingsfase, juist in die fase kan met lerend vermogen het verschil gemaakt worden. Meer tijd besteden aan de wensen en eisen van de opdrachtgever, een realistische planning en het tijdig in kaart brengen en bespreken van risico’s dragen bij aan lagere faalkosten. Procesoptimalisatie door partnerships en automatisering kan hierbij helpen. Door nu in te zetten op innovatie kunnen bouwbedrijven zorgen voor lagere faalkosten op langere termijn.’

Van de bouw wordt vaak gezegd dat er veel geleerd zou kunnen worden van de auto-industrie als het op optimaliseren van het proces aankomt en op het reduceren van faalkosten. In de bouwpraktijk heb ik al eens iemand horen verzuchten dat de auto-industrie juist veel van de bouw zou kunnen leren, omdat de uitdagingen in het bouwproces veel groter zijn. In deze bijdrage zal ik ingaan op enkele juridische uitdagingen die aan het bestaan (en voortduren) van faalkosten (kunnen) bijdragen.

### De conceptie van een bouw-werk

Ieder bouwwerk is uniek, al zijn sommige bouwwerken unieker dan andere.<sup>2</sup> Ten opzichte van de auto-industrie heeft de bouw te maken met een heel andere verhouding tot de klant. De koper van een auto heeft de keuze uit een scala aan accessoires die echter allemaal aan hetzelfde model auto worden gehangen. De auto zelf blijft feitelijk hetzelfde en kan serie-matig worden geproduceerd. Ook de bouw kent seriematige productie, maar die is zeker niet bouwbreed. Voor woningbouw geldt dat de positie van de uiteindelijke klant vaak vergelijkbaar is met die van de koper van een auto. De klant kan uit een brochure een aantal wijzigingen of opties kiezen om zijn woning te optimaliseren. De woning zelf is doorgaans (vrij) standaard. Juridisch zijn er echter allerlei variaties. Van wie koopt de uiteindelijke klant de woning? Doorgaans is dat van een projectontwikkelaar, maar het kan ook van een ontwikkelende aannemer zijn. De klant kan ook rechtstreeks

opdrachtgever zijn van zijn eigen woning. Zelfs bij het meest seriematige product dat de bouw rijk is, kan er juridisch dus nogal wat variëren in de vormgeving van een bouwproject. Die vormgeving kan relevant zijn voor het eindresultaat nu in de verschillende verhoudingen geoptimaliseerd kan worden op de risicoverdelingen, op de kosten en op de uitvoering. Wie vraagt de vergunningen aan, wie verricht de benodigde bodemonderzoeken, wie doet de grondverwerving en hoe worden de risico’s die uit deze onderwerpen voortvloeien verdeeld? En is er voldoende informatie voorhanden om het betreffende project binnen de daarvoor gestelde randvoorwaarden tijdig uit te voeren? Voor een tijdige oplevering binnen budget is het antwoord op deze vraag cruciaal.

### De aanbesteding

Een volgende stap die van invloed kan zijn op het eindresultaat van een project (en daarmee op de faalkosten) is de aanbesteding van de verschillende opdrachten die nodig zijn om gezamenlijk tot het project te komen. Hét grondbeginsel van (openbaar) aanbesteden is immers dat alle geschikte kandidaten gelijke kansen moeten krijgen om opdrachten binnen te kunnen halen. Uit de aard der zaak staat dit grondbeginsel haaks op de in het onderzoek gewenste langjarige samenwerking. (Openbare) opdrachten mogen niet zodanig vormgegeven worden dat zij buitensporig lang aan de markt onttrokken worden ten gunste van slechts één inschrijver. In het onderzoek worden langjarige samenwerkingen zelfs cruciaal genoemd om faalkosten te verlagen. Tussen opdrachtgevers en opdrachtnemers is de ruimte hiervoor bij (openbare) aanbestedingen gering. Verder is de ruimte voor dergelijke samenwerkingen tussen opdrachtnemers onderling onderhevig aan de beperkingen van het mededingingsrecht (waarmee de bouw ook enige ervaring heeft). Ten slotte is het in aanbestedingen moeilijk om – zoals het onderzoek wel aanbeveelt – meer tijd te besteden aan het in kaart brengen van de wensen en eisen van de

opdrachtgever, omdat die nu juist aan de lat staat om zelf zijn eisen te bepalen en die zodanig objectief te formuleren dat iedere belangstellende gelijke kansen op de opdracht heeft.

### **Omgevingsfactoren en een eerlijke risicoverdeling**

Een belangrijke factor die bouwprojecten echt uniek maakt, wordt gevormd door de omgevingsfactoren. Dat zijn er heel veel. Met name de bodemgesteldheid en de publiekrechtelijke haalbaarheid van een project zijn veelvoorkomende oorzaken van vertraging en meerkosten in de bouw. Feitelijk zijn dit ook faalkosten.

#### *Bodemgesteldheid*

Het komt maar zelden voor dat de aannemer of opdrachtnemer bepaalt waar een bouwwerk gerealiseerd zal worden. De gebruikelijke gang van zaken is dat de opdrachtgever op een bepaalde plaats een bepaald werk gerealiseerd wenst te zien. Soms gaan daar jaren van voorbereiding en van planologische procedures aan vooraf. De aannemer moet vervolgens op die specifieke plek het werk uitvoeren. De meest voorkomende contractuele risicoverdeling is daarbij dat de aannemer zijn werkzaamheden op juiste wijze moet afstemmen op de bodem. Heeft hij dat gedaan en wordt de bouw desondanks door bodemproblematiek verstoord dan is hij daar doorgaans niet voor aansprakelijk of heeft hij een aanspraak tot vergoeding van kosten en tijd.<sup>3</sup>

Voor de toepassing van deze meest gebruikelijke risicoverdeling is vooral van belang wat er over de bodemgesteldheid bekend is bij het aangaan van de aannemingsovereenkomst. Welke geotechnische eigenschappen de bodem bezit en in hoeverre de bodem vervuild is, kan alleen blijken uit onderzoek waarmee alleen bij benadering kan worden vastgesteld hoe de werkelijke situatie is. Hoe gedegen een bodemonderzoek ook is, pas bij een werkelijke ontgraving blijken alle eigenschappen van de bodem. Een gedetailleerd bodemonderzoek zal meer zekerheid voor een juiste uitvoering geven dan een oppervlakkig onderzoek. Een voor de hand liggende methode om faalkosten wegens bodemproblemen te voorkomen is dan ook het voorafgaand aan het werk

verrichten van een gedegen bodemonderzoek.

Soms wordt de bodemproblematiek echter vooral contractueel benaderd. Een voorbeeld hiervan is te vinden in een uitspraak van de Raad van Arbitrage van 4 augustus 2017.<sup>4</sup> In deze zaak stelde de opdrachtnemer dat de bouw vertraagd was en er sprake was van aanzienlijke meerkosten door de bodemgesteldheid en maakte hij aanspraak op vergoeding van meerkosten. Arbiters volgden de opdrachtnemer daarin niet:

‘Arbiters stellen vast dat de informatie die opdrachtgever ter beschikking stelde in de tenderfase weliswaar beperkt was, maar wel correct. Aan de juistheid van de ter beschikking gestelde gegevens wordt door ondernemster ook niet getwijfeld, zij is van mening dat die informatie te beperkt was.

Naar het oordeel van arbiters konden inschrijvers op grond van deze informatie de sterk variabele bodemopbouw in het werkgebied kennen en daarmee bij inschrijving rekening houden. Ondernemster heeft dat ook gedaan, door daarvoor een voorziening op te nemen in verband met nog te verrichten bodemonderzoek.

Met ondernemster zijn arbiters wel van oordeel dat in de tenderfase slechts beperkt relevant bodemonderzoek kon worden verricht door de voorwaarden die daaraan werden gesteld door opdrachtgever (...). Ondernemster heeft zich daarover bij opdrachtgever in de tenderfase echter niet beklagd, en een onvoorwaardelijke inschrijving gedaan.’

Aldus had de opdrachtnemer geen aanspraak op vergoeding van de meerkosten. Ondertussen was het betreffende project echter wel vertraagd en verstoord. De contractuele regeling had er weliswaar voor gezorgd dat de opdrachtnemer met de kosten bleef zitten, maar niet dat het werk niet verstoord werd. Had de opdrachtgever voorafgaand aan het werk nader bodemonderzoek doen verrichten (of de opdrachtnemer daartoe opdracht verstrekt) dan was de verstoring van het werk mogelijk voorkomen.

#### *Vergunningen*

Iets soortgelijks geldt voor vergunningen. Zonder vergunningen kan een werk doorgaans niet worden gerealiseerd en veel vergunningen zijn afhankelijk van de plaats (en omgeving) waar het werk gerealiseerd moet worden. Hoewel de verlening van vergunningen op zich nog wel een overzichtelijk proces is, maakt met name de rechtsbescherming die het publiekrecht biedt de uiteindelijke bruikbaarheid van vergunningen toch vaak onvoorspelbaar. Een vergunning die niet verleend wordt of die achteraf vernietigd wordt, kan van grote invloed zijn op de doorloop van een bouwproject. Ook hier is geen sprake van seriematige aanpak, hoewel de te doorlopen procedures natuurlijk in opzet wel overal gelijk zijn. Van belang is vooral wat de omgeving van een project vindt: hoe ver willen belanghebbenden gaan om een project te ondersteunen of verzetten zij zich er juist tegen?

#### **De uitvoering**

Volgens het onderzoek worden vooral in de uitvoeringsfase de meeste faalkosten gemaakt. Met verschillende contractvormen is in de loop der jaren geëxperimenteerd om daarin verbetering te brengen. De bouwteamovereenkomst is daar een voorbeeld van, waarbij de doelstelling van het bouwteam vooral is om de kennis van de aannemer ook al in het voorbereidende traject van het project te benutten. Ook geïntegreerde contractvormen zijn daar voorbeelden van. De gedachte is daarbij dat het in één hand brengen van ontwerp en uitvoering (en bij voorkeur ook onderhoud) leidt tot betere en duurzame keuzes. Een keerzijde van deze gedachte is echter wel dat overeenkomsten zoveel taken omvatten dat de ‘hoofdaannemer’ als vanzelf moet gaan uitbesteden en daarmee toch weer de versnippering van taken ontstaat die de contractvormen proberen te voorkomen. In de uitvoering werken vaak ook de hiervoor al besproken onderwerpen door alsook het spanningsveld tussen in het ontwerpstadium gemaakte keuzes (en gestelde budgetten) en de relevante uitvoeringsfactoren.

#### **Geschilbeslechting**

Een laatste juridisch knelpunt dat hier genoemd moet worden betreft de geschilbeslechting. In veel contracten

wordt gekozen voor geschilbeslechting door de gewone rechter. Het procedurele instrumentarium van de gewone rechter om effectief te kunnen ingrijpen in bouwgeschillen is beperkt. Een civiel kort geding heeft alleen zin als er een duidelijke noodzaak is voor het treffen van een voorlopige voorziening én het de rechter voldoende duidelijk kan worden in een korte zitting wat de vermoedelijke uitkomst van een bodemprocedure zal zijn. Daar waar van de rechter geen specifieke bouwgerelateerde kennis verwacht mag worden, zullen deze voorwaarden zelden vervuld worden. Daarmee ontbreekt bij een keuze voor de gewone rechter een instrument dat kan worden ingezet om geschillen snel en effectief te beslechten. Dit, terwijl geschillen vaak voortvloeien uit vertraging en extra kosten en het voor alle betrokken partijen doorgaans zinvol is dat er zo snel mogelijk duidelijkheid komt wie die gevolgen zal moeten dragen (ook om gemaakte keuzes te kunnen bijstellen).

#### Slotsom

Uit het voorgaand komt wellicht een wat somber beeld naar voren ten aanzien van de bijdrage van juridische instrumenten aan de faalkosten in de

bouw. Toch is het niet allemaal kommer en kwel.

In bouwcontracten worden doorgaans mechanismen opgenomen om met beide groepen oorzaken om te kunnen gaan. Modelvoorwaarden zoals de UAV en de UAV-GC kennen standaardbepalingen om met bijvoorbeeld vergunningrisico's, onwerkbaar weer et cetera om te gaan. Die regelingen moeten echter projectspecifiek gemaakt worden met een bestek of met een vraagspecificatie. In die projectspecifieke documenten komt de werkelijke risicoverdeling voor het betreffende werk tot stand. Vaak wordt bepleit dat een risico daar moet worden gelegd waar dat het beste beheerst kan worden. De vraag is echter vaak hoe te bepalen waar dat is.<sup>5</sup> Mijns inziens kan de vraag gesteld worden of het risico niet vooral zou moeten liggen bij diegene die de meeste nadelige gevolgen ondervindt ingeval het risico zich verwezenlijkt. Als het primaire doel van een opdrachtgever is om de beschikking over het gereede werk te verkrijgen, wat is hij er dan bij gebaat als buiten zijn beheersing de oplevering vertraagd wordt door een risico dat hij contractueel heeft weggelegd bij de aannemer? En wat is hij gebaat bij

langdurige geschillen of het contractueel wegschuiven van onbeheersbare risico's? De vraag is retorisch, maar iedere opdrachtgever zou zich deze vraag moeten stellen. Om zich dan vervolgens ook af te vragen of een afwijking van min of meer standaardrisicoverdelingen uit de verschillende modelvoorwaarden niet gewoon onverkort toegepast zouden moeten worden.

1. Petran van Heel, Madeline Buijs & Casper Wolf, 'Verspilde moeite. Over faalkosten in de bouwsector', ABN Amro, <https://insights.abnamro.nl/2019/04/faalkosten-in-de-bouwen-jaarlijks-op-tot-miljarden-euros/>.
2. Geheel vrij naar George Orwell, *Animal Farm*, 1945.
3. Vgl. par. 13 Uniforme Administratieve Voorwaarden-Geïntegreerde Contracten (UAV-GC 2005) of artikel 29 lid 3 Uniforme Administratieve Voorwaarden (UAV 2012).
4. Geschil 35.630.
5. Zie voor een kritisch commentaar op dit principe Niels van Ommen, 'Wie kan een risico het beste dragen? Over slimmeriken en holle retoriek in de bouw', blog op [crow.nl](http://crow.nl), 4 februari 2016, [www.crow.nl/blog/februari-2016/wie-kan-een-risico-het-beste-dragen-over-slimmerik](http://www.crow.nl/blog/februari-2016/wie-kan-een-risico-het-beste-dragen-over-slimmerik).