

Toezicht en coördinatie in het bouwproces

Strang, Hugo

DOI

[10.4233/uuid:d395b795-fba9-4ffd-8914-ea7fa622565f](https://doi.org/10.4233/uuid:d395b795-fba9-4ffd-8914-ea7fa622565f)

Publication date

2018

Document Version

Final published version

Citation (APA)

Strang, H. (2018). *Toezicht en coördinatie in het bouwproces*. [Delft University of Technology]. Instituut voor Bouwrecht (IBR). <https://doi.org/10.4233/uuid:d395b795-fba9-4ffd-8914-ea7fa622565f>

Important note

To cite this publication, please use the final published version (if applicable). Please check the document version above.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download, forward or distribute the text or part of it, without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license such as Creative Commons.

Takedown policy

Please contact us and provide details if you believe this document breaches copyrights. We will remove access to the work immediately and investigate your claim.

BOUWRECHT MONOGRAFIEËN

Toezicht en coördinatie in het
bouwproces

Mr. H.P.C.W. Strang

Toezicht en coördinatie in het bouwproces

ISBN 978-94-6315-032-3

NUR 822

© 2018, H.P.C.W. Strang

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgeverij. Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h tot en met 16m Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 2002, 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken dient men zich tot de Stichting Instituut voor Bouwrecht te wenden.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photo print, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Toezicht en coördinatie in het bouwproces

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor
aan de Technische Universiteit Delft,
op gezag van de Rector Magnificus prof.dr.ir. T.H.J.J. van der Hagen
voorzitter van het College voor Promoties,
in het openbaar te verdedigen op
dinsdag 27 maart 2018 om 15:00 uur

door

Hugo Philip Corné Willem STRANG
Master of Laws, Universiteit van Tilburg, Nederland
geboren te Berkel-Enschot, Nederland

Dit proefschrift is goedgekeurd door de promotor.

Samenstelling promotiecommissie bestaat uit:

Rector magnificus	voorzitter
Prof. mr. dr. M.A.B. Chao-Duivis	Technische Universiteit Delft, promotor

Onafhankelijke leden:

Prof. mr. M.A.M.C. van den Berg	Tilburg University
Prof. mr. S. van Gulijk	Tilburg University
Prof. mr. J.M. Hebly	Universiteit Leiden
Prof. dr. ir. M.H. Hermans	Technische Universiteit Delft
Prof. mr. C.E.C. Jansen	Vrije Universiteit Amsterdam
Prof. dr. ir. H.J. Visscher	Technische Universiteit Delft, reservelid

Voorwoord

Dit proefschrift had ik niet af kunnen ronden zonder de waardevolle bijdrage van enkele personen. Graag wil ik dan ook een woord van dank tot hen richten.

Allereerst wil ik mijn promotor prof. mr. dr. Monika Chao-Duivis bedanken voor haar vakkundige begeleiding en voor het door haar in mij gestelde vertrouwen. Ik heb het altijd prettig gevonden dat ik, naast het schrijven van dit proefschrift, uit hoofde van mijn functie als jurist bij het Instituut voor Bouwrecht ook inhoudelijk betrokken kon zijn bij diverse andere interessante onderzoeken en projecten. Deze werkverdeling, die door Monika mogelijk is gemaakt, is de kwaliteit van het proefschrift alleen maar ten goede gekomen. Bovendien heb ik me hierdoor breder kunnen ontwikkelen dan wanneer ik me alleen op dit promotieonderzoek zou hebben gericht.

Daarnaast wil ik prof. mr. M.A.M.C. van den Berg, prof. mr. S. van Gulijk, prof. mr. J.M. Hebly, prof. dr. ir. M.H. Hermans, prof. mr. C.E.C. Jansen en prof. dr. ir. H.J. Visscher danken voor hun bereidheid om zitting te nemen in de promotiecommissie en voor hun bereidheid om de concepttekst van dit proefschrift te voorzien van nuttig commentaar.

Verder ben ik Machteld de Hoon, Gert-Jan van Leeuwen, Bert Rademaker, Martien Schaub, Dik Spekkink, Dick van Werven en Evert Jan Wijers ieder afzonderlijk zeer erkentelijk voor de moeite die zij hebben genomen om tijdens dit promotietraject op verschillende momenten met mij van gedachten te wisselen over mijn onderzoek. Hun zinvolle opmerkingen en de interessante besprekingen hebben dit proefschrift naar een hoger niveau getild.

Graag wil ik ook mijn collega's (en oud-collega's) op het Instituut voor Bouwrecht bedanken. Zij zorgen iedere dag weer voor een omgeving met een aangename sfeer waarin het heel prettig werken is. Na een gezellig en relativerend gesprek ging ik altijd met goede moed weer aan de slag.

Een persoonlijk woord van dank gaat uit naar mijn paranimfen. Emma, jij hebt mijn promotieonderzoek altijd op de voet gevolgd. Dank je wel voor het nalezen van conceptteksten en voor het praktisch werk dat je rondom mijn promotie uit handen hebt genomen, maar bovenal bedankt dat je zo'n fijne zus bent. Wouter, die Atlantische Oceaan tussen ons maakt dat we elkaar de afgelopen jaren niet veel hebben gezien, maar die heeft er wel voor gezorgd dat je een perfecte Engelse samenvatting hebt kunnen maken. Dank daarvoor, maar bovendien bedankt voor al die jaren vriendschap. Heel bijzonder dat je speciaal voor mijn promotie 'even' over komt vliegen.

Mijn laatste woorden van dit voorwoord bewaar ik voor Katrien en Mathijs. Lieve Katrien, dank je wel voor je onvoorwaardelijke steun, je geduld en je kritische (advocaten)blik op conceptteksten. Samen vormen wij een perfect team! Lieve Mathijs, je bent nog heel klein, maar je zorgt nu al voor zoveel plezier in ons leven. Dit proefschrift draag ik op aan jou.

Hugo Strang

Utrecht, februari 2018

Inhoudsopgave

Voorwoord	v
Algemene inleiding	
De onderwerpkeuze voor coördinatie en toezicht	1
De opzet van het onderzoek	2
Overkoepelende onderzoeksvraag	3
Deel I: Toezicht	
1. Inleiding	
1.1 Inleiding op het hoofdstuk	7
1.2 Aanleiding voor het onderzoek	7
1.2.1 Toezichtproblemen in het bouwproces	7
1.2.2 Toezichtproblemen vanuit een juridisch perspectief	10
1.2.2.1 In welke rechtsverhoudingen speelt privaatrechtelijk toezicht een rol?	10
1.2.2.2 In welke rechtsverhoudingen speelt publiekrechtelijk toezicht een rol?	11
1.3 Onderzoeksvraag	12
1.4 Plan van behandeling	12
1.5 Definities	13
2. Toezicht algemeen	
2.1 Inleiding	15
2.1.1 Soorten toezicht	15
2.1.2 Bij toezicht betrokken partijen	17
2.1.3 Doel van toezicht	17
2.2 Wat houdt toezicht feitelijk in?	19
2.2.1 Het verzamelen van informatie	19
2.2.2 De beoordeling van de verzamelde informatie	19
2.2.3 Handhaving	20
2.3 Nieuwe vormen van toezicht in het bouwproces	20
2.3.1 Nieuwe vormen van privaatrechtelijk toezicht	20
2.3.1.1 Stysteemgerichte contractbeheersing	20
2.3.1.2 Verborgen Gebreken Verzekering met gebruikmaking van Technical Inspection Service	21
2.3.2 Private kwaliteitsborging op grond van publiekrechtelijke normen	22
2.4 Conclusie	22

3.	Goed toezicht	
3.1	Onderzoek naar toezicht algemeen	23
3.2	Een systeem- en procesmatige benadering: drie niveaus van toezicht	25
3.3	Een risicogestuurde benadering van toezicht	26
3.4	Onderzoek naar markttoezicht	28
3.4.1	Onafhankelijkheid	29
3.4.2	Transparantie	30
3.4.3	Accountability	31
3.5	Zes principes van goed toezicht gehanteerd door de overheid	32
3.5.1	Selectief toezicht	32
3.5.2	Slagvaardig toezicht	33
3.5.3	Samenwerkend toezicht	33
3.5.4	Onafhankelijk toezicht	33
3.5.5	Transparant toezicht	33
3.5.6	Professioneel toezicht	34
3.6	Een juridische benadering	34
3.6.1	Juridische beginselen van behoorlijk toezicht	34
3.6.1.1	De zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW	34
3.6.1.2	Publiekrechtelijke beginselen van behoorlijk toezicht	36
3.6.2	Argumenten voor en tegen aansprakelijkheid van toezichthouders	39
3.6.2.1	Argumenten voor aansprakelijkheid van toezichthouders	39
3.6.2.2	Argumenten tegen aansprakelijkheid van toezichthouders	40
3.6.2.3	Tussenconclusie: aansprakelijkheid van toezichthouders	41
3.7	Conclusie: Beoordelingskader juridische regeling toezicht	41
3.7.1	Elementen van belang voor het beoordelingskader	41
3.7.2	Toetsingskader voor toezicht	46
4.	Privaatrechtelijk toezicht op het bouwproces vanuit een juridisch perspectief	
4.1	Het juridisch kader	47
4.1.1	De rechtsverhouding tussen opdrachtgever en aannemer	47
4.1.1.1	Overeenkomst tussen opdrachtgever en aannemer: de UAV 2012	48
4.1.1.2	Geïntegreerde overeenkomst tussen opdrachtgever en opdrachtnemer (UAV-GC 2005)	55
4.1.1.3	Het BW	59
4.1.1.3.1	De titel aanneming van werk	59
4.1.1.3.2	Artikel 6:101 BW	63
4.1.1.3.3	Artikel 6:248 lid 2 BW	64
4.1.1.3.4	Het nieuwe artikel 7:758 lid 4 BW	64
4.1.1.3.5	Criteria van goed toezicht	66
4.1.1.4	PEL SC	66
4.1.1.5	Een vergelijking van de verschillende regelingen vanuit het oogpunt van goed toezicht	68
4.1.2	De rechtsverhouding tussen opdrachtgever en de toezichthouder	69

4.1.2.1	De DNR 2011	70
4.1.2.2	De titel overeenkomst van opdracht	74
4.1.2.3	Een vergelijking van de regelingen vanuit het oogpunt van goed toezicht	77
4.2	Toezicht leidt tot een positief oordeel over de naleving	77
4.2.1	Gevolgen van een onjuist positief oordeel	78
4.2.2	Aansprakelijkheid van de aannemer jegens de opdrachtgever: consequenties van het niet onderkennen van fouten door de opdrachtgever	78
4.2.2.1	Hoofddlijn: UAV in de arbitrale rechtspraak	78
4.2.2.1.1	Uitgangspunten arbitrale rechtspraak	78
4.2.2.1.2	Op welke wijze worden de voor de opdrachtgever nadelige consequenties van falend toezicht in de arbitrale rechtspraak verzacht?	79
4.2.2.2	Overheidsrechtspraak	80
4.2.2.3	Literatuur	81
4.2.2.3.1	Literatuur: tekst van de UAV als uitgangspunt	81
4.2.2.3.2	Literatuur: causaliteit/onverplichtheid van toezicht/rechtsverwerking/eigen schuld	83
4.2.2.4	Eigen opvatting over de gevolgen van falend directietoezicht	92
4.2.2.4.1	Toezicht tijdens de uitvoeringsfase: causaliteit	92
4.2.2.4.2	Toezicht bij de oplevering: rechtsverwerking	97
4.2.3	Aansprakelijkheid van de toezichthouder jegens de opdrachtgever	101
4.2.3.1	Hoofddlijn: de arbitrale rechtspraak	101
4.2.3.2	Literatuur	103
4.2.3.3	Eigen opvatting	104
4.2.4	Aansprakelijkheid van de toezichthouder jegens een derde	105
4.3	Toezicht leidt tot een negatief oordeel over de naleving; belemmering van werkzaamheden	106
4.4	Conclusie en beantwoording deelvraag	107
5.	Publiekrechtelijk toezicht op het bouwproces vanuit een juridisch perspectief	
5.1	Het publiekrechtelijke kader van het publiekrechtelijke toezicht	109
5.1.1	Het publiekrechtelijke kader: Wabo en Woningwet	109
5.1.2	Regels omtrent toezicht	111
5.2	Het privaatrechtelijke kader van het publiekrechtelijke toezicht: de onrechtmatige daad	112
5.2.1	Onrechtmatige daad	112
5.2.2	Toerekenbaarheid	113
5.2.3	Schade	114
5.2.4	Causaal verband	115
5.2.5	Relativiteit	116
5.2.5.1	De wettelijke bepaling en de wetsgeschiedenis	117
5.2.5.2	Kritiek in de literatuur op de relativiteit	118

5.2.5.3	De literatuur over het vaststellen van het beschermingsbereik	120
5.2.5.4	Conclusie	121
5.3	Gebrekkige vergunningverlening: ten onrechte is vergunning verleend	121
5.3.1	Vergunning vernietigd of ingetrokken; fysieke bouwproces reeds gestart	121
5.3.1.1	Aansprakelijkheid jegens vergunninghouder	121
5.3.1.1.1	Hoofdlijn in de rechtspraak	122
5.3.1.1.2	Literatuur	123
5.3.1.1.3	Eigen opvatting	124
5.3.1.2	Aansprakelijkheid jegens derde	125
5.3.1.2.1	Hoofdlijn in de rechtspraak	126
5.3.1.2.2	Eigen opvatting	126
5.3.2	Vergunning vernietigd of ingetrokken; fysieke bouwproces nog niet gestart	127
5.3.2.1	Aansprakelijkheid jegens vergunninghouder	127
5.3.2.1.1	Hoofdlijn: Rechtspraak	127
5.3.2.1.2	Literatuur	128
5.3.2.1.3	Eigen opvatting	129
5.3.3	Ten onrechte verleende vergunning niet vernietigd of ingetrokken	129
5.3.3.1	Hoofdlijn: formele rechtskracht in de rechtspraak	129
5.3.3.2	Literatuur	130
5.3.3.3	Eigen opvatting	132
5.4	Falend uitvoeringstoezicht	132
5.4.1	Aansprakelijkheid jegens vergunninghouder: niet opmerken van fouten	133
5.4.1.1	Hoofdlijn in de rechtspraak	133
5.4.1.2	Literatuur	135
5.4.1.3	Eigen opvatting	136
5.4.2	Aansprakelijkheid jegens vergunninghouder: belemmering van werkzaamheden; onterechte handhaving	138
5.4.3	Aansprakelijkheid jegens vergunninghouder: gemeentelijk bouwtoezicht heeft primaire taak in het bouwproces	140
5.4.4	Aansprakelijkheid jegens derden: niet opmerken van fouten	142
5.4.4.1	Hoofdlijn in de rechtspraak	142
5.4.4.1.1	Hoofdlijn in de rechtspraak: aansprakelijkheid jegens derden voor gebrekkig bouwtoezicht	142
5.4.4.1.2	Hoofdlijn in de rechtspraak: relativiteit	145
5.4.4.2	Literatuur	147
5.4.4.2.1	Literatuur: aansprakelijkheid jegens derden voor gebrekkig bouwtoezicht	147
5.4.4.2.2	Literatuur: relativiteit	150
5.4.4.3	Eigen opvatting	154
5.4.4.3.1	Zorgvuldigheidsnorm	154
5.4.4.3.2	Relativiteit	159
5.4.5	Conclusie	165

5.5	Wettelijk bouwtoezicht door private partijen	166
5.5.1	Juridisch kader: hoe ziet privaat bouwtoezicht eruit?	167
5.5.1.1	Van welke regels wordt de naleving onderwerp van privaat toezicht?	167
5.5.1.2	Hoe wordt toegezien op de naleving?	167
5.5.1.2.1	Instrumenten voor kwaliteitsborging	167
5.5.1.2.2	Verschillende typen bouwwerken	168
5.5.1.2.3	Welke partijen spelen een rol in het stelsel van privaat toezicht?	169
5.5.1.3	Private kwaliteitsborging en de beginselen van goed toezicht	170
5.5.2	De aansprakelijkheid van de private toezichthouder jegens de vergunninghouder	175
5.5.2.1	Het niet goedkeuren van een ontwerp/bouwwerk	175
5.5.2.2	Het niet opmerken van fouten in een ontwerp/bouwwerk waardoor niet voldaan wordt aan de voorschriften van het Bouwbesluit	176
5.5.3	De aansprakelijkheid van de private toezichthouder jegens derden	178
5.5.4	De aansprakelijkheid van de gemeente jegens de vergunninghouder bij private beoordeling	182
5.5.5	De aansprakelijkheid van de gemeente jegens derden bij private beoordeling	183
5.6	Conclusie en beantwoording deelvraag	183
6.	Conclusie en beantwoording onderzoeksvraag toezicht	187

Deel II: Coördinatie

7. Inleiding

7.1	Aanleiding van het onderzoek	195
7.1.1	Coördinatieproblemen in het bouwproces	195
7.1.2	Coördinatieproblemen vanuit een juridisch perspectief	198
7.2	Afbakening van het onderwerp	200
7.3	Opzet van dit deel van het onderzoek	202
7.3.1	Een multidisciplinaire benadering	202
7.3.2	Onderzoeksvragen	204
7.4	Terminologie	204

8. Coördinatie vanuit een managementperspectief

8.1	Inleiding	207
8.2	Coördinatie algemeen	207
8.2.1	Inleiding	207
8.2.2	Het begrip coördinatie	208
8.2.2.1	Een definitie	208
8.2.2.1.1	Onderlinge afhankelijkheid	209

8.2.2.1.2	Een doel	211
8.2.2.2	Soorten coördinatie	211
8.2.2.2.1	Expertise coordination practices en dialogic coordination practices	212
8.2.2.2.2	Expliciete en impliciete coördinatie	212
8.2.2.3	Verschillende perspectieven op coördinatie	214
8.2.2.3.1	Het organisatorische perspectief	214
8.2.2.3.2	Het sociale perspectief	216
8.2.2.4	Tussenconclusie en de relatie tot bouwcontracten	217
8.2.3	Coördinatie-activiteiten	218
8.2.3.1	Methoden van coördinatie	218
8.2.3.2	Coördinatie-activiteiten en de effectiviteit en efficiëntie daarvan	219
8.2.3.3	Tussenconclusie en de relatie tot bouwcontracten	221
8.2.4	De rol van coördinator	221
8.2.4.1	De functie van coördinator	221
8.2.4.2	Wie heeft de rol van coördinator	222
8.2.4.3	Tussenconclusie en de relatie tot bouwcontracten	224
8.2.5	Conclusie	224
8.3	Coördinatie in de bouw	225
8.3.1	Inleiding	225
8.3.2	Het belang van coördinatie in de bouw	225
8.3.2.1	Het belang van coördinatie onderzocht	226
8.3.2.2	Onderzoeksrapporten over ongevallen	227
8.3.2.3	Constructieve veiligheid	231
8.3.2.4	Tussenconclusie en de relatie tot bouwcontracten	233
8.3.3	Welke omstandigheden liggen ten grondslag aan coördinatieproblemen in het bouwproces	234
8.3.3.1	Factoren met betrekking tot de eigenschappen van het bouwproces	234
8.3.3.2	Economische factoren	236
8.3.3.3	Houding en hoedanigheid van partijen	237
8.3.3.4	Juridische factoren	238
8.3.3.5	Tussenconclusie en de relatie tot bouwcontracten	238
8.3.4	Raakvlakken in de verschillende fases van het bouwproces	239
8.3.4.1	Inleiding	239
8.3.4.2	Motieven voor opknippen van projecten	239
8.3.4.3	Raakvlakrisico's	240
8.3.4.4	Maatregelen nemen die raakvlakrisico's kunnen beperken of voorkomen	241
8.3.4.5	Tussenconclusie en de relatie tot bouwcontracten	242
8.3.5	Beheersing van het bouwproces in relatie tot coördinatie	242
8.3.5.1	Bouwprojectmanagement en de beheersaspecten daarvan	242
8.3.5.2	Interfacemanagement	243
8.3.5.3	Kwaliteitsborging	245
8.3.5.4	Tussenconclusie en de relatie tot bouwcontracten	245
8.3.6	Conclusie	246

8.4	Samenwerking	247
8.4.1	Inleiding	247
8.4.2	Het begrip samenwerking	248
8.4.2.1	Het begrip samenwerking	248
8.4.2.2	Projectoverstijgende en projectgebonden samenwerking	249
8.4.3	De verhoudingen tussen betrokken partijen	250
8.4.3.1	Cultuur	250
8.4.3.2	Verhoudingen tussen partijen in het bouwproces	251
8.4.3.3	Tussenconclusie en relatie tot het bouwcontractenrecht	252
8.4.4	Sturingsmechanismen voor contractuele relaties	253
8.4.4.1	Succes- en faalfactoren	253
8.4.4.2	Deelprocessen van samenwerking	255
8.4.4.3	Tussenconclusie en relatie met het bouwcontractenrecht	256
8.4.5	Conflictbeheersing	257
8.4.5.1	Oorzaken van conflicten	257
8.4.5.2	Soorten conflicten	258
8.4.5.3	De oplossing van conflicten	259
8.4.5.3.1	Belemmeringen voor een snelle oplossing van conflicten	259
8.4.5.3.2	Factoren in het bouwproces die succesvolle beheersing van conflicten beïnvloeden	260
8.4.5.4	Tussenconclusie en relatie tot het bouwcontractenrecht	261
8.4.6	Geschilbeslechting	261
8.4.6.1	Vormen van geschilbeslechting	262
8.4.6.2	De keuze voor een methode van geschilbeslechting	263
8.4.6.3	Tussenconclusie en relatie met het bouwcontractenrecht	264
8.4.7	Conclusie	264
8.5	Informatie en communicatie	265
8.5.1	Inleiding	265
8.5.2	De begrippen informatie en communicatie	266
8.5.2.1	Informatie	266
8.5.2.1.1	Onderscheid naar doel van informatie	266
8.5.2.1.2	Informatie en kennis	267
8.5.2.1.3	Tacit knowledge en explicit knowledge	267
8.5.2.2	Communicatie	268
8.5.2.3	Tussenconclusie en relatie tot het bouwcontractenrecht	269
8.5.3	Oorzaken van communicatieproblemen	270
8.5.4	Effectiviteit van communicatie	272
8.5.5	Informatiestromen bij coördinatie	273
8.5.6	Informatie-uitwisseling door middel van digitale hulpmiddelen	274
8.5.7	Conclusie	275
8.6	Conclusie en beantwoording deelvraag	276
9.	Coördinatie vanuit een juridisch perspectief	
9.1	Inleiding	281
9.2	Samenwerkingsmodellen	281

9.2.1	Traditionele ‘driehoek’	282
9.2.2	Nevenaanneming	283
9.2.3	Onderaanneming	287
9.2.4	Integratie van ontwerp en uitvoering	288
9.2.5	Bouwteam	289
9.2.6	Bouwcombinatie	291
9.2.7	Ketensamenwerking	293
9.2.8	Alliantie	295
9.2.9	Ontwerpteam	297
9.2.10	Conclusie	299
9.3	Grondfiguren	299
9.3.1	Nevenaanneming	300
9.3.2	Nevengeschikte adviesovereenkomsten	300
9.3.3	Het ‘UAV-GC-model’	301
9.3.4	Onderaanneming	302
9.3.5	Conclusie	302
9.4	Dogmatische benadering van de grondfiguren	303
9.4.1	Inleiding	303
9.4.2	Verschillende typen overeenkomsten	303
9.4.2.1	Bilaterale overeenkomst	303
9.4.2.2	Meerpartijenovereenkomst	307
9.4.2.3	Samenhangende overeenkomsten	309
9.4.3	Rechtsgevolgen bij verschillende typen overeenkomsten	315
9.4.3.1	Een bilaterale overeenkomst	316
9.4.3.1.1	Rechten en verplichtingen van partijen	316
9.4.3.1.2	De aansprakelijkheid van partijen jegens elkaar	320
9.4.3.1.3	De regeling van de coördinatie met andere overeenkomsten	321
9.4.3.1.4	De beëindiging van de overeenkomst	324
9.4.3.2	Meerpartijenovereenkomst	324
9.4.3.2.1	De rechten en verplichtingen van partijen	324
9.4.3.2.2	De aansprakelijkheid van partijen (intern en extern)	325
9.4.3.2.3	De regeling van de coördinatie	330
9.4.3.2.4	De (gedeeltelijke) beëindiging van de overeenkomst	331
9.4.3.3	Samenhangende overeenkomsten	332
9.4.3.3.1	De rechten en verplichtingen van partijen	332
9.4.3.3.2	De aansprakelijkheid van partijen (intern en extern)	335
9.4.3.3.3	De regeling van de coördinatie	338
9.4.3.3.4	De (gedeeltelijke) beëindiging van de overeenkomst	339
9.4.4	Conclusie	339
9.5	Conclusie en beantwoording deelvraag	341
10.	Coördinatie in de algemene voorwaarden	
10.1	Inleiding	345
10.2	Beoordelingskader overeenkomsten	345
10.2.1	Inleiding	345

10.2.2	Beoordelingskader bilaterale overeenkomsten	346
10.2.2.1	De taken en bevoegdheden van de coördinator	347
10.2.2.2	De keuze van de coördinator	348
10.2.2.3	De afstemming van bilaterale afspraken in het kader van raakvlakrisico's	348
10.2.2.4	Het bevorderen van effectieve en efficiënte communicatie met betrekking tot coördinatie	349
10.2.2.5	Het bevorderen van effectieve en efficiënte samenwerking op het gebied van coördinatie	351
10.2.2.6	De regeling van aansprakelijkheid van partijen voor schade als gevolg van coördinatieproblemen	351
10.2.2.7	Conclusie: het toetsingskader voor bilaterale overeenkomsten	352
10.2.3	Beoordelingskader multilaterale coördinatieovereenkomst	352
10.2.3.1	De taken en bevoegdheden van de coördinator	353
10.2.3.2	De keuze van de coördinator	353
10.2.3.3	Multilaterale afspraken in het kader van raakvlakrisico's	354
10.2.3.4	Communicatie met betrekking tot coördinatie	354
10.2.3.5	Samenwerking op het gebied van coördinatie	356
10.2.3.6	Aansprakelijkheid van partijen voor schade als gevolg van coördinatieproblemen	358
10.2.3.7	Een regeling van uittreding en toetreding tot de overeenkomst	360
10.2.3.8	Conclusie: het toetsingskader voor multilaterale overeenkomsten	361
10.3	De aannemingsovereenkomst (UAV 2012)	361
10.3.1	Instructie- en toezichtbevoegdheid coördinator	362
10.3.2	Welke partij vervult de functie van coördinator?	363
10.3.3	Bilaterale afspraken van belang voor de afstemming	363
10.3.4	Deelname van partijen aan een overlegstructuur	365
10.3.5	Kenbaar maken van de informatiebehoefte	366
10.3.6	Waarschuwingsplicht in het kader van de afstemming	367
10.3.7	Hinderen van andere aannemers	367
10.3.8	Aansprakelijkheidsregeling in het kader van coördinatie	368
10.4	De adviesovereenkomst (DNR 2011)	370
10.4.1	Instructie- en toezichtbevoegdheid coördinator	370
10.4.2	Welke partij vervult de functie van coördinator?	371
10.4.3	Bilaterale afspraken van belang voor de afstemming	372
10.4.4	Deelname van partijen aan een overlegstructuur	373
10.4.5	Kenbaar maken van de informatiebehoefte	374
10.4.6	Waarschuwingsplicht in het kader van de afstemming	374
10.4.7	Hinderen van andere adviseurs	375
10.4.8	Aansprakelijkheidsregeling in het kader van coördinatie	375
10.5	De geïntegreerde overeenkomst (UAV-GC 2005)	376
10.5.1	Instructie- en toezichtbevoegdheid coördinator	376
10.5.2	Welke partij vervult de functie van coördinator?	376
10.5.3	Bilaterale afspraken van belang voor de afstemming	378
10.5.4	Deelname van partijen aan een overlegstructuur	378
10.5.5	Kenbaar maken van de informatiebehoefte	379

10.5.6	Waarschuwingsplicht in het kader van de afstemming	379
10.5.7	Hinderen van andere opdrachtnemers	380
10.5.8	Aansprakelijkheidsregeling in het kader van coördinatie	380
10.6	De uitvoeringscoördinatieovereenkomst (VGBouw model 1999)	381
10.6.1	Voorwoord	382
10.6.2	Considerans	385
10.6.3	Art. 1 Algemene samenwerkingsplicht	388
10.6.4	Art. 2 Taken van de coördinator	388
10.6.5	Art. 3 Algemeen tijdschema; gedetailleerd werkplan	391
10.6.6	Art. 4 Algemene verplichtingen van partijen	393
10.6.7	Art. 5 Coördinatievergadering	393
10.6.8	Art. 6 Dreigende vertragingen	394
10.6.9	Art. 7 Tekortschieten van een partij	396
10.6.10	Art. 8 Arbeidsomstandighedenbesluit	397
10.6.11	Art. 9 Aansprakelijkheid van de coördinator	398
10.6.12	Art. 10 Toepasselijk recht	400
10.6.13	Art. 11 Beslechting van geschillen	401
10.6.14	Art. 12 Einde van de overeenkomst	402
10.7	Conclusie en beantwoording deelvraag	402
11.	Conclusie en beantwoording onderzoeksvraag coördinatie	407

Slotbeschouwing

12. Overkoepelende conclusie toezicht en coördinatie

12.1	Inleiding	417
12.2	Verschillen tussen toezicht en coördinatie	418
12.2.1	Multilateraal verband versus bilateraal verband	418
12.2.2	Noodzakelijke voorwaarde versus optionele activiteit	419
12.2.3	Een publiekrechtelijke component	419
12.2.4	Tussenconclusie	420
12.3	Overeenkomsten	420
12.3.1	Overlap van coördinatie en toezicht	420
12.3.2	Dezelfde eisen aan contractuele regelingen	420
12.3.3	Dezelfde aansprakelijkheidsvragen	421
12.3.4	Beantwoording overkoepelende onderzoeksvraag	422
12.4	Tot slot	423
	Samenvatting	425
	Summary	429
	Literatuurlijst	435
	Geraadpleegde jurisprudentie	467
	Curriculum Vitae	471

Algemene inleiding

DE ONDERWERPKEUZE VOOR COÖRDINATIE EN TOEZICHT

Het uitvoeren van coördinatie en het houden van toezicht zijn twee duidelijk te onderscheiden activiteiten. Zonder uitgebreid op de definities van coördinatie en toezicht in te gaan, dit gebeurt op een later moment, kan gesteld worden dat coördinatie betrekking heeft op de afstemming van verschillende samenhangende activiteiten en dat toezicht betrekking heeft op de controle of activiteiten worden uitgevoerd in overeenstemming met de daaraan gestelde eisen. Coördinatie en toezicht zijn echter wel meer met elkaar verweven zijn dan men op voorhand zou denken. Hieronder wordt dit kort toegelicht aan de hand van de aard van de activiteiten, het houden van toezicht in het kader van coördinatie en het coördineren van toezicht.

Coördinatie en toezicht als gelijkaardige activiteiten

De toezichthouder en de coördinator hebben met elkaar gemeen dat ze allebei op eenzelfde manier invloed uitoefenen op het bouwproces. Dit gebeurt door op sturende wijze te communiceren met andere participanten van het bouwproces. Een vergelijking met de andere participanten kan de rol van de toezichthouder en de coördinator verduidelijken. Een eerste vergelijking kan worden gemaakt tussen de toezichthouder of coördinator en de ontwerper of aannemer. De ‘output’ van een ontwerper of aannemer bestaat uit een concreet product: het ontwerp of het bouwwerk of een gedeelte daarvan. De ‘output’ van een toezichthouder of coördinator bestaat daarentegen uit aanwijzingen richting participanten zoals ontwerper en aannemer. De ontwerper en aannemer leveren met andere woorden een directe bijdrage aan het bouwproces. Zij maken bijvoorbeeld een bestektekening of storten een fundering. De toezichthouder en de coördinator leveren een indirecte bijdrage aan het bouwproces, doordat zij dit proces beïnvloeden via de participanten die een directere bijdrage leveren.¹

Dat de activiteiten coördinatie en toezicht in enige mate op elkaar lijken, blijkt voorts uit het feit dat in veel op een juridisch ‘traditionele’² wijze vormgegeven bouwprojecten de verantwoordelijkheid voor zowel het toezicht als de coördinatie is ondergebracht bij één partij, de directievoerder. Blijkbaar wordt eenzelfde type partij geschikt geacht voor zowel het uitvoeren van coördinatie-activiteiten als toezichtactiviteiten.

1 Hiermee is overigens niet gezegd dat een ontwerper of aannemer geen toezichthoudende of coördinerende functie kan hebben. Het gaat hier om te onderscheiden functies, bijv. ontwerp en toezicht, die in sommige gevallen door één en dezelfde partij kunnen worden uitgeoefend.

2 Zie over het traditionele samenwerkingsmodel par. 9.2.1.

Toezicht als onderdeel van coördinatie

Zoals in hoofdstuk 8 zal blijken heeft coördinatie betrekking op de afstemming van samenhangende activiteiten, oftewel activiteiten waarbij er een zekere onderlinge afhankelijkheid is. Die afstemming wordt bereikt doordat de partij die verantwoordelijk is voor coördinatie (de coördinator) bepaalde instructies of aanwijzingen geeft waardoor afstemmingsproblemen worden voorkomen. In dit verband kan het heel nuttig zijn voor de coördinator om zich ervan te vergewissen dat zijn instructies worden nageleefd door de partijen die werkzaam zijn binnen het project. Hiertoe kan de coördinator controles uitvoeren, ‘toezicht houden’, op de naleving van zijn instructies. Er is dan sprake van toezicht dat binnen het kader van de coördinatie plaatsvindt.

Coördinatie als onderdeel van toezicht

Hierboven werd kort beschreven dat de activiteit toezicht onderdeel kan uitmaken van de activiteit coördinatie. Het omgekeerde is echter ook mogelijk. De activiteit coördinatie kan onderdeel uitmaken van de activiteit toezicht. Hiervan kan bijvoorbeeld sprake zijn wanneer er verschillende toezichthouders actief zijn bij een bouwproject.³ Het is dan van belang om de toezichtactiviteiten zodanig af te stemmen, te ‘coördineren’, dat ze effectief en efficiënt plaats vinden. Het gevaar ligt immers op de loer dat op de grensvlakken van de verschillende toezichtactiviteiten bepaalde aspecten niet worden gecontroleerd, dan wel dubbel worden gecontroleerd.

Conclusie

Hierboven bleek dat toezicht en coördinatie in bepaalde gevallen door een en dezelfde partij worden uitgevoerd en dat toezicht een onderdeel kan zijn van coördinatie en andersom. In dit onderzoek worden de twee activiteiten echter toch gescheiden behandeld. Tijdens het onderzoek is gebleken dat bij coördinatie en toezicht verschillende juridische leerstukken een rol spelen, die aparte behandeling rechtvaardigen. Er worden derhalve twee verschillende toetsingskaders gehanteerd voor toezicht en coördinatie.

DE OPZET VAN HET ONDERZOEK

Het houden van toezicht en het coördineren van het bouwproces zijn beide activiteiten die gericht zijn op de verbetering van de resultaten van het bouwproces. Toezicht houdt een controle in op de uitvoering van activiteiten in het bouwproces. Er wordt gecontroleerd of deze uitvoering van activiteiten voldoet aan daaraan gestelde eisen en hierdoor kunnen problemen met betrekking tot de bouwkwaliteit worden voorkomen. Ook met coördinatie wordt een oorzaak voor het ontstaan van

3 Een voorbeeld hiervan volgt in par. 1.2.1.

problemen in het bouwproces weggenomen, namelijk het niet op elkaar afgestemd zijn van bouwactiviteiten.⁴

Toezicht en coördinatie zijn er gelet op het bovenstaande kort gezegd op gericht om het bouwproces te verbeteren. Het is mogelijk de wijze waarop deze activiteiten juridisch zijn geregeld in overeenkomsten of in de wet en de wijze waarop deze activiteiten juridisch worden beoordeeld in de rechtspraak vanuit een puur juridisch perspectief te beschouwen. In dit onderzoek is er echter voor gekozen om de eerder genoemde essentie van toezicht en coördinatie, het verbeteren van de resultaten van het bouwproces, in ogenschouw te nemen, vanuit de idee dat het voor de organisatie en daarmee ook voor de resultaten van een bouwproces daadwerkelijk verschil maakt op welke juridische basis een bouwproces georganiseerd wordt. In zowel het deel waarin het toezicht aan de orde komt, als in het deel waarin coördinatie wordt behandeld, zal aan de hand van een casus uit de praktijk nader worden ingegaan op de relatie tussen het recht en het verloop van het bouwproces.

OVERKOEPELENDE ONDERZOEKSVRAAG

Uit de bovenstaande opzet van het onderzoek volgt dat het gericht is op de relatie tussen de juridische regeling van toezicht en coördinatie en het bereiken van projectresultaten. Dit levert de volgende onderzoeksvraag op:

Op welke wijze dienen toezicht en coördinatie juridisch geregeld te zijn om een optimale bijdrage te leveren aan het succes van bouwprojecten?

Deze vraag zal eerst gesplitst worden in een onderzoeksvraag voor het toezicht en een onderzoeksvraag voor coördinatie. Aan het eind van dit onderzoek zal de overkoepelende vraag beantwoord worden.⁵

4 Er bestaan, zoals zal blijken, ook relevante verschillen tussen toezicht en coördinatie.

5 Zie hoofdstuk 12.

Deel I: Toezicht

Hoofdstuk 1

Inleiding

1.1 INLEIDING OP HET HOOFDSTUK

Dit deel van het onderzoek heeft betrekking op het eerste deelonderwerp: het toezicht op het bouwproces. Ik zal in deze inleiding eerst ingaan op de vraag waarom het toezicht op het bouwproces onderzocht wordt en wat de aanleiding voor het onderzoek is. Vervolgens ga ik in op de afbakening en de opzet van het onderzoek. Tot slot worden enige opmerkingen gemaakt over de terminologie.

1.2 AANLEIDING VOOR HET ONDERZOEK

De aanleiding van het onderzoek wordt in twee stappen behandeld. Eerst wordt in algemene zin de problematiek rond coördinatie in het bouwproces geschetst. Vervolgens wordt een verbinding gelegd tussen coördinatieproblemen en het bouwrecht.

1.2.1 Toezichtproblemen in het bouwproces

Het houden van toezicht is een activiteit die in het dagelijks leven vaak plaatsvindt. In zeer veel uiteenlopende functies en rollen in onze samenleving vallen aspecten van toezicht te herkennen. Een strandwacht, boswachter, accountant, leraar, ouder, werkgever hebben bijvoorbeeld allemaal een toezichthoudende rol.¹ Een toezichthouder is niet per definitie afkomstig van de overheid, maar kan ook binnen of namens een onderneming of in de privésfeer optreden.² In het algemeen geldt dat deze toezichthoudende rollen te maken hebben met de naleving van bepaalde regels.³ Het doel van toezichthoudende activiteiten is te voorkomen dat er een situatie ontstaat waarin deze regels niet worden nageleefd. Het belang van het houden van toezicht komt daarom ook (gedeeltelijk) overeen met het belang van de regels die gesteld zijn.

1 Ruimschotel 2014, p. 4. Er zijn uiteraard nog veel meer voorbeelden te bedenken.

2 Ibid.

3 In de bovengenoemde voorbeelden kunnen deze regels bijvoorbeeld van belang zijn: een verbod om in bepaald water te baden, een jaagverbod, boekhoudkundige regels die fraude tegen moeten gaan, het maken van huiswerk, de afspraken die gelden binnen een gezin, afspraken over werktijden.

In een bouwproces werken verschillende partijen samen en zijn partijen afhankelijk van de mate waarin andere partijen afspraken nakomen.⁴ Het gaat dan bovendien niet zelden om grote belangen. Het verbaast daarom ook niet dat in bouwprojecten van oudsher toezichthouders worden ingezet. Een voorbeeld van hoe dit in de praktijk in zijn werk kan gaan, biedt het rapport van de Onderzoeksraad voor de Veiligheid over het onderzoek naar de instorting van de derde verdiepingvloer tijdens de bouw van de B-Tower in Rotterdam.⁵

Uit de analyse van de Onderzoeksraad blijkt dat de instorting te wijten was aan een ondeugdelijke ondersteuningsconstructie. De constructie kon de optredende belasting tijdens het storten van het beton niet dragen, omdat er een groot aantal schoren in één richting ontbraken.⁶ Uit het rapport blijkt dat er verschillende toezichthoudende partijen betrokken waren of dienden te zijn:

- De V&G-coördinerend aannemer was verantwoordelijk voor toezicht tijdens het gebruik van de steiger en het uitvoeren van periodieke inspecties⁷;
- De toezichthouder steigergebruik werkt onder verantwoordelijkheid van de steigergebruiker en voert controles uit, onder meer na wijzigingen en extreme weersomstandigheden;⁸
- Een adviesbureau was ingehuurd voor ondersteuning van het projectmanagement en het verzorgen van de directievoering en toezicht (bouwdirectie).⁹

Er waren ook nog twee overheidstoezichthouders betrokken bij de veiligheid op de bouwlocatie:

- De Dienst Stedenbouw en Volkshuisvesting van de gemeente Rotterdam houdt toezicht op de naleving van de bouwregelgeving. Dit toezicht is, aldus de Onderzoeksraad, complementair aan de kwaliteitsborging van de betrokken bouwpartijen en het toezicht door de opdrachtgever¹⁰;
- De Arbeidsinspectie, die in het kader van de naleving van de Arbowet een inspectie op de bouwlocatie heeft uitgevoerd (toen de ondersteuningsconstructie voor de derde verdiepingvloer nog niet in opbouw was)¹¹;

Uit de bovengenoemde opsomming blijkt dat verschillende partijen in meer of mindere mate betrokken zijn bij het toezicht op de bouw van een tijdelijke onder-

4 Om een simpel voorbeeld te geven: de opdrachtgever is er voor het in stand houden van zijn bouwwerk van afhankelijk dat de aannemer de afspraken omtrent het slaan van de fundering op een bepaalde diepte nakomt.

5 Onderzoeksraad Voor veiligheid 2012.

6 Ibid. p. 43.

7 Ibid. p. 26.

8 Ibid.

9 Ibid. p. 33.

10 Ibid. p. 32-33.

11 Ibid. p. 52.

steuningsconstructie voor een verdiepingsvloer.¹² Deze betrokkenheid kan voortvloeien uit contractuele verplichtingen, maar ook uit wettelijke taken en bevoegdheden.

Voor de gemeente was het toezicht op de ondersteuningsconstructie geen prioriteit:

‘Ondersteuningsconstructies kennen in het toezichtregime van de gemeente een lage prioriteit. De risicoanalyse in het Beleidsplan Vergunningen benoemt stempels/steigers voor de categorie complex nieuwbouw waarop de B-Tower was ingeschaald, als achterafpunt. Dit betekende dat er steekproefsgewijs tijdens de uitvoeringscontroles kan worden gecontroleerd. Op de B-Tower is dit niet gebeurd. De dienst Stedenbouw en Volkshuisvesting heeft in zijn toezicht op de bouw van de B-Tower geen aandacht besteed aan de uitvoering van de ondersteuningsconstructies.’

Een van de conclusies van de Onderzoeksraad met betrekking tot het functioneren van het toezicht laat zien waar het aan schortte bij de ondersteuningsconstructie van de B-Tower:

‘Er was veel toezicht van een groot aantal veiligheidskundigen van verschillende partijen, met veel overleg, maar wie toezicht hield op de steiger was onduidelijk. *‘Er bestond ten onrechte onderling vertrouwen op vermeende deskundigheid van collega-veiligheidskundigen.’* *‘Signalen over instabiliteit in de steiger bereikten niet de personen die hadden kunnen ingrijpen.’* De partijen hadden geen effectief veiligheidsbeheersysteem. Ook hadden deze private toezichhouders onvoldoende kennis van sterkte en stabiliteit van deze gecompliceerde steiger.’¹³

Voorts concludeert de Onderzoeksraad dat verschillende betrokken toezichthouders zich richtten op het veilig werken aan de steiger en niet of de steiger zelf veilig werd.¹⁴

De hierboven weergegeven problemen met het toezicht op de ondersteuningsconstructie, gebrekkige afstemming tussen verschillende toezichthouders, het buiten beschouwing laten van bepaalde aspecten in de toezichtbeoordeling en het niet informeren van toezichthouders over bepaalde problemen, zijn problemen waarover in de juridische sfeer afspraken kunnen worden gemaakt. De conclusie lijkt daarom gerechtvaardigd dat de wijze waarop gecontracteerd wordt over toezicht en de wijze waarop taken en verplichtingen van toezichthouders publiekrechtelijk worden vormgegeven, van invloed zijn op de effectiviteit van het toezicht. Met deze voorlopige conclusie wordt het onderwerp van de navolgende subparagraaf aangesneden: de problemen met toezicht gezien vanuit een juridisch perspectief.

12 Als wordt geëxtrapoleerd naar het gehele bouwproject kan aangenomen worden dat een aanmerkelijk groter aantal partijen betrokken is.

13 Onderzoeksraad Voor Veiligheid 2012, p. 69.

14 Ibid. p. 72.

1.2.2 Toezichtproblemen vanuit een juridisch perspectief

Voor het toezicht dat plaatsvindt, dient een juridische grondslag te zijn.¹⁵ Die grondslag kan naar gelang de aard van het toezicht gevonden worden in de wet of in een contract. Is sprake van een publieke toezichthouder, zoals de gemeente in de vorige subparagraaf, dan berust het toezicht op een wettelijke grondslag.¹⁶ Is sprake van een private toezichthouder, zoals de directievoerder in de vorige subparagraaf, dan zal de grondslag voor het toezicht gevonden moeten worden in de overeenkomsten die ten grondslag liggen aan het bouwproces.

Ter introductie van de juridische aspecten van toezicht wordt hierna ingegaan op de verhoudingen waarin toezicht een rol kan spelen.

1.2.2.1 In welke rechtsverhoudingen speelt privaatrechtelijk toezicht een rol?

In deze paragraaf zal op de rechtsverhoudingen tussen de verschillende bij privaatrechtelijk toezicht betrokken partijen worden ingegaan. Steeds wordt aangestipt op welke wijze een van de partijen nadeel zou kunnen ondervinden van falend toezicht. De juridische uitwerking van de aansprakelijkheidsrechtelijke vragen vindt plaats in hoofdstuk 4.

a) Opdrachtgever-aannemer

In de relatie tussen opdrachtgever en aannemer kan de aannemer op verschillende manieren nadeel ondervinden van falend toezicht dat door of namens de opdrachtgever wordt uitgevoerd. Ten eerste kan nadeel ontstaan doordat de opdrachtgever of diens toezichthouder bepaalde gebreken niet heeft onderkend. Het werk van de aannemer bevat dan gebreken, die het toezicht aan het licht had kunnen brengen en die de aannemer dan tijdig had kunnen herstellen. Een tweede wijze waarop nadeel zou kunnen ontstaan bij de aannemer, is als de toezichtshandelingen die door of namens de opdrachtgever worden uitgevoerd een belemmering vormen voor de voortgang van de uitvoering van het werk door de aannemer.

b) Opdrachtgever-toezichthouder (directievoerder)

In de verhouding tussen opdrachtgever en toezichthouder kan de opdrachtgever nadeel ondervinden van falend toezicht. De opdrachtgever heeft een werk dat niet ontdekte gebreken bevat, indien die gebreken niet door de toezichthouder aan het licht zijn gebracht.

15 Een toezichthouder moet immers informatie kunnen verzamelen en in kunnen grijpen.

16 In het geval van gemeentelijk bouwtoezicht de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht.

c) Toezichthouder-derde partij

Een derde partij kan schade lijden indien de aannemer fouten maakt die niet zijn onderkend door de toezichthouder. In de praktijk blijkt deze rechtsverhouding echter van ondergeschikt belang, omdat, gelet op het directere verband tussen het handelen van de aannemer en de schade, het aanspreken van de aannemer meer voor de hand ligt.¹⁷

1.2.2.2 In welke rechtsverhoudingen speelt publiekrechtelijk toezicht een rol?

In deze paragraaf zal op de rechtsverhoudingen tussen de verschillende bij publiekrechtelijk toezicht betrokken partijen worden ingegaan. Steeds wordt aangestipt op welke wijze een van de partijen nadeel zou kunnen ondervinden van falend toezicht. Daarbij wordt een onderscheid aangehouden tussen overheids-toezicht en privaats toezicht op de naleving van bouwregelgeving. De publieke of private hoedanigheid van de toezichthoudende partijen kan namelijk, zoals later zal blijken, van invloed zijn op de beoordeling van de aansprakelijkheid van die partijen. De juridische uitwerking van de aansprakelijkheidsrechtelijke vragen vindt plaats in hoofdstuk 5.

a) Toezichthouder-vergunninghouder

In de rechtsverhouding tussen de vergunninghouder en de gemeente als wettelijk toezichthouder kan de vergunninghouder op verschillende manieren nadeel ondervinden. Ten eerste is het mogelijk dat het ontwerp of het werk van de vergunninghouder gebreken bevat, die niet aan het licht zijn gebracht door het gemeentelijk bouwtoezicht. Voorts is nadeel mogelijk doordat het toezicht dat de gemeente houdt de vergunninghouder belemmert in de uitvoering van zijn werkzaamheden.

b) Toezichthouder-derde partij

Een derde partij kan door falend directie toezicht nadeel ondervinden indien de vergunninghouder fouten maakt die niet zijn onderkend door de toezichthouder of waartegen door de toezichthouder onvoldoende is opgetreden. Een voorbeeld is een derde die aanwezig is in een gebouw dat instort als gevolg van uitvoeringsfouten die niet door bouw- en woningtoezicht zijn onderkend.

c) Private toezichthouder-vergunninghouder

Ten tijde van dit onderzoek wordt een wetsvoorstel ontwikkeld waarin een verschuiving van het publiekrechtelijke bouwtoezicht van de gemeente naar private

17 Chao-Duivis 2016a, p. 252-253, Strang, in: *GS Onrechtmatige daad*, VIII.2, aant. 2.5.3.

beoordelingsinstanties is opgenomen.¹⁸ Ook in deze situatie kunnen aansprakelijkheidsvragen ontstaan, tussen de private toezichthouder en de vergunninghouder.

d) Private toezichthouder-derde partij

Indien privaats toezicht op de naleving van publiekrechtelijke normen mogelijk wordt, zullen mogelijk ook derden de private toezichthouder aansprakelijk willen stellen voor onzorgvuldig toezicht als gevolg waarvan zij schade hebben geleden.

1.3 ONDERZOEKSVRAAG

De onderzoeksvraag luidt als volgt:

Hoe moet de wijze waarop toezicht op het bouwproces wettelijk en contractueel is geregeld, worden beoordeeld aan de hand van maatstaven voor goed toezicht die afkomstig zijn uit het (bouw)management- en juridische domein?

Deze onderzoeksvraag valt uiteen in de volgende deelvragen:

1. Wat zijn de algemene kenmerken van toezicht?
2. Welke beginselen van goed toezicht kunnen worden onderscheiden en in hoeverre hebben die betrekking op bouwtoezicht?
3. Op welke wijze is het privaatrechtelijk bouwtoezicht op dit moment geregeld, hoe worden deze regelingen beoordeeld in rechtspraak en literatuur en in hoeverre is dit in overeenstemming met beginselen van goed bouwtoezicht?
4. Op welke wijze is het publiekrechtelijk bouwtoezicht op dit moment geregeld, hoe worden deze regelingen beoordeeld in rechtspraak en literatuur en in hoeverre is dit in overeenstemming met beginselen van goed bouwtoezicht?
5. In hoeverre is de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen in overeenstemming met de beginselen van goed bouwtoezicht?

1.4 PLAN VAN BEHANDELING

Dit deel van het onderzoek heeft betrekking op juridische vragen die van belang zijn in de rechtsverhoudingen waarbinnen de verschillende vormen van toezicht aan de orde komen. Bij deze rechtsverhoudingen wordt een onderscheid worden aangehouden tussen privaatrechtelijk en publiekrechtelijk toezicht, omdat het verschil in de grondslag voor het toezicht met zich brengt dat ook de aansprakelijkheid in beginsel op een andere grondslag (onrechtmatige daad bij publiekrechtelijk toezicht en contractuele aansprakelijkheid bij privaatrechtelijk toezicht) moet worden gegrond. Het privaatrechtelijk en publiekrechtelijk toezicht vinden kortom in een andere juridische context plaats, waardoor andere juridische vragen opkomen.

18 *Kamerstukken I 2016/17, 34 453, nr. A.*

Voorafgaand aan de behandeling van het privaatrechtelijk en publiekrechtelijk bouwtoezicht in hoofdstukken 4 en 5, zal in hoofdstuk 3 een toetsingskader, bestaande uit criteria van goed toezicht, worden geformuleerd. Waar mogelijk en waar van belang zullen deze criteria in de hoofdstukken 4 en 5 terugkomen in mijn eigen opvatting over wettelijke en contractuele regelingen en de rechtspraak en literatuur die daarop betrekking hebben. Om de beantwoording van de vraag welke rol de verschillende criteria van goed toezicht spelen expliciet te maken, wordt in de subparagrafen waarin mijn eigen opvatting aan bod komt steeds waar mogelijk afgesloten met een korte bespreking van de rol die de criteria van goed toezicht in de betreffende rechtsverhouding (dienen te) spelen.

1.5 DEFINITIES

Een algemeen geaccepteerde definitie van toezicht is: ‘het verzamelen van de informatie over de vraag of een handeling of zaak voldoet aan de daaraan gestelde eisen, het zich daarna vormen van een oordeel daarover en het eventueel naar aanleiding daarvan interveniëren’.¹⁹

Deze definitie van toezicht bestaat uit drie elementen. Het eerste element is het verzamelen van informatie over de vraag of een handeling of zaak voldoet aan de daaraan gestelde eisen. Het tweede element bestaat uit de beoordeling van de verzamelde informatie. Met deze twee elementen van toezicht is de toezichthouder in staat om te bepalen of de aan de zaak of handeling gestelde eisen nageleefd worden. Wanneer alleen deze twee elementen worden uitgevoerd wordt er gesproken van nalevingstoezicht.²⁰ Bij nalevingstoezicht wordt het derde element van toezicht, interveniëren naar aanleiding van de beoordeling van de gegevens over de zaak of handeling waarop toezicht wordt gehouden²¹, aan een derde persoon of instantie overgelaten.²² De toezichthouder onderneemt dan geen directe actie jegens de persoon wiens handelen of zaak onder toezicht staat. Indien de toezichthouder dit wel doet, wordt gesproken van handhavingstoezicht^{23, 24}.

19 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 831, nr. 1, p. 7. Zie ook Van Rossum 2005, p. 10-11, Giesen 2005, p. 20-21 en de daar besproken literatuur en Algemene Rekenkamer 2012, p. 46.

20 Van Rossum 2005, p. 12, die onder meer verwijst naar Jansen en Rogier/Hartmann/v.d. Hulst. Giesen 2005, p. 12 onder noot 5 laat overigens de vraag of er met alleen deze twee elementen al van toezicht kan worden gesproken in het midden.

21 Van Rossum 2005, p. 12.

22 Dit wordt ook wel signalerend toezicht genoemd, zie Algemene Rekenkamer 2012, p. 51.

23 Handhavingstoezicht wordt ook wel corrigerend toezicht genoemd, zie Algemene Rekenkamer 2012, p. 51.

24 Van Rossum neigt ernaar een onderscheid te willen maken tussen toezicht (nalevingstoezicht) en handhaving. Zie van Rossum 2005, p. 12. In dit onderzoek wordt voorlopig uitgegaan van de hierboven gegeven definitie die ook handhaving omvat.

Ruimschotel is, mijns inziens terecht, kritisch over de hierboven gegeven definitie van toezicht. Hij stelt dat teveel activiteiten onder deze definitie geschaard kunnen worden. Hij noemt als voorbeeld een alarm dat afgaat als de temperatuur boven een bepaalde waarde komt.²⁵ Toch wordt de definitie van toezicht zoals die gegeven is, gehanteerd in dit onderzoek. Ten eerste omdat het een breed geaccepteerde definitie is in de juridische literatuur. Ten tweede erkent ook Ruimschotel dat het niet goed mogelijk is een alternatieve definitie te formuleren, omdat het steeds mogelijk blijkt om voorbeelden te bedenken waaruit blijkt dat definities te eng dan wel te ruim zijn.²⁶ Tot slot is van belang dat de definitie zeer geschikt is om de handelingen die binnen toezicht plaatsvinden te ordenen.²⁷

Wel wordt een duidelijk onderscheid gemaakt tussen de drie verschillende activiteiten die samen toezicht vormen.

25 Ruimschotel 2014, p. 3.

26 Ibid. p. 28.

27 Ibid.

Hoofdstuk 2

Toezicht algemeen

2.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op enkele algemene aspecten van toezicht ter beantwoording van de volgende deelvraag:

Wat zijn de algemene kenmerken van toezicht?

In de eerste subparagraaf worden verschillende soorten van toezicht benoemd. In de tweede subparagraaf worden de partijen die belang hebben bij het toezicht besproken. Tot slot wordt ingegaan op het doel van toezicht.

2.1.1 Soorten toezicht

Toezicht heeft betrekking op de naleving van normen. Naar de aard van de normen wordt onderscheid gemaakt tussen privaatrechtelijk en publiekrechtelijk toezicht.¹ In het bouwproces speelt zowel publiekrechtelijk als privaatrechtelijk toezicht een rol. Publiekrechtelijk toezicht is gericht op de naleving van onder meer publiekrechtelijke regelgeving zoals de normen in het Bouwbesluit, de bouwverordening, de bouwvergunning en wordt in de meeste gevallen uitgevoerd door de gemeente. Privaatrechtelijk toezicht is gericht op de naleving van overeenkomst (vaak geconcretiseerd in bestekseisen) en wordt uitgevoerd door de opdrachtgever of namens hem door een private partij.

Naar de aard van de toezichthouder wordt eenzelfde onderscheid gemaakt tussen publiek en privaat toezicht. Indien de toezichthouder een bestuursorgaan is en uit hoofde van zijn wettelijke taak toezicht houdt, wordt gesproken van publiek toezicht. Indien het toezicht wordt gehouden door een private partij is er sprake van privaat toezicht.² Publiek toezicht en publiekrechtelijk toezicht hoeven niet per se samen te vallen. Toezicht op naleving van publiekrechtelijke normen kan gehouden worden door een private toezichthouder.³

1 Giesen 2005, p. 22 onder verwijzing naar De Moor-Van Vugt 2001, p. 2-4.

2 Giesen 2005, p. 21-22.

3 Bijvoorbeeld toezicht zoals uitgeoefend door Approved Inspectors in Engeland. Dit zijn private partijen die op naleving van publiekrechtelijke bouwregelgeving toezien. In Nederland is een wetsvoorstel in behandeling dat privaat toezicht op de naleving van het Bouwbesluit regelt, zie hierover par. 5.5. Zie ook Van der Heijden 2009 en Chao-Duivis & Strang 2013 voor studies naar dit onderwerp.

Het onderwerp van toezicht is volgens de werkdefinitie een handelen of een zaak. Concreet betekent dit in het bouwproces dat toezicht gericht kan zijn op systemen, processen en producten. Systeemtoezicht wordt gehouden op het systeem van projectmanagement van de opdrachtnemer.⁴ Procestoezicht is gericht op de wijze waarop het werkproces plaatsvindt. Producttoezicht is gericht op de output van het werkproces.⁵ Deze drie vormen van toezicht kunnen ook gecombineerd toegepast worden.⁶

Het onderscheid tussen preventief en repressief toezicht heeft betrekking op het moment van de toezichtshandelingen.⁷ Preventief toezicht houdt in dat een toezichthouder een bepaalde handeling van tevoren moet goedkeuren. Repressief toezicht is toezicht ‘achteraf’. Er heeft dan al een handeling plaatsgevonden, die eventueel gecorrigeerd dient te worden.

Er is ook een onderscheid naar de aanleiding voor toezicht mogelijk. Indien er geen concrete aanwijzingen zijn voor schending van normen op de naleving waarvan toezicht wordt gehouden, spreekt men wel van algemeen toezicht.⁸ Dit is bijvoorbeeld het geval als controles spontaan of periodiek plaatsvinden. Toezichtshandelingen in de situatie dat er wel specifieke aanwijzingen zijn dat er normen worden geschonden, worden aangeduid als concreet toezicht.

Voorts wordt onderscheid gemaakt tussen positief en negatief toezicht, of sturend en werend toezicht.⁹ Bij positief of sturend toezicht wordt beoogd om een bepaalde ontwikkeling te bevorderen of iets te garanderen. Bij negatief of werend toezicht wordt een bepaalde ontwikkeling tegengegaan of wordt beoogd een bepaalde gebeurtenis te voorkomen.

Het verschil tussen direct en indirect toezicht, ook wel eerstelijns - of tweedelijns-toezicht genoemd, is dat bij direct toezicht de toezichthouder de normadressaat controleert, terwijl bij indirect toezicht de toezichthouder een andere toezichthouder controleert, die op zijn beurt de normadressaat controleert.¹⁰

Tot slot kan dient hier ook nog de term stelseltoezicht verklaard te worden. Stelseltoezicht houdt in dat er toezicht wordt gehouden op een geheel van organisaties en arrangementen in een bepaalde sector.¹¹

4 Rijkswaterstaat 2007, p. 15.

5 Ibid.

6 Systeemgerichte contractbeheersing door Rijkswaterstaat is in veel gevallen een gecombineerde toepassing van deze drie verschillende vormen van toezicht.

7 Giesen 2005, p. 22. Zie ook Algemene Rekenkamer 2012, p. 49-50.

8 Van Rossum 2005, p. 40-41.

9 Algemene Rekenkamer 2012, p. 50.

10 Algemene Rekenkamer 2012, p. 49.

11 Algemene Rekenkamer 2012, p. 51.

2.1.2 Bij toezicht betrokken partijen

Bij toezicht zijn verschillende partijen betrokken en dus speelt toezicht een rol in verschillende rechtsverhoudingen, zoals bleek in het inleidende hoofdstuk. Bij privaatrechtelijk toezicht is er in de eerste plaats de verhouding tussen de opdrachtgever en de aannemer. De opdrachtgever is ten opzichte van de aannemer verantwoordelijk voor het namens hem gehouden toezicht. In de tweede plaats is er de verhouding tussen de toezichthouder¹² en de opdrachtgever, waarin toezichthouder tegenover de opdrachtgever verantwoordelijk is voor het door hem gehouden toezicht. Tot slot is er de verantwoordelijkheid van de toezichthouder jegens derde partijen. Die derde partij kan bijvoorbeeld een voorbijganger zijn, die getroffen wordt door een dakpan, omdat de aannemer de bouwplaats slecht verzorgde en de toezichthouder hier geen of onvoldoende toezicht op hield.

In een situatie van publiekrechtelijk toezicht is er in de eerste plaats de verhouding tussen bouw- en woningtoezicht en de vergunninghouder/vergunningaanvrager. Daarnaast kan toezicht een belangrijke rol spelen in de verhouding tussen bouw- en woningtoezicht en een derde partij.

Alle hier genoemde verhoudingen worden in dit onderzoek onder ogen gezien.

2.1.3 Doel van toezicht

In de literatuur hecht men belang aan het doel van zowel publiekrechtelijk als privaatrechtelijk toezicht.¹³ Bij publiekrechtelijk toezicht kan bijvoorbeeld de vraag spelen wat het doel is van toezicht op de naleving van een regel, indien met die regel wordt beoogd om veiligheidsbelangen en vermogensbelangen van een bepaalde groep mensen te beschermen. Het is dan mogelijk dat het toezicht is ingesteld met het oog op zowel de veiligheidsbelangen als de vermogensbelangen van die groep mensen, maar het is ook mogelijk dat het toezicht slechts met het oog op de veiligheidsbelangen toezicht wordt ingesteld.¹⁴

In een privaatrechtelijke situatie kan het voorkomen dat de opdrachtnemer die uitvoeringsfouten heeft gemaakt zich erop beroept dat de toezichthouder, die namens de opdrachtgever toezicht houdt, die uitvoeringsfouten ook niet heeft ontdekt. Ook in dat geval wordt in de literatuur gekeken naar het doel van toezicht.¹⁵ Dat doel is niet het beschermen van de opdrachtnemer tegen uitvoeringsfouten, maar is juist gelegen in de bescherming van de belangen van de opdrachtgever. Het is dan ook de vraag of de uitvoerder een beroep zal kunnen doen op dit toezicht. Dit is een van de vragen die onderwerp zal zijn van dit onderzoek.

12 Dit zal vaak de directievoerder zijn.

13 Giesen 2005, p. 31-35, Asser/Van den Berg 7-VI 2017, nr. 110.

14 Een dergelijke vraag kan zeer relevant zijn voor de toepassing van het relativiteitsvereiste. Zie hierover par. 5.2.5 en par. 5.4.4.

15 Asser/Van den Berg 7-VI 2017, nr. 110.

Er kunnen in het algemeen drie doelen van toezicht onderscheiden worden. Het is denkbaar dat met toezicht slechts wordt beoogd de naleving van, doorgaans in een regel neergelegd, gewenst gedrag te bevorderen. Overheden willen nu eenmaal dat door hen gestelde regels worden nageleefd. Waarschijnlijker is dat er een dieper liggend doel is en dat het toezicht in enige mate het doel deelt van de regel op de naleving waarvan toezicht wordt gehouden. Er zijn twee verschillende mogelijkheden. De eerste is dat het doel van toezicht overeenkomt met een gedeelte van het doel van de regel. De tweede is dat het doel van toezicht geheel overeenkomt met het doel van de regel. Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Een regel kan bijvoorbeeld tot doel hebben om zowel het milieu te beschermen tegen schadelijke stoffen als de veiligheid en gezondheid van personen te beschermen. Het toezicht op de naleving van deze regel kan bijvoorbeeld ingesteld worden om veiligheid van personen te waarborgen, en kan ook ingesteld worden om zowel personen als milieu te beschermen.

Voor privaatrechtelijk toezicht zal vaak gelden dat het doel ervan gelegen is in de bescherming van de belangen van de opdrachtgever van het toezicht¹⁶. Het definiëren van het doel van met name publiekrechtelijk toezicht kan problemen opleveren. Het doel van publiekrechtelijk toezicht zal moeten worden afgeleid uit onder meer de wet of de wetsgeschiedenis. Er kunnen echter verschillende redenen zijn, van arbitraire of politieke aard¹⁷, waardoor in de wetsgeschiedenis het doel van een regel niet of niet expliciet aan de orde is gekomen.

In de literatuur is nog een ander doel van toezicht genoemd: het scheppen en in stand houden van vertrouwen.¹⁸ Daarmee wordt bedoeld dat naast de naleving, ook het vertrouwen daarin een zelfstandig doel kan zijn. Bij publiekrechtelijk toezicht is inderdaad denkbaar dat dit het geval is. Het duidelijkste voorbeeld is in dit verband het toezicht in de financiële sector. Het vertrouwen van burgers in financiële instellingen is een voorwaarde voor het functioneren van het financiële systeem. Zodra het vertrouwen wegvalt, kan er een systeemcrisis ontstaan. Voor het publiekrechtelijke toezicht op het bouwproces geldt in mindere mate dat vertrouwen een doel is. Toch is voor de samenleving van belang dat bij burgers een zekere mate van vertrouwen in de kwaliteit van gebouwen bestaat, ongeacht of dat vertrouwen in alle gevallen terecht is. Bij privaatrechtelijk toezicht zal vertrouwen wel een gevolg zijn van toezicht maar niet een doel daarvan. Het gaat een opdrachtgever immers niet om zijn vertrouwen in de naleving van zijn wensen, maar om de daadwerkelijke naleving zelf.

16 Die vaak ook de opdrachtgever van het werk zal zijn.

17 R.o. 4.3.3. van de conclusie van A-G Timmerman bij HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008, 527, *Vie d'Or*, zie ook Scheltema Handelingen NJV 2005, p. 43.

18 Giesen 2005, p. 31-35, Mertens 2006, p. 13.

2.2 WAT HOUDT TOEZICHT FEITELIJK IN?

In paragraaf 1.5 bleek bij de beschrijving van de definitie van toezicht, dat toezicht feitelijk bestaat uit drie verschillende activiteiten: het verzamelen van informatie, de beoordeling van die informatie en het interveniëren wanneer de beoordeling daar aanleiding toe geeft. Deze drie elementen worden hieronder verder uiteengezet.

2.2.1 Het verzamelen van informatie

Er vallen veel zaken onder het algemene begrip informatie. Informatie kan op papier staan, zoals een bouwplan, een vergunningaanvraag of het verslag van een controle. De feitelijke fysieke situatie op de bouwplaats valt echter ook onder het begrip informatie als het gaat om toezicht.

Het verzamelen van informatie vindt bij traditioneel privaatrechtelijk toezicht plaats door de bouwplaats te bezoeken en bouwactiviteiten bij te wonen en te controleren. Dit kan gedurende het bouwproces plaatsvinden of bij de oplevering. Bij minder traditionele vormen van privaatrechtelijk toezicht, zoals systeem- en proces-toezicht, vindt het verzamelen van informatie plaats door auditachtige onderzoeken¹⁹, waarbij bijvoorbeeld informatie over de kwaliteitssystemen²⁰ van de opdrachtnemer en de verslaglegging van de door de opdrachtnemer zelf uitgevoerde controles worden verzameld.

Bij publiekrechtelijk toezicht vindt de verzameling van informatie in twee fasen plaats. In het kader van de verlening van de vergunning zal de aanvrager zelf informatie in moeten dienen. Hier wordt dus niet zozeer een actieve rol van de gemeente verwacht als wel van de aanvrager zelf. Uitvoeringstoezicht vindt plaats wanneer bouw- en woningtoezicht de bouwplaats bezoekt en daar controles uitvoert of belangrijke momenten in het bouwproces bijwoont.

2.2.2 De beoordeling van de verzamelde informatie

Zowel in een publiekrechtelijke als in een privaatrechtelijke context vindt de beoordeling van de verzamelde informatie plaats door de informatie over het handelen of de zaak te vergelijken met de wensen, normen, regels of voorschriften waarin is neergelegd waaraan het handelen of de zaak dient te voldoen. In het geval van publiekrechtelijk toezicht speelt het Bouwbesluit een belangrijke rol als toetsingskader voor de (voorgenomen) bouwactiviteiten. Bij privaatrechtelijk toezicht zijn de documenten waarin de opdrachtgever zijn eisen heeft neergelegd dan wel laten neerleggen het toetsingskader.

19 Zie hierna in par. 2.3.1.1.

20 Een kwaliteitssysteem betreft 'de organisatiestructuur, verantwoordelijkheden, procedures, processen en voorzieningen voor het ten uitvoer brengen van de zorg voor kwaliteit'. Zie Evers 2002, p. 25.

2.2.3 Handhaving

Handhaving vindt in het privaatrechtelijke toezicht plaats door of namens de opdrachtgever. Door de opdrachtgever of diens toezichthouder kan worden aangegeven of het werk naar het oordeel van de opdrachtgever in overeenstemming met de opdracht is. De opdrachtgever of diens toezichthouder kan echter ook een stap verder gaan en de aannemer aanvullende aanwijzingen geven, die bij navolging wel een resultaat hebben dat aan de overeenkomst beantwoordt.

In het publiekrechtelijke toezicht vindt handhaving plaats volgens de daarvoor geldende publiekrechtelijke regels. In de vergunningsfase zal handhaving de vorm krijgen van het niet verlenen van een vergunning. In de uitvoeringsfase heeft de gemeente verschillende opties²¹ en kan zelfs aan de vergunninghouder worden opgedragen het werk stil te leggen.

2.3 NIEUWE VORMEN VAN TOEZICHT IN HET BOUWPROCES

Toezicht wordt niet altijd met de term ‘toezicht’ aangeduid. Dit is met name het geval bij moderne ontwikkelingen, waarbij nieuwe vormen van toezicht oude vormen van toezicht vervangen. In deze paragraaf worden enkele van deze moderne vormen van toezicht kort geïntroduceerd.

2.3.1 Nieuwe vormen van privaatrechtelijk toezicht

2.3.1.1 Systeemgerichte contractbeheersing

Toezicht kan op verschillende niveaus plaatsvinden. Binnen systeemgerichte contractbeheersing wordt onderscheid gemaakt tussen toezicht op systeemniveau, procesniveau en productniveau.²² Hiermee wordt bedoeld dat de toezichthouder niet alleen het resultaat van de werkzaamheden van de opdrachtnemer controleert (productniveau), maar ook het kwaliteitssysteem waarmee de opdrachtnemer de kwaliteit van het werk borgt (systeemniveau) en het functioneren van de in dat kwaliteitssysteem beschreven processen (procesniveau). Deze verschuiving van toezicht naar een abstracter niveau roept de vraag op, wat de gevolgen zijn voor de aansprakelijkheidsverdeling tussen opdrachtgever en opdrachtnemer.

Door op een abstracter niveau toezicht te houden op de kwaliteitsborging zoals die door de opdrachtnemer zelf plaatsvindt, komt het toezicht op een grotere afstand te staan van de concrete fout die uiteindelijk tot schade leidt. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn, indien fouten op systeem- of procesniveau door de opdrachtgever over het hoofd worden gezien. Een fout op systeem- of procesniveau hoeft namelijk niet noodzakelijkerwijs te leiden tot een gebrek in het werk. Ook zonder een

21 Zie Afdeling 5.2 Algemene wet bestuursrecht.

22 Bijvoorbeeld Systeemgerichte contractbeheersing zoals toegepast door Rijkswaterstaat. Zie hierover meer uitgebreid par. 3.2.

bepaalde kwaliteitszorgmaatregel die een extra waarborg biedt voor de kwaliteit van een bepaald onderdeel van het werk is het bijvoorbeeld mogelijk dat dat onderdeel zonder gebreken tot stand komt. Deze omstandigheid kan van belang zijn in het kader van een eventuele discussie over aansprakelijkheid.

Tot slot kan bij deze toezichtfiguur nog worden opgemerkt dat het mogelijk is dat een traditionele toezichthouder door de aannemer wordt ingeschakeld als onderdeel van zijn kwaliteitsborgingssysteem. Op deze toezichthouder kan dan weer door de opdrachtgever op afstand toezicht worden gehouden volgens het systeem van contractbeheersing op afstand.

2.3.1.2 Verborgene Gebreken Verzekering met gebruikmaking van Technical Inspection Service

In het geval waarin er een Verborgene Gebreken Verzekering is afgesloten, speelt de vraag naar aansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht in de verhouding tussen aannemer en opdrachtgever geen of een beperkte rol.²³ De Verborgene Gebreken Verzekering, die in Nederland door ProRail wordt gebruikt, werkt als volgt.²⁴ De opdrachtgever of de opdrachtnemer²⁵ sluit een Verborgene Gebreken Verzekering af bij een verzekeringsmaatschappij. Deze verzekeringsmaatschappij dekt voor een periode van 10 jaar de schade die optreedt aan de constructieve delen. De verzekeringsmaatschappij stelt echter wel een voorwaarde aan de verzekering van het bouwwerk: de constructieve veiligheid dient te worden gecontroleerd door een Technical Inspection Service (TIS). Dit is een gespecialiseerd bouwtoezichtbureau dat zich in al zijn opdrachten alleen maar bezighoudt met toezicht op bouwprocessen. Doordat de TIS zich alleen maar bezig houdt met toezicht en nooit met bestekschrijven of ontwerpen, heeft de TIS een onafhankelijke positie ten opzichte van de andere bouwprocesdeelnemers. Voorts is in het kader van de onafhankelijkheid van belang dat de TIS in het systeem van de Verborgene Gebreken Verzekering het toezicht houdt ten behoeve van de verzekeringsmaatschappij, waardoor de TIS een onafhankelijke positie heeft ten opzichte van de bouwprocesdeelnemers als de architect en de aannemer. De onafhankelijkheid van de TIS wordt, evenals de deskundigheid en andere kwaliteitsaspecten van de TIS, geborgd via de Erkenningregeling TIS.²⁶

23 Afhankelijk van de dekking van de verzekering kan aansprakelijkheid voor toezicht toch een rol spelen.

24 Zie over de Verborgene Gebreken Verzekering Van den Berg & Overtoom 2006, Strang 2012, p. 780.

25 Op dit moment wordt de VGV door ProRail afgesloten. In de toekomst kan deze verantwoordelijkheid mogelijk bij de opdrachtnemer komen te liggen.

26 Deze Erkenningregeling wordt beheerd door CROW en is opgesteld met medewerking van alle betrokken partijen: onder meer verzekeraars, opdrachtgevers, opdrachtnemers, TIS-bureaus.

Doordat ProRail de mogelijkheid van regres door de verzekeraar heeft uitgesloten, speelt de discussie omtrent aansprakelijkheid van opdrachtgever, aannemer en toezichthouder geen rol. De schade die binnen de dekking van de verzekering valt, wordt alleen door de verzekeraar gedragen. Op een ander niveau kan de kwaliteit van het toezicht op de lange termijn wel een rol spelen. Een verzekeraar zal immers de hoogte van de premie gaan aanpassen naarmate hij op basis van ervaringsgegevens meer of minder vertrouwen heeft in een opdrachtnemer of een toezichthouder.

Indien regres door de verzekeraar niet zou zijn uitgesloten door de opdrachtgever, zou er wel ruimte zijn voor de verzekeraar om de opdrachtnemer of de toezichthouder aan te spreken en zou er ook voor de opdrachtnemer ruimte kunnen zijn om zich te beroepen op het ten behoeve van de verzekeraar gehouden toezicht.

2.3.2 Private kwaliteitsborging op grond van publiekrechtelijke normen

In het wetsvoorstel Wet kwaliteitsborging voor het bouwen²⁷ wordt een nieuwe vorm van publiekrechtelijk bouwtoezicht geïntroduceerd, namelijk het publiekrechtelijk bouwtoezicht dat wordt uitgevoerd door private partijen. In het wetsvoorstel is voorzien in een stelsel van toezicht waarin private kwaliteitsborgers aan de hand van bepaalde toegelaten instrumenten gaan beoordelen of bouwwerken voldoen aan de eisen die gesteld worden in het Bouwbesluit.

Op de uitgangspunten van het wetsvoorstel wordt uitgebreider ingegaan in paragraaf 5.5.

2.4 CONCLUSIE

Toezicht wordt gehouden met het oog op de naleving van regels die gesteld zijn ten behoeve van publieke of private belangen. Daartoe worden drie categorieën van activiteiten uitgevoerd:

1. het verzamelen van informatie
2. het beoordelen van de verzamelde informatie
3. het interveniëren indien de beoordeling daar aanleiding toe geeft.

In het volgende hoofdstuk komt de vraag aan de orde wanneer sprake is van goed toezicht. Uit dit hoofdstuk wordt duidelijk dat er verschillende toezichtactiviteiten zijn die op een goede manier moeten worden uitgevoerd, vooraleer er sprake kan zijn van goed toezicht.

27 *Kamerstukken I 2016/17, 34 453, nr. A.*

Hoofdstuk 3

Goed toezicht

In dit hoofdstuk wordt de volgende deelvraag beantwoord:

Welke beginselen van goed toezicht kunnen worden onderscheiden en in hoeverre hebben die betrekking op bouwtoezicht?

De vraag wat goed toezicht is, wordt in de literatuur en door de overheid vaak beantwoord aan de hand van beginselen die moeten worden toegepast bij de uitvoering van toezicht. Hieronder worden de volgende onderwerpen behandeld die een verschillend perspectief bieden op goed toezicht:

- Een breed opgezet onderzoek naar goed toezicht in het algemeen (par. 3.1);
- Onderzoek naar systeem- en proces­toezicht bij infrastructuurwerken (par. 3.2);
- Risicoanalyse als uitgangspunt van toezicht (par. 3.3)
- Onderzoek naar beginselen van goed toezicht op de financiële markt (par. 3.4);
- De kaderstellende visie van de rijksoverheid op goed toezicht (par. 3.5);
- Juridisch onderzoek naar toezicht (par. 3.6).

In paragraaf 3.7 worden de beginselen die in deze onderzoeken aan de orde komen in verband gebracht met toezicht in het bouwproces, waarbij de relevantie voor toezicht in het bouwproces aan de orde komt. Dit resulteert vervolgens in een toetsingskader voor een juridische regeling van toezicht in het bouwproces.

3.1 ONDERZOEK NAAR TOEZICHT ALGEMEEN

Ruimschotel heeft in 2014 een brede studie naar ‘goed toezicht’ gepubliceerd.¹ In deze studie laat Ruimschotel zien dat er bij een analyse van ‘goed toezicht’ heel veel verschillende gewenste kwaliteiten van toezicht denkbaar zijn.² De dominante kwaliteit van goed toezicht, het meest essentiële kenmerk, is volgens Ruim-

1 Ruimschotel 2014. Deze studie kent een brede opzet en behandelt bijvoorbeeld ook internationaal en zelfs goddelijk toezicht.

2 Ruimschotel 2014, p. 16 noemt 100 kwaliteiten, waarbij wordt opgemerkt dat de lijst nog verder uitgebreid kan worden.

schotel effectiviteit.³ Het toezicht moet een verschil maken, anders kan het net zo goed achterwege blijven.⁴

Deze effectiviteit wordt echter wel begrensd door andere beginselen zoals rechtmatigheid en proportionaliteit. Het plegen van een bepaalde interventie kan bijvoorbeeld effectief zijn, maar wanneer deze interventie onrechtmatig zou zijn, dan dient deze achterwege gelaten te worden.

Een belangrijk element voor de positionering van het toezicht is volgens Ruimschotel de onafhankelijkheid van het toezicht. Hiermee kan bedoeld worden op onafhankelijkheid ten opzichte van de beoordeelde partij (bijvoorbeeld een aannemer), maar ook op onafhankelijkheid ten opzichte van de normerende partij (bijvoorbeeld de overheid of een opdrachtgever).⁵ Hiermee wordt voorkomen dat oneigenlijke motieven een rol spelen bij bijvoorbeeld het beoordelen van informatie of de keuze om wel of niet te interveniëren.

Een ander belangrijk aspect in het kader van de positionering van toezicht is dat de taak van het toezicht helder omschreven moet zijn en dat er voldoende bevoegdheden zijn voor de toezichthouder om het toezicht op een adequate manier uit te voeren.⁶

Naast het perspectief van de werking en de positionering kan goed toezicht ook vanuit het perspectief van de uitvoering van toezicht gezien worden. In dit verband is het van belang om tot een goede toezichtstrategie te komen. Daarbij is onder meer van belang dat er een prioritering plaatsvindt op basis van risicoanalyse.⁷ Daarnaast is van belang dat een mix van instrumenten wordt gehanteerd. Hiermee wordt bedoeld dat er dus niet alleen fysieke of alleen administratieve controles plaatsvinden.⁸

Goed toezicht vereist tot slot adequate interventie, waarbij de onderzoeksmogelijkheden door de toezichthouder worden benut en corrigerend wordt opgetreden. Daarbij kan het nuttig zijn om te analyseren waarom er niet wordt nageleefd.⁹

3 Ruimschotel 2014, p. 20. Zie over de effectiviteit als belangrijke beleidslijn voor toezicht ook Mertens 2011, p. 78-79.

4 Op de vraag welk verschil toezicht precies moet maken zijn er verschillende antwoorden mogelijk, zodat er ook verschillende soorten effectiviteit zijn. Zie Ruimschotel 2014 p. 143-145.

5 Ibid. Het belang van onafhankelijkheid van de toezichthouder wordt veel breder gedeeld, zie Ambtelijke Commissie Toezicht 2001, p. 10-11, Mertens 2011, p. 119-122.

6 Ibid. p. 48.

7 Ibid. p. 160. Ervan uitgaande dat 100% controles niet mogelijk zijn, dan wel niet gewenst zijn vanuit een oogpunt van efficiëntie. Vgl. Winter & Mein 2017, p. 939.

8 Ibid. p. 189.

9 Ibid. p. 175-176.

3.2 EEN SYSTEEM- EN PROCESMATIGE BENADERING: DRIE NIVEAUS VAN TOEZICHT

Bouwtoezicht is risicogericht toezicht¹⁰, het is immers (onder meer) gericht op het voorkomen van veiligheidsrisico's en het naleven van wettelijke of niet-wettelijke normen. Daarnaast kan bouwtoezicht gekarakteriseerd worden als kwaliteitsgericht toezicht, omdat het gericht is op de kwaliteit van een bepaald product, het bouwwerk. Bouwtoezicht kan echter ook procesgericht toezicht zijn, wanneer het gericht is op de uitvoering van bepaalde activiteiten conform een bepaalde opzet of afspraak.¹¹ In deze paragraaf staat de procesmatige benadering van toezicht centraal, zoals die toegepast wordt door Rijkswaterstaat en die is onderzocht door Favié.¹²

Uitgangspunt van deze procesmatige benadering van toezicht, die wordt aangeduid met de naam systeemgerichte contractbeheersing, is dat het resultaat van bepaalde werkzaamheden goed zal zijn indien deze werkzaamheden volgens het juiste proces plaatsvinden. Een goede procesbeheersing is belangrijker voor het welslagen van een project dan een controle van het product achteraf.¹³ Deze verantwoordelijkheid voor het proces van uitvoering wordt bij de opdrachtnemer gelegd, die door middel van een goed projectmanagement moet voorkomen dat er gebreken ontstaan in het werk.

Binnen systeemgerichte contractbeheersing vinden er drie soorten toetsen plaats om het kwaliteitsmanagement, zoals dat door de opdrachtnemer wordt uitgevoerd, te controleren. De eerste toets is de systeemtoets. Deze toets heeft betrekking op het kwaliteitssysteem dat binnen het project wordt gehanteerd, het systeem voor het projectmanagement. Het gaat dan om de wijze waarop de organisatiestructuur, verantwoordelijkheden, procedures, processen en voorzieningen voor het ten uitvoer brengen van de zorg voor kwaliteit zijn beschreven.¹⁴ De tweede toets is de processtoets. Deze toets is gericht op het functioneren van de processen die beschreven zijn in het projectmanagementsysteem. Voorbeelden van een processtoets zijn het bijwonen/observeren van processen en het opvragen van beoordelingen van controles. Er zou bijvoorbeeld een verslag kunnen worden opgevraagd van een controle die door de opdrachtnemer zelf is uitgevoerd op de dikte van een asfaltlaag. Daarbij kan dan gecontroleerd worden of de controle heeft plaatsgevonden zoals die plaats had moeten vinden, welk resultaat de controle door de opdrachtnemer zelf had en in hoeverre deze controle volgens het kwaliteitsstelsel aanleiding had moeten geven tot vervolgacties. De derde toetsvorm is de producttoets. Bij deze toetsvorm wordt door de opdrachtgever bijvoorbeeld een meting op een product uitgevoerd en wordt het resultaat daarvan vergeleken met

10 Zie Ruimschotel 2014, p. 24.

11 Ibid.

12 Favié 2010.

13 Vgl. Meeuse-Simon 2004, p. 655.

14 Evers 2002, p. 25.

het meetresultaat van opdrachtnemer. In het hierboven gegeven voorbeeld kan de opdrachtgever dan zelf een boring uitvoeren om de dikte van een asfaltlaag te controleren.

Rijkswaterstaat voert een mix van deze drie soorten toetsen uit aan de hand van een toetsstrategie. Uitgangspunt is dat deze toetsstrategie risicogestuurd is en gedurende het project wordt bijgesteld aan de hand van bevindingen die volgen uit de toetsen. Indien de producttoetsen laten zien dat de toetsresultaten afwijken van de eigen toetsresultaten van de opdrachtnemer zoals die naar voren zijn gekomen in de procestoetsen kan het bijvoorbeeld raadzaam zijn om meer producttoetsen uit te voeren. In het algemeen zal een toetsstrategie eruit bestaan dat de nadruk gedurende het project verschuift eerst van systeemtoets naar procestoets en vervolgens van procestoets naar producttoets.¹⁵

Favié heeft onderzoek verricht naar systeemgerichte contractbeheersing. Hij concludeert op basis van hetgeen bij audits in projecten aan het licht is gekomen dat door die audits (systeem- en procestoetsen) waarschijnlijk grote gebreken in wegen of andere werken zijn voorkomen.¹⁶

Systeemgerichte contractbeheersing kan efficiënter worden ingericht wanneer de toetsstrategie optimaal is. Dat wil zeggen dat er minder producttoetsen worden uitgevoerd, wanneer blijkt dat die producttoetsen geen problemen aan het licht brengen.¹⁷ Hier is echter wel sprake van een spanningsveld met de effectiviteit van het toezicht. Bij een afname van de producttoetsen vermindert immers het aantal reality checks waaruit blijkt dat de opdrachtnemer zichzelf op een juiste manier controleert.¹⁸

3.3 EEN RISICOGESTUURDE BENADERING VAN TOEZICHT

In veel gevallen is er een zekere beperking aan de hoeveelheid tijd en middelen die besteed kunnen worden aan het houden van toezicht. Er zal derhalve vrijwel altijd een zekere vorm van prioritering plaats dienen te vinden.¹⁹ Het lijkt voor de hand te liggen dat deze prioritering plaatsvindt op basis van een risicobenadering door

15 Strang 2012, p. 779.

16 Favié 2010, p. 118.

17 Favié 2010, p. 118-119.

18 Zie over het belang van reality checks Chao-Duivis & Strang 2013, p. 60. Zie ook Strang 2012, p. 784 over de transparantieparadox, waarmee bedoeld wordt op het effect dat degene op wie systeemtoezicht wordt gehouden een prikkel heeft om niet transparant te zijn over negatieve resultaten van door hemzelf uitgevoerde controles, omdat hij dan mogelijk geconfronteerd wordt met voor hem nadelige maatregelen.

19 Priemus & Ale 2010, p. 119, Helsloot & Scholtens 2014, p. 31.

de grootste risico's meer aandacht te geven dan de kleinste risico's. In de literatuur wordt dan ook betoogd dat toezicht 'risicogestuurd' zou moeten plaatsvinden.²⁰

Het begrip risico wordt in de literatuur niet eenduidig gedefinieerd, maar duidelijk is dat het begrip betrekking heeft op de mogelijkheid dat een ongewenste gebeurtenis optreedt.²¹ De twee belangrijke elementen die de essentie van het begrip risico uitdrukken zijn derhalve:

1. een schadelijk geacht gevolg;
2. de waarschijnlijkheid dat een dergelijk gevolg zich voordoet.²²

Deze twee elementen kunnen voorts worden gebruikt voor het bepalen van de omvang van een risico.²³ Helsloot en Scholtens beschrijven een door de Wereldbank geadviseerde methodologie bij het hervormen van brand- en constructieveilighheidsbeleid.²⁴ In deze methode wordt voor een bepaalde activiteit het *worst case* risico, het statistisch te verwachten risico en het risico op niet-naleving in drie getallen uitgedrukt. Door deze getallen op te tellen is de omvang van een risico in één totaalgetal uit te drukken, welk getal kan dienen als grondslag van een door de toezichthouder te hanteren prioritering. Het analyseren van risico's kan op heel veel verschillende manieren plaatsvinden. In de literatuur zijn verschillende uitgangspunten, methodieken en werkwijzen van risicoanalyse beschreven.²⁵ Het voert voor dit onderzoek te ver om op al deze verschillende aspecten van risicoanalyse in te gaan. Duidelijk is echter dat sturing op risico's een belangrijke bijdrage kan leveren aan de effectiviteit en efficiëntie van toezicht.²⁶

Een belangrijke notie is echter dat toezicht niet helemaal blind kan varen op risicoanalyses. Risicoanalyses zijn immers gebaseerd op de gedachte dat risico's van tevoren dusdanig bekend zijn dat er een reële inschatting van gemaakt kan worden. De vooraf bekende risico's stemmen echter niet noodzakelijkerwijs altijd overeen met de daadwerkelijke risico's.²⁷ Het is daarom van belang dat een risicoanalyse regelmatig vernieuwd wordt, zodat er nieuwe ontwikkelingen in kunnen worden meegewogen.²⁸

-
- 20 Vgl. Strang 2012, p. 782. De termen 'risicogebaseerd' of 'risicogericht' komt men ook wel tegen.
- 21 Helsloot & Scholtens 2014, p. 38.
- 22 Ale 2009, p. 5 spreekt van 'a combination of consequences and probabilities'.
- 23 Op een eenvoudige manier door de kans en gevolg uit te drukken in cijfers en met elkaar te vermenigvuldigen, zie Ale 2009, p. 7.
- 24 Helsloot & Scholtens 2014, p. 42.
- 25 Zie bijv. Van Mil, Dijkzeul & Van der Pennen 2006.
- 26 Zie ook De Wolf & Honingh 2009, p. 54.
- 27 Ibid. p. 48-49.
- 28 Ibid. p. 56.

Een risicobenadering van bouwtoezicht kan op verschillende niveaus gehanteerd worden: op het niveau van de bouwsector als geheel, bij de verschillen tussen concrete bouwwerken onderling en binnen een bouwproject.

Op het niveau van de bouwsector kan worden nagedacht over de risico's die sectorbreed aanwezig zijn.²⁹ Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de analyses van de Onderzoeksraad Voor Veiligheid. De Onderzoeksraad ziet bijvoorbeeld het ontbreken van een centrale regisseur in het bouwproces en onvoldoende integraal procesmanagement als een probleem in de Nederlandse bouwsector getuige de aanbevelingen naar aanleiding van het hijsongeval in Alphen aan den Rijn.³⁰ Dergelijke sectorbrede risico's kunnen (mede) een zinvolle grondslag bieden voor prioritering van toezichtsactiviteiten in bepaalde projecten.

In de tweede plaats kan risicoanalyse een rol spelen bij het toewijzen van toezichtsmiddelen aan een bepaald risicovol bouwproject ten koste van een bepaald ander bouwproject. Deze vorm van prioritering speelt met name bij publiekrechtelijk toezicht, omdat de publieke toezichthouder zich op een groot aantal verschillende bouwprojecten dient te richten en de private toezichthouder in beginsel voor één bepaald project wordt gecontracteerd door zijn opdrachtgever.

Ten derde kan risicoanalyse gebruikt worden om toezichtsmiddelen te verdelen over verschillende bouwactiviteiten binnen een bepaald bouwproject. Ook binnen een bouwproject zal immers een prioritering van toezichtsactiviteiten plaats moeten vinden. Naargelang de risico's die met bepaalde bouwactiviteiten gemoeid zijn groter zijn, zullen die bouwactiviteiten op een hogere prioriteit van de toezichthouder kunnen rekenen.

Tot slot kan risicoanalyse gebruikt worden bij de keuze van interventiemiddelen. Bij grote risico's zal het eerder voor de hand liggen om zware interventiemiddelen in te zetten, dan bij kleine risico's.

3.4 ONDERZOEK NAAR MARKTTOEZICHT

De bouwsector is niet de enige sector waarin veel aandacht is voor toezicht. Zo is bijvoorbeeld in de financieel-economische sector toezicht aan de orde van de dag en is de mededinging tussen bedrijven en de bescherming van consumenten tegenover bedrijven onderwerp van markttoezicht.³¹ Op dit markttoezicht richt zich het in 2014 gepubliceerde promotieonderzoek van Aelen.³² Hoewel het hier een onderzoek naar toezicht buiten het bouwproces betreft, worden de door Aelen ge-

29 Vgl. in algemene zin Mertens 2014, p. 139.

30 Onderzoeksraad 2016, p. 8, 84.

31 Belangrijke toezichthouders zijn De Nederlandsche Bank, de Autoriteit Financiële Markten en de Autoriteit Consument en Markt.

32 Aelen 2014.

noemde beginselen hier behandeld, omdat in dit hoofdstuk niet het bouwtoezicht maar een breder ‘managementperspectief’ op toezicht centraal staat. Aelen onderscheidt drie beginselen van goed markttoezicht:

- Onafhankelijkheid;
- Transparantie;
- Accountability.

3.4.1 Onafhankelijkheid

Aelen stelt in het kader van de effectiviteit van het toezicht dat het van belang is dat de toezichthouder in staat wordt gesteld om objectief de aan hem toebedeelde taken te vervullen met het oog op het publieke belang.³³ Hiervoor is volgens haar onafhankelijkheid ten opzichte van politieke belangen of belangen van de sector vereist (oftewel het tegengaan van *capture*).³⁴

In dit verband kunnen verschillende zaken van belang zijn, zoals de deskundigheid van de toezichthouder, zodat een informatieasymmetrie tussen toezichthouder en sector wordt voorkomen³⁵, de mate waarin informele contacten plaatsvinden tussen toezichthouder en beoordeelde partij³⁶ en de mate waarin de toezichthouder zelf beslissruimte heeft.³⁷ Indien de toezichthouder meer beslissruimte heeft, wordt het immers aantrekkelijker te proberen hem te beïnvloeden. Een zekere mate van flexibiliteit en daarmee van beslissruimte heeft de toezichthouder echter nodig om effectief te kunnen opereren.³⁸ De toezichthouder moet zelf vanuit het oogpunt van effectiviteit invulling kunnen geven aan de snelheid, slagvaardigheid en proactiviteit van het toezicht.³⁹

Dit laatste heeft met name betrekking op de operationele onafhankelijkheid.⁴⁰ Daarnaast kan in het markttoezicht uitdrukking worden gegeven aan het onafhankelijkheidsbeginsel door de institutionele onafhankelijkheid van het toezicht te borgen, door de toezichthouder (formeel) op afstand te plaatsen van politiek en van beoordeelde partijen om belangenverstrengeling te voorkomen.⁴¹

33 Aelen 2014, p. 157.

34 Zie ook Mertens 2011, p. 120-121 over het risico van inkapseling, WRR 2013, p. 155-156.

35 Ibid. p. 229. De toezichthouder wordt anders te zeer afhankelijk van de informatie die door de beoordeelde partijen wordt verstrekt.

36 Ibid. p. 223.

37 Ibid. p. 222.

38 Ibid. p. 223.

39 Ibid. p. 157.

40 Ibid. p. 159.

41 Ibid. p. 158.

De mogelijkheden om institutionele en operationele onafhankelijkheid te bereiken, kunnen in het markttoezicht begrensd worden door de noodzaak van democratische legitimatie en door bijvoorbeeld het legaliteitsbeginsel.⁴²

3.4.2 Transparantie

Het transparantiebeginsel kan op verschillende manieren uitgewerkt worden. Aelen onderscheidt drie aspecten van transparantie van toezicht in haar onderzoek: (i) openbaarheid van toezicht in het belang van legitimiteit (ii) openbaarheid in het belang van rechtszekerheid en (iii) openbaarmaking en effectiviteit van toezicht.⁴³

i) transparantie in het belang van legitimiteit

Aan deze vorm van transparantie kan invulling worden gegeven door het stellen van eisen aan de verantwoording door toezichthouders aan de politiek, aan het openbaar maken van toezichtinformatie (waaronder besluiten), aan het motiveren van besluiten en het begrijpelijk formuleren van besluiten en andere documenten en ten slotte door het laten participeren van stakeholders en burgers.⁴⁴

ii) transparantie in het belang van rechtszekerheid

Toezicht kan betrekking hebben op de naleving van open normen. In bepaalde gevallen kan de norm dermate vaag zijn dat extra uitleg nodig is van de toezichthouder in welke gevallen zij op zal treden ten aanzien van het niet naleven van die norm.⁴⁵ Een nadere interpretatie van die norm door de toezichthouder kan dan uitkomst bieden. Deze dient er echter wel op bedacht te zijn dat hij zijn beslruimte niet teveel zal willen inperken.⁴⁶

iii) transparantie in het belang van effectiviteit van toezicht

Transparantie kan op verschillende manieren samenhangen met de effectiviteit van markttoezicht. In de eerste plaats zal de toezichthouder die open dient te zijn over zijn handelen (en daarmee in feite publieke verantwoording af te leggen) geprikkeld worden om op een effectieve manier toezicht te houden.⁴⁷ In de tweede plaats kan openheid over bijvoorbeeld sancties duidelijk maken hoe de toezichthouder een bepaalde norm interpreteert en kan er voorts mogelijk een afschrikwekkende werking van uitgaan.⁴⁸ Voorts kan het openbaar maken van sancties bijvoorbeeld consumenten informeren over bepaalde producten of praktijken. In het verlengde

42 Ibid. p. 236, p. 239.

43 Ibid. p. 334.

44 Aelen 2014, p. 338 verwijst in dit verband naar Prechal & De Leeuw 2008.

45 Aelen 2014, p. 339.

46 Ibid. p. 341.

47 Ibid. p. 343.

48 Ibid. p. 344.

hiervan is het ook mogelijk om bewust informatie over bepaalde normovertreders openbaar te maken en deze bij wijze van sanctie reputatieschade toe te brengen.⁴⁹

3.4.3 Accountability

Aelen beschouwt accountability als een vereiste van goed toezicht op basis waarvan publieke organen verantwoording moeten afleggen over hun gedrag.⁵⁰ Deze verantwoording bestaat uit drie elementen: het informeren van het forum waaraan verantwoording wordt afgelegd, het debatteren met dit forum en het nemen van maatregelen door dit forum.⁵¹ Diverse actoren kunnen een rol spelen in het proces van het afleggen van verantwoording. Zo kan verantwoording worden afgelegd aan de politiek, het publiek of de rechter. In het laatste geval spreekt Aelen van juridische accountability.

Deze juridische accountability kan leiden tot toezichthoudersaansprakelijkheid, indien het handelen van de toezichthouder een onrechtmatige daad oplevert. In 2012 is een wettelijke beperking van de aansprakelijkheid van DNB en AFM in werking getreden, waardoor onrechtmatige gedragingen alleen nog in geval van opzet of grove schuld kunnen worden toegerekend aan deze toezichthouders.⁵² De achtergrond van deze aansprakelijkheidsbeperking is dat financiële toezichthouders (meer dan andere toezichthouders) te maken hebben met een knellend toezichthoudersdilemma.⁵³ Een tweede argument voor de aansprakelijkheidsbeperking was dat toezichthouders daardoor ‘achteraf meer openlijk zelfkritisch verantwoording kunnen afleggen over hun handelen’.⁵⁴ Tot slot was de internationale context van belang. In andere landen is de aansprakelijkheid van financiële toezichthouders ook beperkt.⁵⁵ Wanneer de aansprakelijkheid van Nederlandse toezichthouders niet beperkt is, kan deze omstandigheid bijzonder nadelige effecten met zich brengen voor de Nederlandse toezichthouders, omdat het een internationale sector met grote financiële belangen betreft.

49 Ibid. p. 347.

50 Ibid. p. 364.

51 Aelen p. 364 verwijst in dit verband naar Busuioac 2012, p. 33.

52 Wet aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM en bonusverbod staatsgesteunde ondernemingen, *Stb.* 2012, 265.

53 De situatie waarin zowel het nemen van maatregelen als het achterwege laten daarvan nadelige gevolgen kan hebben in verband met de doelstellingen van het toezicht. Vergelijk HR 21 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3349, r.o. 3.4.4: ‘Bij dit laatste verdient opmerking dat de toezichthouder voor het ‘toezichthoudersdilemma’ kan komen te staan, waarbij de belangen van de cliënten enerzijds gediend zijn met maatregelen ter onverkorte naleving van de toepasselijke normen, maar die maatregelen anderzijds de continuïteit van de bedrijfsvoering van de aan toezicht onderworpen in gevaar brengen, hetgeen het belang van de cliënten kan schaden.’

54 Aelen 2014, p. 389.

55 Ibid.

Een argument dat tegen beperking van aansprakelijkheid kan worden ingebracht is dat van aansprakelijkheid een leereffect kan uitgaan.⁵⁶ Indien de rechter vaststelt dat de toezichthouder steken heeft laten vallen, dan kan deze toezichthouder maatregelen nemen om dergelijke fouten in de toekomst te voorkomen. Komt een zaak niet voor de rechter, dan bestaat de kans dat fouten niet of minder snel aan het licht komen en het hiervoor bedoelde leereffect achterwege blijft.⁵⁷

3.5 ZES PRINCIPES VAN GOED TOEZICHT GEHANTEERD DOOR DE OVERHEID

In 2001 verscheen de eerste kaderstellende visie op toezicht van de minister van Binnenlandse Zaken.⁵⁸ In deze visie, die relatief kort na de vuurwerkramp in Enschede en de cafébrand in Volendam verscheen, werden algemene eisen gesteld aan de inrichting en uitvoering van het overheidstoezicht aan de hand van drie principes: onafhankelijk toezicht, transparant toezicht en professioneel toezicht. In 2005 volgde een bijgestelde visie van de minister van Binnenlandse Zaken en werden zes principes van goed toezicht geformuleerd: selectief toezicht, slagvaardig toezicht, samenwerkend toezicht, onafhankelijk toezicht, transparant toezicht en professioneel toezicht.⁵⁹ Hieronder wordt toegelicht wat onder deze zes principes wordt verstaan in de kaderstellende visie.

3.5.1 Selectief toezicht

Volgens de kaderstellende visie heeft de overheid, wanneer zij regels stelt, in beginsel ook een verantwoordelijkheid voor de naleving ervan.⁶⁰ De overheid kan, indien dit mogelijk is, echter in meer of mindere mate aan partijen zelf de verantwoordelijkheid laten voor de naleving van regels. Het komt erop aan voor wat betreft de inrichting en uitvoering van het toezicht een op de situatie toegesneden keuze te maken. Dat betekent dat vanuit het oogpunt van effectiviteit en efficiëntie een keuze dient te worden gemaakt op welke wijze de overheid de toezichttaken uitvoert, waarbij risico's en kosten en baten worden afgewogen.

Andere aspecten waar aandacht voor kan zijn is dat toezicht zoveel mogelijk aansluit op andere vormen van controle en verantwoording en dat gerechtvaardigd gebleken vertrouwen tot minder toezicht kan leiden.⁶¹ Herhaaldelijke overtreders en partijen die het vertrouwen schenden moeten juist rekenen op scherper toezicht.⁶²

56 Zie bijv. het empirische onderzoek Trebus & Van Dijk 2014, par. 4.

57 Ook Giesen 2005, p. 162-163 kent belang toe aan accountability, o.a. omdat het goed is een externe partij de kwaliteit van het toezicht te laten bepalen.

58 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 831, nr. 1.

59 Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2005.

60 *Ibid.* p. 18.

61 *Ibid.* p. 19.

62 *Ibid.* p. 28.

3.5.2 Slagvaardig toezicht

Volgens dit principe is toezicht zacht waar het kan en hard waar het moet.⁶³ Toezichthouders stimuleren partijen om zelf de normen na te leven, maar dienen in te grijpen als de situatie dat vereist. De toezichthouder dient daartoe te beschikken over de bevoegdheden die nodig zijn om te interveniëren. Bij de inzet van deze bevoegdheden dient er, op basis van een zakelijke houding, een afgewogen oordeel te worden gevormd over de zwaarte en intensiteit van de interventie die door de toezichthouder wordt gepleegd, indien de normen overtreden worden.⁶⁴

3.5.3 Samenwerkend toezicht

De samenwerking waar dit principe betrekking op heeft, is de samenwerking tussen verschillende toezichthouders.⁶⁵ Deze samenwerking kan de toezichtslasten⁶⁶ verminderen, bij niet alleen de toezichthouders maar ook de partijen op wie toezicht wordt gehouden. Deze samenwerking kan op verschillende niveaus plaatsvinden. Er kan bijvoorbeeld sprake zijn van gegevensuitwisseling, maar ook van afstemming van toezichtsactiviteiten of het gezamenlijk uitvoeren van toezichtsactiviteiten. Deze samenwerking vereist wel een systematische voorbereiding aan de zijde van de toezichthouders.

3.5.4 Onafhankelijk toezicht

Overheidstoezichthouders functioneren binnen de grenzen van de ministeriële verantwoordelijkheid en zijn derhalve formeel niet geheel onafhankelijk. Hun materiële onafhankelijkheid komt volgens de kaderstellende visie vooral tot uiting in de wijze waarop zij hun rol en werkwijze binnen deze grenzen invullen.⁶⁷ Dit betekent dat de toezichthouder zijn drie taken, het verzamelen van informatie, het beoordelen van die informatie en het eventueel naar aanleiding van die beoordeling interveniëren, kan uitvoeren zonder dat ongeoorloofde beïnvloeding door andere partijen plaatsvindt.

3.5.5 Transparant toezicht

De transparantie heeft in de visie van de overheid betrekking op vijf aspecten: nut en noodzaak van toezicht, de waarborgen voor onafhankelijkheid, de keuzes, de bevindingen en het resultaat van toezicht.⁶⁸ De overheid legt bij transparantie

63 Ibid. p. 21.

64 Vgl. Ambtelijke Commissie Toezicht II 2005, p. 23-24 over een op naleving gerichte interventiestrategie.

65 Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2005, p. 22.

66 Ook in Ambtelijke Commissie Toezicht II 2005, p. 18-19 wordt aandacht gevraagd voor toezichtslasten.

67 Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2005, p. 24.

68 Ibid.

ook de connectie met verantwoording.⁶⁹ Door verantwoording af te leggen over de effectiviteit en doelmatigheid van gemaakte keuzes en de wijze waarop de toezichthouder heeft gefunctioneerd, worden de effecten en het profijt van toezicht inzichtelijk gemaakt.

3.5.6 Professioneel toezicht

Professionalisering van toezicht heeft betrekking op drie niveaus: de individuele toezichthouder, de toezichtsorganisatie en de beroepsgroep.⁷⁰ De individuele toezichthouder is volgens dit principe flexibel in zijn werkwijze en integer. De professionele toezichtorganisatie zal een visie moeten ontwikkelen op het toezicht dat de organisatie uitvoert en in dit verband oog moeten hebben voor de context waarin het toezicht plaatsvindt. Tot slot zal de beroepsgroep de vakdiscipline verder moeten blijven ontwikkelen.

3.6 EEN JURIDISCHE BENADERING

De relatie tussen recht en de invulling van het begrip ‘goed toezicht’ kan vanuit juridisch perspectief op verschillende wijzen worden benaderd. In de eerste plaats kan de vraag gesteld worden welke normen er voor toezichthouders voortvloeien uit juridische voorschriften. In de tweede plaats staat in het juridische domein de discussie centraal omtrent de vraag of aansprakelijkheid van toezichthouders überhaupt wenselijk is.

3.6.1 Juridische beginselen van behoorlijk toezicht

In haar preadvies over de civielrechtelijke aansprakelijkheid voor overheidstoezicht formuleert Van Rossum zowel vanuit een publiekrechtelijk perspectief als vanuit een privaatrechtelijk perspectief aan de hand van juridische normen uitgangspunten voor goed toezicht. De beide perspectieven worden hieronder toegelicht.

3.6.1.1 De zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW

Van Rossum stelt dat er vier gezichtspunten van belang zijn voor de beantwoording van de vraag of het toezicht in overeenstemming met de zorgvuldigheidsnorm heeft plaatsgevonden.⁷¹

69 Ibid. p. 25.

70 Ibid. p. 26.

71 Van Rossum 2005, p. 26.

a) doel en aard van het toezicht

Naarmate meer sprake is van gedragstoezicht⁷² zal het toezicht een intensiever en proactiever karakter krijgen.⁷³ Deze vaststelling moet echter niet zo worden begrepen dat de toezichthouder in alle gevallen handelend op zal moeten treden, of dat degenen op wie toezicht wordt gehouden hun verantwoordelijkheid af kunnen wentelen met een beroep op de proactiviteit waarmee het toezicht moest worden verricht.⁷⁴

b) de bevoegdheden van de toezichthouder

Een tweede relevant gezichtspunt is welke bevoegdheden de toezichthouder heeft. Wanneer deze beperkt zijn geformuleerd in de zin dat er echt sprake is van bevoegdheden en niet van verplichtingen dan kan dit een indicatie opleveren voor de mate van vrijheid die een toezichthouder heeft om wel of niet tot handelen over te gaan.⁷⁵

c) de mate waarin de toezichthouder zijn instrumentarium heeft benut

Dit gezichtspunt ligt in het verlengde van het voorgaande. Gegeven de mate van beleidsvrijheid die de toezichthouder heeft bij het uitvoeren van het toezicht, kan de vraag worden gesteld of de toezichthouder zijn instrumentarium voldoende heeft benut.⁷⁶ De mate waarin sprake is van beleidsvrijheid kan overigens niet alleen afhankelijk zijn van de wijze waarop de bevoegdheden van de toezichthouder zijn geformuleerd maar ook van de eventuele aanwezigheid van een ‘toezichthoudersdilemma’. Met deze term wordt bedoeld op de situatie waarin kort gezegd zowel het ingrijpen als het niet ingrijpen door de toezichthouder negatieve gevolgen kan hebben voor de partijen in wier belang het toezicht wordt gehouden.⁷⁷

72 Een vorm van toezicht waarin de gedragingen van partijen centraal staan en niet bijv. het bevorderen van de stabiliteit van een systeem waarbinnen de gedragingen van partijen plaatsvinden.

73 Van Rossum 2005, p. 28.

74 Ibid.

75 Ibid. p. 29.

76 Ibid.

77 Vgl. HR 21 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3349, r.o. 3.4.4:

‘Bij dit laatste verdient opmerking dat de toezichthouder voor het ‘toezichthoudersdilemma’ kan komen te staan, waarbij de belangen van de cliënten enerzijds gediend zijn met maatregelen ter onverkorte naleving van de toepasselijke normen, maar die maatregelen anderzijds de continuïteit van de bedrijfsvoering van de aan toezicht onderworpen in gevaar brengen, hetgeen het belang van de cliënten kan schaden. Bij de beoordeling van deze belangenafweging zal de rechter onder meer moeten betrekken in hoeverre de toezichthouder zelf ertoe heeft bijgedragen dat dit dilemma ontstond, bijvoorbeeld doordat deze ongunstige ontwikkelingen van structurele aard op hun beloop heeft gelaten.’

Voor de beantwoording van die vraag is niet alleen relevant welke beleidsvrijheid de toezichthouder heeft, maar ook in hoeverre die beleidsvrijheid in de weg staat aan het vol toetsen van het handelen van de toezichthouder.

d) de vraag of hij aan zijn onderzoeksplicht heeft voldaan

Dit gezichtspunt komt erop neer dat de risico's die in redelijkheid voorzienbaar zijn, door de toezichthouder worden onderkend en beheerst. Indien er een klacht is ingediend ten aanzien van een bepaald risico, zal de toezichthouder steeds handelend op moeten treden, zo stelt Van Rossum.⁷⁸

3.6.1.2 Publiekrechtelijke beginselen van behoorlijk toezicht

Omdat er bij overheidstoezicht sprake is van de uitoefening van een publiekrechtelijke taak, past bij de invulling van de zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW onder meer een publiekrechtelijke invalshoek, zo stelt Van Rossum.⁷⁹Zij formuleert drie publiekrechtelijke beginselen.

i) De toezichthouder doet in principe onderzoek naar iedere misstand wanneer een redelijk vermoeden van niet-naleving van wettelijke regels bestaat. Wanneer uit onderzoek blijkt dat wettelijke regels worden overtreden dient in beginsel corrigerend te worden opgetreden

Bij dit beginsel stelt Van Rossum de vraag of er een (beginsel)plicht tot handhaving bestaat. Uit de rechtspraak over de vuurwerkramp in Enschede blijkt dat de toezichthouder die kennis heeft van een overtreding niet in alle gevallen verplicht is tot handhaving, maar een afweging zal moeten maken van de betrokken belangen:

‘21.6 (...) Het al dan niet handhavend optreden tegen overtreding van bestemmingsplan- of bouwvergunningvoorschriften betreft een discretionaire bevoegdheid van de Gemeente. Zij is niet onder alle omstandigheden tot handhaving verplicht. Voor beantwoording van de vraag of zij op moet treden, moeten alle betrokken belangen worden afgewogen, waaronder de eventuele belangen van derden, het belang van de overtreder en het belang dat door de overtreden voorschriften wordt beschermd, dus het (algemeen) belang van de Gemeente. (...)’⁸⁰

78 Van Rossum 2005, p. 35.

79 Van Rossum 2005, p. 36.

80 Hof Den Haag 24 augustus 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN4316. Ook Van Rossum 2005, p. 40 betoogt dat als uitgangspunt bij een geconstateerde overtreding zal moeten worden opgetreden, maar dat steeds een afweging van betrokken belangen plaats zal moeten vinden.

Voorts raakt deze discussie aan het onderscheid tussen algemeen en concreet of specifiek toezichtsfalen⁸¹ en de beleidsvrijheid van de toezichthouder. Dit onderscheid wordt helder uitgelegd door de rechtbank Den Haag in een uitspraak uit 2006 over de vuurwerkramp in Enschede:

‘24.2 (...) Van algemeen toezichtsfalen kan worden gesproken, indien het bevoegde bestuursorgaan zijn wettelijke taken op dit gebied verwaarloost. Gelet op de aan het bestuur toekomende vrijheid bij de verdeling van de beschikbare financiële en personele middelen over verschillende beleidsterreinen, zal een dergelijke taakverwaarlozing slechts in uitzonderlijke omstandigheden onrechtmatig zijn jegens een individuele burger. Zodanige omstandigheden zijn echter ten aanzien van het gemeentebestuur niet gesteld of gebleken. De rechtbank zal zich daarom hierna wat betreft het gemeentelijk toezicht beperken tot specifiek toezichtsfalen. Daarbij moet worden gedacht aan het negeren van concrete aanwijzingen of het in de wind slaan van waarschuwingen dat bepaalde regels of voorschriften worden overtreden.’⁸²

De beleidsvrijheid van de overheidstoezichthouder is met name van belang in de situatie waarin de toezichthouder niet bekend is met overtredingen door de beoordeelde partij en de daaruit voortvloeiende risico’s op schade.⁸³ Een mooi voorbeeld uit de rechtspraak waaruit blijkt dat de toezichthouder bij concrete aanwijzingen van overtredingen minder beleidsvrijheid heeft, is het arrest van het Hof Den Haag over de brand bij Containers Masters Nederland.⁸⁴ Het Hof stelt voorop dat de toezichthouder (in dit geval DCMR, de Milieudienst Rijnmond) in beginsel een beleidsvrijheid toekomt, ook wanneer deze toezichthouder eenmaal een overtreding van de vergunningsvoorschriften heeft geconstateerd.⁸⁵ Er was echter sprake van een zodanige ernstige situatie dat een voortvarend optreden mocht worden verwacht van de toezichthouder dat achterwege is gebleven. De toezichthouder geeft onvoldoende inzicht van een belangenafweging en de belangen van degenen die beschermd werden door de voorschriften zijn geschaad:

‘6.5 De Gemeente c.s. hebben niet betwist dat de op 11 mei 1995 en 24 augustus 1995 aangetroffen situatie op de percelen van CMI acute en ernstige gevaren met zich bracht. In het licht van die acute en ernstige gevaren en de aanmerkelijke kans op ernstige schade die, gelet op de aard en de hoeveelheid van de bij CMI opgeslagen gevaarlijke stoffen, zou ontstaan indien deze gevaren zich zouden verwezenlijken, mocht in beginsel een voortvarend en dwingend optreden van de Gemeente en de DCMR verwacht worden, ook in de omstandigheden van 1995. Het hof constateert dat dat er niet is geweest. Werd in de brief van 13 juni 1995 immers nog naleving van de voorschriften geëist, daarvan was, waar het de belangrijkste voorschriften betrof, noch in het gesprek van 5 december 1995, noch in de brief van 8 februari 1996 meer sprake en het tijds-

81 Zie hierover Giesen 2005, p. 116 en Van Rossum 2005, p. 54.

82 Rb. Den Haag 13 december 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AZ4247.

83 Hoge Raad 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987.

84 Hof Den Haag 22 maart 2011, ECI:NL:GHSGR:2011:BP8578.

85 Zie r.o. 6.2.

verloop tussen de verschillende handhavingsacties geeft daarvan evenmin blijk. Na 24 augustus 1995 hebben geen controlebezoeken van het bedrijf meer plaatsgevonden; dwingend optreden is geheel achterwege gebleven. Onder deze omstandigheden had van de Gemeente c.s. in elk geval in hoger beroep een overtuigend betoog mogen worden verwacht, waarin hetzij was uiteengezet welke concrete, substantiële verbeteringen door hun optreden vóór 28 februari 1996 waren bereikt bij de naleving door CMI van de vergunningvoorschriften, hetzij was uiteengezet op grond van welke dwingende redenen van CMI niet kon worden verlangd zelfs maar de hoogst noodzakelijke maatregelen (zoals: het niet meer opslaan van bestrijdingsmiddelen, het aanbrengen van de vereiste brandblusmiddelen, het onmiddellijk aanstellen van een veiligheidsfunctionaris) te treffen en waarom het niet mogelijk was verdere controlebezoeken te plegen. Met een algemeen betoog, hoe breed ook uitgesponnen, over de beleidsvrijheid, aangevuld met een niet geconcretiseerde mededeling dat de situatie bij het bedrijf is verbeterd, kon niet worden volstaan, zeker niet in het licht van de bevindingen dat ten tijde van de brand een in verhouding tot de vergunningvoorschriften excessieve hoeveelheid oxiderende stoffen in de loodsen 27 en 29 was opgeslagen, dat de vereiste brandblusmiddelen ontbraken en dat de ruimte tussen de klampen nog steeds volstrekt onvoldoende was. In het licht van het bovenstaande is het hof van oordeel dat de Gemeente en de DCMR geen blijk hebben gegeven van een voldoende inzichtelijke belangenafweging en dat de belangen van degenen die door de vergunning worden beschermd, door het onvoldoende voortvarend en niet dwingend optreden van de Gemeente en de DCMR onevenredig zijn geschaad ten opzichte van het belang van CMI bij voortzetting van haar onrechtmatig handelen.(...)⁸⁶

ii) Het optreden van de toezichthouder moet berekenbaar zijn

Het tweede beginsel heeft betrekking op de bekendmaking door toezichthouders van de criteria die worden gehanteerd bij het toezicht.⁸⁷ Dit beginsel raakt aan de in paragraaf 3.4.2 genoemde rechtszekerheidsfunctie van transparantie. Zoals daar reeds werd opgemerkt bestaat er een spanningsveld tussen het verder invulling geven aan beleidsruimte door richtsnoeren of beleidsdocumenten en het behouden van de nodige flexibiliteit om effectief te kunnen blijven optreden.

iii) De gewone beginselen van algemeen bestuur zijn van toepassing

Bij dit beginsel stelt Van Rossum dat de gewone beginselen van algemeen bestuur uiteraard van toepassing zijn op publieke toezichthouders. Expliciet noemt zij het evenredigheidsbeginsel (art. 3:4 lid 2 Awb) aan de hand waarvan een evenwicht moet worden gevonden tussen de belangen van de partij op wie toezicht wordt gehouden en de partijen in wier belang het toezicht wordt gehouden.⁸⁸

86 Hof Den Haag 22 maart 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP8578.

87 Van Rossum 2005, p. 41-42.

88 Ibid. p. 42.

3.6.2 Argumenten voor en tegen aansprakelijkheid van toezichthouders

In paragraaf 3.4.3 is gebleken dat de accountability van toezichthouders een bijdrage kan leveren aan de kwaliteit van toezicht. De mogelijkheid van aansprakelijkheid van de toezichthouder kan derhalve instrumenteel zijn voor het bevorderen van goed toezicht. De aansprakelijkheid van publieke toezichthouders roept echter vragen op in de juridische literatuur. Deze discussie lijkt ingegeven door de omstandigheid dat bij toezichthoudersaansprakelijkheid altijd ook sprake is van een andere partij die verantwoordelijkheid draagt als primaire veroorzaker van de schade. De aansprakelijkheid van de toezichthouder kan in vergelijking met de aansprakelijkheid van de primair verantwoordelijke partij worden beschouwd als een ‘afgeleide aansprakelijkheid’.⁸⁹ In deze paragraaf worden de argumenten voor en tegen aansprakelijkheid besproken, waarna een weging van deze argumenten plaats zal vinden in een afsluitende tussenconclusie.

3.6.2.1 Argumenten voor aansprakelijkheid van toezichthouders

Bij de argumenten die de wenselijkheid van aansprakelijkheid van toezichthouders ondersteunen, wordt in de literatuur onder meer teruggegrepen op de doelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht.⁹⁰ De belangrijkste doelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht zijn preventie en compensatie.⁹¹

Preventie

De preventiefunctie van het schadevergoedingsrecht kan zich op twee verschillende manieren manifesteren. In de eerste plaats kan een partij die in het verleden een schadevergoeding heeft moeten betalen, hierdoor geprikkeld worden om in de toekomst zorgvuldiger te handelen en zo aansprakelijkheid te vermijden. In de tweede plaats kan het vooruitzicht van een mogelijke schadevergoedingsplicht ook al tot een dergelijke prikkel leiden. Deze gedachte van preventie is nauw verbonden met toezicht, omdat de functie van toezicht de preventie van niet-naleving van normen is. In het geval van toezicht is er echter sprake van een getrapte gedragsprikkel.⁹² In de eerste plaats wordt de toezichthouder geprikkeld om zijn toezichttaken zorgvuldig uit te voeren. Die zorgvuldige uitvoering van de toezichttaken levert vervolgens een prikkel op bij de partij op wie toezicht wordt gehouden. Een dergelijke getrapte prikkel is met name effectief, wanneer de partij op wie toezicht wordt gehouden eventuele schadevergoedingsclaims niet zal kunnen betalen.⁹³

89 Giesen 2005, p. 144.

90 Giesen 2005, p. 146-149, 157-160.

91 Zie Visscher 2005, p. 19.

92 Giesen 2005, p. 150.

93 Giesen 2005, p. 146-147.

Compensatie

Een tweede belangrijke functie van het aansprakelijkheidsrecht is de compensatie van als gevolg van onrechtmatige gedragingen geleden schade.⁹⁴ Benadeelde partijen worden op grond van het aansprakelijkheidsrecht gecompenseerd door partijen die verantwoordelijk zijn voor de onrechtmatige gedragingen die de schade hebben veroorzaakt. Indien de partij op wie toezicht wordt gehouden geen verhaal biedt, kan de aansprakelijkheid van de toezichthouder ervoor zorgen dat benadeelde partijen worden gecompenseerd.⁹⁵

3.6.2.2 Argumenten tegen aansprakelijkheid van toezichthouders

In de literatuur is een drietal belangrijke argumenten naar voren gebracht die pleiten tegen aansprakelijkheid van de toezichthouder:

- het *floodgates*-argument;
- de bijzondere dilemma's waarmee de toezichthouder te maken heeft;
- mogelijk negatieve gevolgen op het gedrag van toezichthouders (defensief toezicht)

Het floodgates-argument

Met dit argument wordt bedoeld op de vrees dat er een claimcultuur ontstaat waarin overheden (of andere partijen) in toenemende mate voor grote bedragen aansprakelijk worden gehouden. Deze uitdijning van het aansprakelijkheidsrecht laat zich in zijn algemeenheid moeilijk onderbouwen en lijkt in het geval van aansprakelijkheid van publieke toezichthouders niet gerechtvaardigd.⁹⁶

Het toezichthoudersdilemma

Een tweede argument dat ingebracht zou kunnen worden tegen aansprakelijkheid van toezichthouders is het gegeven dat toezichthouders zich (meer dan andere partijen) gesteld zien voor complexe afwegingen. In de literatuur wordt dit argument niet als bijzonder sterk beschouwd.⁹⁷ De moeilijke afwegingen die een toezichthouder worden immers al meegewogen in de toetsing van het handelen van de toezichthouder aan de zorgvuldigheidsnorm, onder meer door de beleidsvrijheid in dat kader mee te wegen.⁹⁸

94 Van Dam 2006, p. 144. Giesen 2005, p. 157-158 kent aan dit argument slechts ondersteunende werking toe, omdat het er in de eerste plaats om dient te gaan of compensatie nodig is.

95 Dit geldt te meer in het geval van publieke toezichthouders die in het algemeen diepe zakken hebben.

96 Giesen 2005, p. 154, Van Dam 2006, p. 153.

97 Van Dam 2006, p. 150.

98 Zie hierover eerder par. 3.6.1.2.

Defensief toezicht

Een laatste argument dat tegen aansprakelijkheid van toezichthouders wordt ingebracht is de vrees dat die aansprakelijkheid leidt tot defensief gedrag bij toezichthouders.⁹⁹ Dat defensieve gedrag zou er dan uit bestaan dat toezichthouders zich meer bezig houden met het vermijden van aansprakelijkheidsclaims dan met het op een juiste manier uitvoeren van toezichttaken. Er zijn echter geen redenen om aan te nemen dat een dergelijk effect zich in de praktijk daadwerkelijk voordoet.¹⁰⁰

3.6.2.3 Tussenconclusie: aansprakelijkheid van toezichthouders

Op basis van bovenstaande argumenten lijken er geen redenen aanwezig om de aansprakelijkheid van publieke toezichthouders uit te sluiten of te beperken.

3.7 CONCLUSIE: BEOORDELINGSKADER JURIDISCHE REGELING TOEZICHT

In dit hoofdstuk stond de volgende deelvraag centraal:

Welke beginselen van goed toezicht kunnen worden onderscheiden en in hoeverre hebben die betrekking op bouwtoezicht?

In deze paragraaf wordt deze vraag in twee stappen beantwoord. Eerst worden de elementen benoemd die van belang zijn voor goed toezicht. Vervolgens worden die elementen samengevoegd tot een beoordelingskader. Met dit beoordelingskader kan in het vervolg van dit onderzoek een beoordeling plaatsvinden van de wijze waarop toezicht in het bouwproces juridisch is geregeld.

3.7.1 Elementen van belang voor het beoordelingskader

In deze paragraaf worden de in de voorgaande paragrafen besproken inzichten geordend en wordt vastgelegd of en op welke wijze beginselen van goed toezicht die aan de orde kwamen, toegepast kunnen worden op toezicht in het bouwproces.

a) Effectiviteit

Het belangrijkste vereiste voor goed toezicht is, zo bleek in par. 3.1, dat het effectief is. Voor de vraag wanneer toezicht effectief is, is van belang wat de aard en het doel van het toezicht zijn. In het algemeen hangt dit doel samen met de naleving van bepaalde voorschriften. Toezicht dat tot gevolg heeft dat er meer wordt nageleefd, heeft een positief effect en kan in die zin effectief genoemd worden.¹⁰¹

99 Giesen 2005, p. 156-157, Van Dam 2006, p. 150-152.

100 Van Dam 2006, p. 151-152. Zie ook het empirische onderzoek waarvan verslag wordt gedaan in Trebus & Van Dijck 2014, par. 5.

101 Uiteraard zijn er meer specifieke doelstellingen van toezicht mogelijk, met bijvoorbeeld bepaalde nalevingspercentages. Het toezicht is dan pas effectief in het

Een juridische regeling die de effectiviteit van het toezicht bevordert leidt tot beter toezicht dan een juridische regeling die geen invloed heeft op de effectiviteit van het toezicht of zelfs een negatieve invloed heeft op de effectiviteit van het toezicht.

Voor de vraag wanneer toezicht effectief is in het bereiken van de doelstellingen van het toezicht is relevant of sprake is van privaatrechtelijk of publiekrechtelijk toezicht. In het eerste geval is het doel van het toezicht namelijk gerelateerd aan de aan het toezicht ten grondslag liggende privaatrechtelijke rechtsverhouding tussen opdrachtgever en toezichthouder en derhalve aan de particuliere belangen van de opdrachtgever. In het tweede geval zal het doel van toezicht voortvloeien uit publiekrechtelijke regelgeving en derhalve gerelateerd zijn aan algemene of publieke belangen. Het is van belang om de juiste belangen centraal te (blijven) stellen bij toezicht.¹⁰²

b) Onafhankelijkheid

Een belangrijke voorwaarde voor effectief toezicht is dat het toezicht in onafhankelijkheid wordt uitgevoerd.¹⁰³ Wanneer de toezichthouder zijn activiteiten niet in onafhankelijkheid kan uitvoeren, dan bestaat het risico dat zijn professioneel oordeel op oneigenlijke gronden beïnvloed wordt door de beoordeelde partij of door een andere partij.¹⁰⁴ Dit kan afbreuk doen aan de effectiviteit van het toezicht.

c) Deskundigheid

Voor goed toezicht is voorts vereist dat de toezichthouder deskundig is.¹⁰⁵ In het bouwtoezicht betekent dit dat de toezichthouder voldoende kennis moet hebben van het bouwproces en de toepasselijke bouwvoorschriften. De toezichthouder moet immers de redelijk voorzienbare risico's kunnen onderkennen en daar zijn toezichtstrategie op aan kunnen passen.¹⁰⁶ Daarnaast kan de deskundigheid betrekking hebben op algemene kennis van het toezicht als discipline. De toezichthouder dient bijvoorbeeld een op het werk toegesneden risicogestuurde toetsstrategie op te stellen.

Voorts is van belang dat bij een gebrek aan deskundigheid bij de toezichthouder een informatieasymmetrie ontstaat tussen toezichthouder en beoordeelde partij.

bereiken van de doelstelling wanneer dat percentage wordt behaald. Zie hierover uitgebreid Ruimschotel 2014, p. 143-145.

102 Mertens 2014, p. 137.

103 Zie par. 3.1, 3.4.1, 3.5.4. Zie ook Faure 2007, onder verwijzing naar May & Winter 1999.

104 Vgl. de methodiek van de Technical Inspection Service (TIS) waarin een zware eis van onafhankelijkheid geldt: de TIS houdt zich alleen bezig met toezicht en niet met (ander) advieswerk, ook niet in andere projecten, zie Strang 2011, p. 40.

105 Zie par. 3.4.1, 3.5.6. Vgl. Winter & Mein 2017, p. 939.

106 Zie par. 3.6.1, par. 3.1.

Een dergelijke asymmetrie brengt het risico van beïnvloeding van de toezichthouder door de beoordeelde partij met zich.

d) Toezicht op verschillende niveaus

Bouwwerken zijn het resultaat van een bouwproces dat er idealiter op ingericht is zo goed mogelijke bouwkwaliteit te leveren. Bouwkwaliteit is met andere woorden altijd het resultaat van een proces. Indien dit proces op de juiste wijze plaatsvindt, leidt dit in beginsel tot een kwalitatief goed resultaat. De toezichthouder kan hierop inspelen door een extra dimensie toe te voegen aan zijn toezichtsactiviteiten en niet alleen de resultaten op productniveau te controleren, maar ook op systeem- en procesniveau controles uit te voeren.

e) Randvoorwaarden: voldoende bevoegdheden en middelen voor effectief toezicht

De mate waarin het toezicht daadwerkelijk effectief kan zijn heeft voorts te maken met de bevoegdheden van de toezichthouder.¹⁰⁷ Die bevoegdheden hebben in de eerste plaats betrekking op het verzamelen van relevante informatie. Een toezichthouder heeft toegang nodig tot documenten of tot fysieke plaatsen om deze informatie te kunnen verzamelen. Hiervoor is de medewerking van andere partijen vereist, die in het uiterste geval moet kunnen worden afgedwongen. Voor de tweede soort handelingen die de toezichthouder uitvoert, het analyseren van de verzamelde informatie, is in beginsel geen bevoegdheid vereist, nu het een feitelijke handeling betreft waarvoor geen medewerking van andere partijen vereist is. Voor het derde type handelingen, het plegen van een interventie naar aanleiding van de beoordeling van de informatie, kunnen weer wel bevoegdheden vereist zijn. Als een toezichthouder bijvoorbeeld het werk stil wil leggen in verband met veiligheidsrisico's, zal hiervoor een juridische grondslag moeten bestaan.

Voldoende bevoegdheden zijn niet de enige randvoorwaarde voor effectief toezicht. Een toezichthouder die wel de bevoegdheden heeft, maar niet de middelen, zal zijn toezichttaken onvoldoende uit kunnen voeren.¹⁰⁸ Het uitvoeren van toezichthandelingen kost immers tijd en geld. Tussen de van het toezicht verwachte taken en de daarvoor beschikbare capaciteit dient een reële verhouding te bestaan.¹⁰⁹ Bovendien is tijdige inschakeling van een toezichthouder in het bouwproces vereist, omdat naarmate het fysieke bouwproces vordert, bepaalde elementen lastiger of niet meer te controleren zullen zijn.¹¹⁰

107 Zie par. 3.6.1, par. 3.1.

108 Vgl. Winter & Mein 2017, p. 939.

109 WRR 2013, p. 158-159.

110 Een fundering kan bijvoorbeeld niet meer gecontroleerd worden als er al overheen is gebouwd.

f) Risicogestuurd toezicht

Bij toezicht zal over het algemeen een balans moeten worden gevonden tussen effectiviteit en efficiëntie.¹¹¹ In veel gevallen zal een toezichthouder niet de middelen hebben om 100% van het werk te controleren. De toezichthouder zal daarom prioriteiten moeten stellen en een keuze moeten maken welke controles wel en welke niet worden uitgevoerd. De toezichthouder dient zich hierbij te laten leiden door een analyse van de risico's bij het betreffende werk.¹¹² Deze risicoanalyse kan op verschillende wijzen plaatsvinden afhankelijk van de omstandigheden van het geval.¹¹³ Voorts kunnen in dit verband meespelen het doel en de aard van het toezicht. Risico's die buiten het (primaire) doel van het toezicht vallen, zullen geen of een lagere prioriteit moeten krijgen dan de specifieke risico's ter voorkoming waarvan het toezicht is ingesteld.

g) De intensiteit van het toezicht

Toezicht kan met meer of minder intensiteit plaatsvinden.¹¹⁴ De keuze om op een bepaald aspect meer of minder intensief te controleren zal afhankelijk zijn van het doel en aard van het toezicht, de risico's die samenhangen met dat aspect en de bevoegdheden en de middelen die de toezichthouder ter beschikking staan.

h) Interventie

Goed toezicht vereist een adequate interventie indien uit de beoordeling van de toezichthouder volgt dat niet wordt nageleefd.¹¹⁵ Een eerste gezichtspunt voor wat adequaat is in dit verband is dat de interventie effectief moet zijn en de beoordeelde partij daadwerkelijk aan zal moeten zetten tot wel naleven.¹¹⁶

Vanuit het perspectief van de beoordeelde partij is er vooral behoefte aan een interventie die niet verder gaat dan nodig is. Een interventie die verder gaat dan nodig is veroorzaakt lasten bij de beoordeelde partij die vermeden hadden kunnen worden.

Het komt dus aan op een afweging van de belangen die beschermd worden met het toezicht en de belangen van de beoordeelde partij.¹¹⁷

111 Zie par. 3.3, 3.5.1.

112 Zie eerder ook Strang 2012, p. 782.

113 Zie hierover uitgebreid Ruimschotel 2014, p. 155-161.

114 Zie par. 3.5.1, 3.6.1.

115 Zie par. 3.1, 3.5.2, 3.6.1.

116 Gelet op wat hiervoor onder a werd opgemerkt.

117 Zie par. 3.6.1.2. Van Rossum noemt in dit verband het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb in een publiekrechtelijke context als grondslag. Vgl. ook het principe 'slagvaardig toezicht' in par. 3.4.2 ('zacht waar het kan, hard waar het moet').

i) Samenwerking met andere toezichthouders

Ook in het bouwtoezicht is het mogelijk dat er door verschillende partijen toezicht wordt gehouden. In paragraaf 1.2.1 kwam de casus van de B-tower in Rotterdam aan de orde. In die casus waren er drie private partijen met een toezichthoudende rol en waren voorts twee overheidstoezichthouders betrokken. In een dergelijk geval is het van belang om tot een afstemming te komen van de verschillende toezichtsactiviteiten.¹¹⁸ Daarmee wordt voorkomen dat bepaalde problemen op het grensvlak van de toezichtsactiviteiten buiten beeld blijven, of dat bepaalde activiteiten dubbel worden uitgevoerd, hetgeen hogere toezichtslasten voor de beoordeelde partij met zich kan brengen.

j) Transparantie en verantwoording

In een privaatrechtelijke context zal deze transparantie en verantwoording met name richting de opdrachtgever van het toezicht betracht moeten worden. Het toezicht wordt immers in zijn opdracht en in zijn belang uitgevoerd.

In een publiekrechtelijke context zal de verantwoording en transparantie met name op het publiek en de politiek gericht moeten zijn.

k) Aansprakelijkheid

Juridische accountability is een van de aspecten die bij kan dragen aan goed toezicht.¹¹⁹ Een toezichthouder wordt immers geprikkeld om zijn werk op een goede manier uit te voeren, indien hij geconfronteerd kan worden met een schadeclaim als hij steken laat vallen.¹²⁰ Argumenten voor beperking van de aansprakelijkheid, zoals die in het financiële toezicht aanwezig zijn, lijken in de context van het bouwproces geen relevantie te hebben.¹²¹

Aansprakelijkheid van de toezichthouder, of in een privaatrechtelijke context aansprakelijkheid van degene aan wie het toezichtsfalen in een bepaalde rechtsverhouding kan worden toegerekend, is eerder aan de orde indien de toezichthouder concrete wetenschap heeft van het niet-naleven van een voorschrift dan wanneer de toezichthouder als gevolg van bijvoorbeeld een verkeerde prioritering niet op de hoogte is geraakt van de niet-naleving.¹²²

118 Zie par. 3.4.3.

119 Zie par. 3.4.3.

120 Zie par. 3.6.2.1.

121 Zie voor deze argumenten par. 3.4.3. Zo is er niet de internationale context van financiële markten en lijkt ook het toezichthoudersdilemma minder knellend dan in het financiële toezicht.

122 Vgl. par. 3.6.1.2 waar aan de orde kwam dat het als verwijtbaarder wordt beschouwd om niet adequaat in te grijpen bij concrete wetenschap van overtredingen dan bij een algemeen toezichtsfalen.

Tot slot

Hierboven zijn karakteristieken gegeven van goed toezicht die van belang zijn voor hoe het toezicht juridisch geregeld wordt. Hiermee is niet gezegd dat partijen in allerlei rechtsverhoudingen ook aanspraak kunnen maken op al deze aspecten van goed toezicht. Juridische overwegingen kunnen een rol spelen om in een bepaalde rechtsverhouding een beginsel van goed toezicht geen juridische grondslag te geven. Bovendien is denkbaar dat bepaalde beginselen van goed toezicht met elkaar kunnen conflicteren, in die zin dat het verbinden van een juridisch gevolg aan een toezichtshandeling ertoe leidt dat aan het ene beginsel wel wordt voldaan en aan het andere beginsel niet.

3.7.2 Toetsingskader voor toezicht

Uit de voorgaande paragrafen vloeit het volgende toetsingskader voor toezicht voort.

1. Goed toezicht op het bouwproces vereist dat er een positief effect uitgaat van het toezicht op de naleving van voorschriften.
2. Goed toezicht op het bouwproces vereist dat dit toezicht in onafhankelijkheid wordt uitgevoerd.
3. Goed toezicht op het bouwproces vereist dat de toezichthouder over voldoende deskundigheid beschikt.
4. Goed toezicht op het bouwproces vereist niet alleen toezicht op productniveau, maar ook op systeem- en procesniveau.
5. Goed toezicht op het bouwproces vereist dat de toezichthouder over voldoende bevoegdheden beschikt om relevante informatie te verzamelen en indien nodig adequaat te interveniëren.
6. Goed toezicht op het bouwproces vereist dat de toezichthouder over voldoende tijd en middelen beschikt om het toezicht op zorgvuldige wijze te doen plaatsvinden.
7. Goed toezicht op het bouwproces vereist dat het toezicht risicogestuurd plaatsvindt.
8. Goed toezicht op het bouwproces vereist dat het toezicht met voldoende intensiteit wordt uitgevoerd.
9. Goed toezicht op het bouwproces vereist dat er adequaat wordt geïntervenieerd wanneer de beoordeelde partij de betreffende normen niet naleeft.
10. Goed toezicht op het bouwproces vereist dat, wanneer er meerdere toezichthouders zijn, deze samenwerken teneinde hun toezichtsactiviteiten onderling af te stemmen.
11. Goed toezicht op het bouwproces vereist dat de toezichthouder verantwoording aflegt aan zijn hiërarchisch bovengeschiedte partij.
12. Goed toezicht op het bouwproces vereist dat de toezichthouder aansprakelijk gesteld kan worden indien er als gevolg van gebrekkig toezicht schade ontstaat en dat aansprakelijkheid eerder aan de orde is bij wetenschap van niet-naleving.

Hoofdstuk 4

Privaatrechtelijk toezicht op het bouwproces vanuit een juridisch perspectief

In dit hoofdstuk wordt de volgende deelvraag beantwoord:

Op welke wijze is het privaatrechtelijk bouwtoezicht op dit moment geregeld, hoe worden deze regelingen beoordeeld in rechtspraak en literatuur en in hoeverre is dit in overeenstemming met beginselen van goed bouwtoezicht?

Met privaatrechtelijk toezicht op het bouwproces wordt bedoeld, zo bleek in par. 2.1.1, op het toezicht dat wordt gehouden op de naleving van regels die in privaatrechtelijke verhoudingen zijn gesteld. In het geval van privaatrechtelijk toezicht in het bouwproces gaat het derhalve om het toezicht dat wordt gehouden op de naleving van de eisen die in de overeenkomst zijn gesteld.

In dit hoofdstuk wordt eerst ingegaan op het juridische kader, de contractuele regels die (kunnen) gelden tussen de opdrachtgever en aannemer en tussen de opdrachtgever en de toezichthouder. Dit juridische kader zal beoordeeld worden aan de hand van de criteria van goed toezicht die zijn geformuleerd in paragraaf 3.7.2. Vervolgens wordt specifiek het aansprakelijkheidsrechtelijke aspect van privaatrechtelijk toezicht onder de loep genomen aan de hand van verschillende gevalssituaties.

4.1 HET JURIDISCH KADER

In deze bespreking van het juridische kader wordt eerst ingegaan op rechtsverhouding tussen opdrachtgever en aannemer en vervolgens op de rechtsverhouding tussen opdrachtgever en toezichthouder.

4.1.1 De rechtsverhouding tussen opdrachtgever en aannemer

De overeenkomst tussen opdrachtgever en aannemer bevat de voorschriften die de aannemer bij de uitvoering van de overeenkomst dient na te leven. Die voorschriften zijn neergelegd in de besteksdocumenten, die een vertaling vormen van de wensen van de opdrachtgever. Bij een traditioneel model wordt doorgaans op de naleving van de voorschriften door de opdrachtgever, of namens hem door diens toezichthouder, toegezien. Bijna altijd zal er bij de oplevering van het werk

een controle plaats vinden, maar het toezicht kan ook al plaatsvinden gedurende de uitvoering van de overeenkomst. De UAV 2012 gaan er bijvoorbeeld van uit dat ook in de uitvoeringsfase al directietoezicht plaatsvindt. Bij een geïntegreerd contractmodel is het opstellen van (een deel van) het ontwerp ook onderdeel van de overeenkomst. De opdrachtgever staat dan doorgaans meer op afstand van de uitvoering van de opdracht en eventueel toezicht namens hem is dan ook in de UAV-GC 2005 op een andere manier geregeld.¹

In de verscheidene regelingen die van toepassing kunnen zijn in de relatie tussen opdrachtgever en aannemer worden op verschillende wijzen gevolgen verbonden aan het door of namens de toezichthouder uitgevoerde toezicht. Hieronder wordt ingegaan op achtereenvolgens de UAV 2012, de UAV-GC 2005, de titel aanneming van werk in het BW, en de Principles of European Law Service Contracts (PEL SC) die inmiddels zijn vastgesteld in het Draft Common Frame of Reference (DCFR).

4.1.1.1 Overeenkomst tussen opdrachtgever en aannemer: de UAV 2012

Paragraaf 3 lid 1 van de UAV 2012 bepaalt dat de opdrachtgever gerechtigd is een of meer personen aan te wijzen om als directie op te treden. Hoewel de UAV 2012 uitgaan van de veronderstelling dat een directie zal worden aangewezen is deze bepaling als een bevoegdheid en niet als een verplichting van de opdrachtgever geformuleerd. Dat de UAV 2012 het aanwijzen van een directie niet verplicht stellen blijkt voorts uit par. 3 lid 9, waarin bepaald wordt dat indien de opdrachtgever geen gebruik heeft gemaakt van zijn in het eerste lid bedoelde bevoegdheid, de opdrachtgever daar, waar in de UAV 2012 sprake is van de directie, in haar plaats treedt. In dat geval kan de aannemer, zo blijkt uit par. 3 lid 2 UAV 2012, wel mogelijk aanspraak maken op bijbetaling, indien door het niet aanwijzen van een directie meer van hem wordt verlangd dan redelijkerwijs van hem kan worden gevergd.

Eén van de taken van de directie is het houden van toezicht op de aannemer, zo blijkt uit par. 3.6 UAV 2012:

De directie oefent het toezicht uit op de uitvoering van het werk en op de naleving van de overeenkomst.

Bij de toetsing van de regeling in de UAV 2012 wordt ervan uitgegaan dat toezicht door de directie plaatsvindt.

1 In CROW 2005, p. 70, wordt opgemerkt dat opdrachtgever veel minder actief betrokken hoeft te zijn bij het feitelijk controleren van werkzaamheden in de uitvoeringsfase.

1) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat er een positief effect uitgaat van het toezicht op de naleving van voorschriften.

De tekst van par. 12 lid 1 en 2 van de UAV 2012 luidt als volgt:

1. Na de dag, waarop het werk overeenkomstig het bepaalde in § 10, eerste of tweede lid, als opgeleverd wordt beschouwd, is de aannemer niet meer aansprakelijk voor tekortkomingen aan het werk.
2. Het in het eerste lid bepaalde lijdt uitzondering indien sprake is van een gebrek:
 - (a) dat toe te rekenen is aan de aannemer en
 - (b) dat bovendien ondanks nauwlettend toezicht tijdens de uitvoering dan wel bij de opnemings van het werk als bedoeld in § 9, tweede lid, door de directie redelijkerwijs niet onderkend had kunnen worden
en waarvan
 - (c) de aannemer binnen een redelijke termijn na de ontdekking mededeling is gedaan.

In deze paragraaf wordt kort gezegd eerst bepaald dat na oplevering de aannemer in beginsel niet meer aansprakelijk is voor tekortkomingen. Dit uitgangspunt lijdt uitzondering wanneer aan een drietal voorwaarden is voldaan, waarvan in het kader van toezicht de tweede voorwaarde relevant is: dat het gebrek ondanks nauwlettend toezicht tijdens de uitvoering of bij de oplevering niet onderkend had kunnen worden.

Een dergelijke bepaling kan problematisch zijn in het kader van de effectiviteit van toezicht. Feitelijk wordt immers de aannemer als verweer tegen aansprakelijkheid toegekend dat er toezicht is gehouden. Dit betekent dat de aannemer als er toezicht wordt gehouden mogelijk minder geprikkeld zal worden om de eisen in de overeenkomst na te leven, omdat de aannemer in het geval van toezicht een juridisch verweermiddel tegen aansprakelijkheid heeft.

Een dergelijke aansprakelijkheidsregeling kan het doel van het toezicht, het naleven van de gestelde eisen, negatief in plaats van positief beïnvloeden, waardoor het toezicht inboet aan effectiviteit.

Op dit punt voldoen de UAV 2012 derhalve niet aan de vereisten voor goed toezicht.²

2) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat dit toezicht in onafhankelijkheid wordt uitgevoerd.

De eis van onafhankelijkheid is gesteld om te voorkomen dat er oneigenlijke motieven meespelen in de overwegingen van de toezichthouder. In beginsel zal er op basis van de UAV 2012 geen aanleiding zijn te veronderstellen dat de namens de opdrachtgever handelende directievoerder oneigenlijke aspecten laat meewegen

2 Zie ook toetscriterium 12 hierna.

in het toezicht. In beginsel voldoet de regeling in de UAV 2012 derhalve aan de vereisten voor goed toezicht.

In bepaalde gevallen, bijvoorbeeld als de directie ook verantwoordelijk is voor de coördinatie van het bouwproces³ en daarmee ook in een bepaalde mate voor de voortgang van het bouwproces, is het denkbaar dat er andere motieven mee gaan spelen dan slechts de naleving van eisen uit de overeenkomst.⁴

3) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat de toezichthouder over voldoende deskundigheid beschikt.

De UAV 2012 stellen geen eisen aan de deskundigheid van de toezichthouder. De (in veel gevallen ondeskundige) opdrachtgever is immers niet verplicht een directievoerder aan te stellen, hetgeen betekent dat het toezicht ook door een ondeskundige opdrachtgever mag worden uitgevoerd.

Het deskundigheidsniveau van de directievoerder is een onderwerp dat geregeld dient te worden in de overeenkomst tussen de directievoerder en de opdrachtgever.

Aan dit vereiste zal de UAV 2012 derhalve niet getoetst worden.

4) Goed toezicht op het bouwproces vereist niet alleen toezicht op productniveau, maar ook op systeem- en procesniveau.

Hierboven bleek dat de directie volgens par. 3 lid 6 UAV 2012 toezicht houdt op ‘de uitvoering van het werk en de naleving van de overeenkomst’. Denkbaar is dat de overeenkomst eisen bevat ten aanzien van kwaliteitssystemen en dat de directie daar op grond van bovenstaande bepaling op mag controleren. De UAV 2012 lijken echter uit te gaan van controles door het bijwonen van bouwactiviteiten⁵ en niet van controles van kwaliteitssystemen en de daarin beschreven processen.⁶ De directievoerder zal echter wel toegang moeten krijgen tot de documenten waarin deze systemen en processen zijn beschreven wil hij controles op systeem- en procesniveau goed kunnen uitvoeren.

Op dit punt voldoen de UAV 2012 derhalve niet aan de vereisten voor goed toezicht.

3 Zie par. 31 lid 2 UAV 2012:
‘Tenzij in het bestek anders is bepaald, geschiedt de coördinatie van in elkander grijpende werken door de directie.’

4 Denkbaar is bijvoorbeeld dat een directie die onder druk staat om een door hem ontstane achterstand ten opzichte van de tijdsplanning goed te maken, genoeg neemt met een iets mindere kwaliteit van bepaalde onderdelen van het bouwwerk.

5 Zie bijv. par. 3 lid 8 UAV 2012.

6 Zie ook Jansen 2014, p. 27 waar gesteld wordt dat de UAV 2012 onvoldoende aansluit bij systeemgerichte contractbeheersing.

5) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat de toezichthouder over voldoende bevoegdheden beschikt om relevante informatie te verzamelen en indien nodig adequaat te interveniëren.

De bevoegdheid om toezicht te houden (als onderdeel van directievoering) staat in het Nederlandse bouwcontractenrecht niet ter discussie.⁷ In verschillende UAV-bepalingen wordt invulling gegeven aan de toezichtbevoegdheden.⁸

In dit verband is relevant dat de directie op grond van par. 3 lid 8 UAV 2012 kan bepalen dat door haar aan te duiden werkzaamheden niet mogen worden uitgevoerd dan in tegenwoordigheid van de directie of van door haar aangewezen personen.

Voor het geval dat de directie het vermoeden heeft dat het werk niet voldoet aan de eisen in de overeenkomst bepaalt par. 33 UAV 2012 dat de aannemer verplicht is de maatregelen te nemen of te gedogen, die nodig zijn om vast te stellen of zulks al dan niet het geval is. Deze bepaling biedt de directie de bevoegdheid om voldoende informatie te verzamelen om daadwerkelijk te kunnen vaststellen of sprake is van het niet naleven van de eisen uit de overeenkomst.

Voorts heeft de directie voldoende bevoegdheden om adequaat te interveniëren. In par. 6 lid 2 UAV 2012 wordt namelijk bepaald dat de aannemer verplicht is het werk uit te voeren volgens de door de directie te verstrekken en de door haar goed te keuren tekeningen en dat hij verplicht is de orders en aanwijzingen op te volgen, die hem door de directie worden gegeven.

Specifiek met betrekking tot bouwstoffen zijn bevoegdheden van de directie opgenomen in par. 17 en 18 UAV 2012. In par. 17 lid 2 UAV 2012 is bepaald dat indien en voor zover in het bestek is bepaald dat bouwstoffen gekeurd moeten worden, de aannemer de bouwstoffen niet mag verwerken voor ze zijn goedgekeurd. In par. 18 UAV 2012 is de procedure van keuring uiteengezet.

Tot slot kan ook nog worden gewezen op de in par. 9 UAV 2012 opgenomen verplichting⁹ van de opdrachtgever om een keuring uit te voeren in het kader van de opnemings van het werk.¹⁰ De opdrachtgever kan het werk goedkeuren of goedkeuring onthouden. Par. 9 lid 6 UAV 2012 bepaalt dat wanneer de opnemings niet binnen de in de UAV 2012 voorgeschreven termijn wordt uitgevoerd, het werk wordt geacht te zijn goedgekeurd. Par. 8A lid 1 UAV 2012 voorziet in aanwezigheid van de directie bij de beproeving van technische installaties.

Op dit punt voldoen de UAV 2012 aan de vereisten voor goed toezicht.

7 Jansen 1998, p. 193.

8 Zie ook Jansen 1998, p. 194-198.

9 Of preciezer: de Obliegenheit.

10 Jansen 1998, p. 205-206.

6) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat de toezichthouder over voldoende tijd en middelen beschikt om het toezicht op zorgvuldige wijze te doen plaatsvinden.

Dit vereiste voor goed toezicht zal geregeld moeten worden in de rechtsverhouding tussen de toezichthouder (de directievoerder in het geval van de UAV 2012) en de opdrachtgever. Aan dit vereiste zal de UAV 2012 derhalve niet getoetst worden.

7) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat het toezicht risicogestuurd plaatsvindt.

Dit vereiste voor goed toezicht heeft betrekking op de wijze waarop de toezichthouder het toezicht uit zal moeten voeren en hier is geen bijzondere bevoegdheid ten opzichte van de aannemer vereist. Dit aspect zal daarom geregeld moeten worden in de rechtsverhouding tussen de toezichthouder (de directievoerder in het geval van de UAV 2012) en de opdrachtgever. Aan dit vereiste zal de UAV 2012 derhalve niet getoetst worden.

8) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat het toezicht met voldoende intensiteit wordt uitgevoerd.

De UAV 2012 beperken de toezichthouder niet in het meer of minder intensief uitvoeren van het toezicht. Met welke intensiteit het toezicht moet worden uitgevoerd, zal moeten blijken uit de opdracht van de opdrachtgever aan de toezichthouder.

De UAV 2012 verlangen weliswaar dat het toezicht ‘nauwlettend’ wordt uitgevoerd (par. 12 lid 2), in die zin dat de opdrachtgever aanspraken kan verliezen op de aannemer wanneer het toezicht niet nauwlettend wordt uitgevoerd. Nauwlettend toezicht in de zin van par. 12 UAV 2012 is echter een kwalificatie die betrekking heeft op de zorgvuldigheid waarmee het toezicht wordt uitgevoerd en niet op de omvang van het toezicht.¹¹

9) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat er adequaat wordt geïnterveneerd wanneer er de beoordeelde partij de betreffende normen niet naleeft.

De UAV 2012 kennen hiervoor voldoende mogelijkheden, zo bleek bij beginsel 5. Op dit punt voldoen de UAV 2012 derhalve aan de criteria van goed toezicht.

11 Zie hierna onder 4.2.2.1.1.

10) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat, wanneer er meerdere toezichthouders zijn, deze samenwerken teneinde hun toezichtsactiviteiten onderling af te stemmen.

De UAV 2012 gaan niet uit van meerdere toezichthouders en regelen slechts de rechtsverhouding tussen de opdrachtgever en de aannemer. Aan dit vereiste kan dus geen invulling worden gegeven in de UAV 2012.

11) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat de toezichthouder verantwoording aflegt aan zijn hiërarchisch bovengeschiedte partij.

Dit vereiste heeft betrekking op de rechtsverhouding tussen opdrachtgever en toezichthouder en dient derhalve in de overeenkomst tussen die partijen te worden opgenomen. Aan dit vereiste kan dus geen invulling worden gegeven in de UAV 2012.

12) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat de toezichthouder aansprakelijk gesteld kan worden indien er als gevolg van gebrek toezicht schade ontstaat en dat aansprakelijkheid eerder aan de orde is bij concrete wetenschap van niet-naleving.

De UAV 2012 regelen de rechtsverhouding tussen de opdrachtgever en de aannemer. In die rechtsverhouding kan het toezicht dat namens de opdrachtgever wordt gehouden toegerekend worden aan de opdrachtgever.¹²

De aansprakelijkheidsgevolgen van het toezicht vinden hun grondslag in paragraaf 12 van de UAV 2012. Lid 1 bepaalt als hoofdregel dat de aannemer niet aansprakelijk is voor tekortkomingen in het werk na oplevering. De gedachte hiërachter is dat de opdrachtgever wordt geacht het werk inclusief de gebreken te hebben aanvaard. Op deze hoofdregel bestaat echter wel een in par. 12 lid 2 UAV 2012 geformuleerde uitzondering. De aannemer is na oplevering wel aansprakelijk als er sprake is van een verborgen gebrek. De opdrachtgever had dan immers het gebrek niet kunnen ontdekken en eventuele aanvaarding strekt zich dan niet over dat gebrek uit. Er is volgens de UAV 2012 alleen sprake van een verborgen gebrek indien het gebrek ondanks nauwlettend toezicht tijdens de uitvoering dan wel bij de opneming van het werk door de directie redelijkerwijs niet onderkend had kunnen worden. Wanneer de directie een gebrek niet heeft onderkend, dat zij redelijkerwijs wel had kunnen onderkennen bij nauwlettend toezicht, heeft dat tot gevolg dat er geen uitzondering wordt gemaakt op de hoofdregel dat de aannemer niet aansprakelijk is na oplevering. Falend directietoezicht tijdens de uitvoering of bij de oplevering leidt er daarom in beginsel toe dat de opdrachtgever in zijn verhouding tot de aannemer aanspraken uit hoofde van door de aannemer veroorzaakte gebreken verliest.

12 De directie is immers een door de opdrachtgever ingeschakelde hulp persoon die de opdrachtgever in beginsel in alle zaken het werk betreffende vertegenwoordigt (par. 3 lid 4 UAV 2012).

Op het eerste gezicht zou betoogd kunnen worden dat een dergelijke aansprakelijkheidsregeling inderdaad bijdraagt aan goed toezicht. Indien de opdrachtgever mogelijk met schade blijft zitten wanneer het toezicht onzorgvuldig wordt uitgevoerd, zal de opdrachtgever hierdoor geprikkeld worden om het toezicht zorgvuldig te doen laten uitvoeren door de directie.¹³

Vanuit het perspectief van goed toezicht ligt deze kwestie echter genuanceerder. Bij het eerste vereiste voor goed toezicht bleek reeds dat een dergelijke aansprakelijkheidsregeling problematisch kan zijn met betrekking tot het effect van het toezicht op de naleving van voorschriften bevordert. Wanneer nu de aannemer tegenover de opdrachtgever het verweer kan voeren dat bepaalde fouten door de toezichthouder hadden kunnen worden ontdekt, dan doet zich de situatie voor dat de aannemer zonder toezicht wel aansprakelijk zou zijn voor schade als gevolg van een door hem gemaakte fout en indien er wel toezicht zou zijn gehouden niet aansprakelijk zou zijn voor diezelfde schade die eveneens (primair) als gevolg van een door hem gemaakte fout is ontstaan.¹⁴ De aannemer wordt dan met andere woorden als gevolg van het toezicht minder geprikkeld om zelf de voorschriften na te leven.¹⁵ Effectief toezicht vereist daarom dat als uitgangspunt de beoordeelde partij, de aannemer in dit geval, in ieder geval in overwegende mate aansprakelijk blijft voor fouten die hij zelf heeft gemaakt.¹⁶

Een tweede aspect van het hier aan de orde zijnde beginsel van goed toezicht is dat van aansprakelijkheid van de toezichthouder eerder sprake is bij concrete wetenschap van het niet naleven van eisen bij de toezichthouder dan indien de toezichthouder als gevolg van bijvoorbeeld verkeerd verzamelde informatie niet op de hoogte is van het niet naleven. Aan dit onderscheid tussen algemeen en concreet toezichtsfalen worden geen juridische gevolgen verbonden in de UAV 2012.

Conclusie

Uit het bovenstaande vloeit voort dat met betrekking tot de aansprakelijkheid voor het toezicht en het effect dat daarvan uit kan gaan op de naleving van de in de overeenkomst gestelde eisen en de mogelijkheden om op systeem- en procesniveau toezicht te houden, de UAV 2012 niet voldoen aan de criteria van goed toezicht.

13 Dit is ook de achtergrond van beginsel 12 van goed toezicht, zie par. 3.7.1.

14 Terwijl toezichthoudersaansprakelijkheid onder meer is ingegeven vanuit de gedachte dat aansprakelijkheidsprikkels bij de toezichthouder juist tot *extra* prikkels bij de onder toezicht gestelde zal leiden, vgl. Giesen 2005, p. 150.

15 Vgl. Helderma & Honingh 2009, p. 100. Naarmate de mogelijkheden tot het externaliseren van risico's groter zijn en naarmate de afstand tussen de risiconemer en de risico effecten groter is, neemt de prikkel tot zelfregulering af.

16 Hier wordt een uitgangspunt uit het oogpunt van goed toezicht geformuleerd.

4.1.1.2 Geïntegreerde overeenkomst tussen opdrachtgever en opdrachtnemer (UAV-GC 2005)

De UAV-GC 2005 kennen anders dan de UAV 2012 niet het uitgangspunt van directietoezicht. In Hoofdstuk 9 van de UAV-GC 2005 is een regeling voor de kwaliteitsborging opgenomen. Die regeling bepaalt onder meer dat de opdrachtgever op voorhand aan kan geven dat hij bepaalde aspecten wil toetsen dan wel onderwerp wil maken van een acceptatieprocedure. Het verschil tussen toetsen en accepteren is dat in het geval van toetsen de opdrachtgever de opdrachtnemer niet verplicht hoeft te laten weten wat zijn oordeel is over de werkzaamheden die hij getoetst heeft.¹⁷ In geval van een acceptatieprocedure dient de opdrachtgever wel de opdrachtnemer op de hoogte te stellen van zijn oordeel. Bij de uitvoeringswerkzaamheden kan de opdrachtgever voorts nog stop- en bijwoonpunten bepalen. In deze gevallen van toezicht zal de opdrachtgever of iemand die namens hem optreedt ook daadwerkelijk de bouwplaats betreden en de werkzaamheden van de opdrachtnemer ter plaatse beoordelen.

Hieronder worden de UAV-GC 2005 getoetst aan de criteria van goed toezicht, zoals geformuleerd in paragraaf 3.7.2.

1) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat er een positief effect uitgaat van het toezicht op de naleving van voorschriften.

De aansprakelijkheidsregeling van de UAV-GC 2005 is in dit verband minder problematisch dan die in de UAV 2012. Hierop wordt nader ingegaan bij beginsel 12.

2) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat dit toezicht in onafhankelijkheid wordt uitgevoerd.

De eis van onafhankelijkheid is gesteld om te voorkomen dat er oneigenlijke motieven meespelen in de overwegingen van de toezichthouder. Ook onder de UAV-GC 2005 is het mogelijk dat er oneigenlijke motieven meewegen in het toezicht. De UAV-GC 2005 sluiten dit in ieder geval niet uit.

3) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat de toezichthouder over voldoende deskundigheid beschikt.

Het deskundigheidsniveau van de toezichthouder (als voor het toezicht een aparte hulppersoon wordt ingeschakeld) is een onderwerp dat geregeld dient te worden in de overeenkomst tussen de toezichthouder en de opdrachtgever. Aan dit vereiste zal de UAV-GC 2005 derhalve niet getoetst worden.

17 Bij toetsing kunnen de toezichtsactiviteiten zich derhalve beperken tot het verzamelen en eventueel beoordelen van informatie. Acceptatie omvat ook interventie. Er is dan sprake van toezicht in de zin van de in par. 2.2 gegeven definitie.

4) Goed toezicht op het bouwproces vereist niet alleen toezicht op productniveau, maar ook op systeem- en procesniveau.

De UAV-GC 2005 leggen expliciet de verantwoordelijkheid voor kwaliteitsbeheersing bij de opdrachtnemer in par. 19 lid 1. De opdrachtgever kan op systeem- en procesniveau toetsen of accepteren. Zo wordt in par. 19 lid 2 bepaald dat in het acceptatieplan kan worden vastgelegd dat de opdrachtnemer een (deel)kwaliteitsplan ter acceptatie voorlegt aan de opdrachtgever.¹⁸ In par. 20 lid 2 is de bevoegdheid van de opdrachtgever neergelegd om te toetsen of de kwaliteitsborging van de ontwerpwerkzaamheden plaatsvindt overeenkomstig het kwaliteitsplan.

Ook ten aanzien van de keuringsplannen voor de uitvoerings- en onderhoudswerkzaamheden, die een aanvulling vormen op het kwaliteitsplan, kan bepaald worden, dat deze ter acceptatie worden voorgelegd aan de opdrachtgever.¹⁹ Met de resultaten van keuringen dient de opdrachtnemer aan te tonen dat voldaan wordt aan de eisen van de overeenkomst.

Tot slot is van belang dat de mogelijkheden voor het toezicht niet beperkt zijn tot het beoordelen van de plannen van de opdrachtnemer of van de documenten die naar aanleiding van de in de plannen beschreven processen zijn opgesteld. De opdrachtgever kan namelijk stop- en bijwoonpunten instellen voor werkzaamheden die dermate cruciaal zijn, dat de opdrachtgever niet alleen aan de hand van documentatie het systeem en proces wil beoordelen, maar ook de fysieke resultaten van die werkzaamheden in ogenschouw wil nemen.²⁰

De UAV-GC 2005 voldoen op dit punt aan de criteria van goed toezicht.

5) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat de toezichthouder over voldoende bevoegdheden beschikt om relevante informatie te verzamelen en indien nodig adequaat te interveniëren.

Dat de toezichthouder voldoende bevoegdheden heeft om informatie te verzamelen blijkt uit hetgeen hierboven bij beginsel 4 aan de orde is gekomen.

Daarnaast zijn er voldoende bevoegdheden om adequaat te interveniëren. Indien de acceptatieprocedure van toepassing is, dan kan, wanneer daar reden toe is, de acceptatie worden geweigerd.²¹ Voorts is in par. 43 lid 2 UAV-GC 2005 voorzien in een procedure voor het geval de opdrachtgever constateert dat de opdrachtnemer de op hem rustende verplichtingen niet nakomt of niet zal nakomen.

18 In de praktijk wordt van de opdrachtnemer geëist dat het kwaliteitssysteem voldoet aan een NEN EN ISO norm, zie CROW 2005, p. 68.

19 Zie par. 21 lid 1 UAV-GC 2005.

20 CROW 2005, p. 71.

21 Zie hierover par. 23 lid 5 en lid 8 UAV-GC 2005.

Het toezicht tijdens de oplevering is in de UAV-GC 2005 geregeld in par. 24. Anders dan in de UAV 2012 is keuring bij de oplevering geen verplichting van de opdrachtgever, maar een bevoegdheid. De opdrachtgever kan aangeven geen gebruik te willen maken van zijn bevoegdheid het werk te keuren, zo volgt uit par. 24 lid 2 en 3 UAV-GC 2005.²²

Op dit punt wordt derhalve voldaan aan de criteria van goed toezicht.

6) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat de toezichthouder over voldoende tijd en middelen beschikt om het toezicht op zorgvuldige wijze te doen plaatsvinden.

Dit vereiste voor goed toezicht zal geregeld moeten worden in de rechtsverhouding tussen de toezichthouder (als de opdrachtgever hiervoor een hulppersoon inschakelt) en de opdrachtgever. Aan dit vereiste zullen de UAV-GC 2005 derhalve niet getoetst worden.

7) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat het toezicht risicogestuurd plaatsvindt.

De regeling in de UAV-GC 2005 zoals hierboven beschreven bij beginsel 4, kent voldoende mogelijkheden om de kwaliteitsborging op risicovolle onderdelen nadrukkelijker te volgen dan op minder risicovolle onderdelen.

Op dit punt wordt derhalve voldaan aan de criteria van goed toezicht.

8) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat het toezicht met voldoende intensiteit wordt uitgevoerd.

De UAV-GC 2005 beperken de toezichthouder niet in het meer of minder intensief uitvoeren van het toezicht. Uit de bepalingen van de UAV-GC 2005 wordt duidelijk dat de opdrachtgever de bevoegdheid heeft het toezicht meer of minder intensief uit te voeren.²³

22 Het achterwege laten van een keuring kan echter gevolgen hebben voor de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer na oplevering, gelet op het bepaalde in par. 28 lid 1 onder c UAV-GC 2005. Daar is immers aan de hand van een normatief criterium bepaald dat aansprakelijkheid na oplevering alleen nog mogelijk is voor gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs niet had moeten ontdekken.

23 Zie bijvoorbeeld:

Par. 20 lid 4:

De Opdrachtgever is niet verplicht gebruik te maken van zijn toetsingsbevoegdheid uit hoofde van deze paragraaf. Het is aan hem te bepalen of en hoe hij die toetsingsbevoegdheid gedurende de Ontwerpwerkzaamheden uitoefent. Niettemin rust op de Opdrachtgever de verplichting de Opdrachtnemer schriftelijk en binnen bekwame

9) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat er adequaat wordt geïnterveneerd wanneer er de beoordeelde partij de betreffende normen niet naleeft.

De UAV-GC 2005 kennen hiervoor voldoende mogelijkheden, zo bleek bij beginsel 5. Op dit punt voldoen de UAV-GC 2005 derhalve aan de criteria van goed toezicht.

10) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat, wanneer er meerdere toezichthouders zijn, deze samenwerken teneinde hun toezichtsactiviteiten onderling af te stemmen.

De UAV-GC 2005 gaan niet uit van meerdere toezichthouders en regelen slechts de rechtsverhouding tussen de opdrachtgever en de aannemer. Aan dit vereiste kan dus geen invulling worden gegeven in de UAV-GC 2005.

11) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat de toezichthouder verantwoording aflegt aan zijn hiërarchisch bovengeschiede partij.

Dit vereiste heeft betrekking op de rechtsverhouding tussen opdrachtgever en toezichthouder en dient derhalve in de overeenkomst tussen die partijen te worden opgenomen. Aan dit vereiste kan dus geen invulling worden gegeven in de UAV-GC 2005.

12) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat de toezichthouder aansprakelijk gesteld kan worden indien er als gevolg van gebrekkig toezicht schade ontstaat en dat aansprakelijkheid eerder aan de orde is bij concrete wetenschap van niet naleven.

De aansprakelijkheid na oplevering is in par. 28 lid 1 UAV-GC 2005 geregeld:

Na de feitelijke datum van oplevering is de Opdrachtnemer niet meer aansprakelijk voor gebreken in het Werk of in enig onderdeel daarvan, tenzij:

- a. die gebreken te wijten zijn aan zijn schuld, of krachtens wet, rechtshandeling of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komen, en bovendien
- b. de Opdrachtgever voorafgaande aan de oplevering die gebreken niet heeft opgemerkt,

tijd te informeren, indien hij een tekortkoming van de Opdrachtnemer daadwerkelijk heeft opgemerkt.

Par. 21 lid 10:

De Opdrachtgever is niet verplicht gebruik te maken van zijn toetsingsbevoegdheid uit hoofde van deze paragraaf. Het is aan hem te bepalen of en hoe hij die toetsingsbevoegdheid gedurende de Uitvoerings- en Onderhoudswerkzaamheden uitoefent. Niettemin rust op de Opdrachtgever de verplichting de Opdrachtnemer schriftelijk en binnen bekwame tijd te informeren, indien hij een tekortkoming van de Opdrachtnemer daadwerkelijk heeft opgemerkt.

en bovendien

c. de Oprachtgever die gebreken op het tijdstip van de feitelijke datum van oplevering redelijkerwijs niet had moeten ontdekken.

De UAV-GC 2005 maakt derhalve een onderscheid tussen het toezicht gedurende de uitvoeringsfase en het toezicht op het tijdstip van oplevering. Voor het toezicht op deze verschillende momenten wordt een verschillend criterium gegeven dat bepalend is voor de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer na oplevering. Het criterium voor toezicht tijdens de uitvoering van de opdracht is of sprake is van ‘gebreken die de opdrachtgever heeft opgemerkt’. Het criterium voor toezicht ten tijde van de oplevering is of sprake is van ‘gebreken die de opdrachtgever redelijkerwijs had moeten ontdekken’.

Uit de Toelichting volgt dat het eerste criterium een uitvloeisel is van de regeling van kwaliteitsborging die aan de orde kwam bij beginsel 4 en dat het tweede criterium is gebaseerd op de regeling van art. 7:758 lid 3 BW. Vanuit het oogpunt van goed toezicht en het effect dat het toezicht heeft op de naleving van eisen door de opdrachtnemer zou verdedigd kunnen worden dat het eerste criterium, het daadwerkelijk opmerken van gebreken, ook voor het toezicht ten tijde van de oplevering gebruikt zou dienen te worden, om te voorkomen dat aansprakelijkheidsprykkels worden weggenomen bij de opdrachtnemer. De opdrachtnemer kan dan alleen een verweer ontlenen aan het toezicht door of namens opdrachtgever in het geval van concreet toezichtsfalen.

Een andere mogelijkheid, die meer bij het algemene verbintenissenrecht aan zou sluiten, zou kunnen zijn om de opdrachtgever een bekwame tijd (die doorloopt na het tijdstip van de oplevering) te geven om te klagen.

4.1.1.3 Het BW

4.1.1.3.1 De titel aanneming van werk

In de titel aanneming van werk van Boek 7 van het BW is in art. 7:758 lid 3 BW bepaald dat de aannemer ontslagen is van aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken. Ook de wettelijke bepaling kent dus het uitgangspunt dat de aannemer is ontslagen van aansprakelijkheid na oplevering, maar een belangrijk verschil met de UAV 2012 is dat dit slechts geldt voor gebreken die op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs ontdekt hadden moeten worden. Over gebreken die tijdens de uitvoering redelijkerwijs al ontdekt hadden kunnen worden, en niet meer tijdens de oplevering, is in de titel aanneming van werk niets bepaald.²⁴ Een wettelijke grondslag

24 Uit de MvT blijkt dat een wettelijke regeling van de gevolgen van directietoezicht achterwege is gelaten, omdat hier in de praktijk geen behoefte aan zou zijn. Rechtsverhoudingen tussen opdrachtgever en aannemer waarin directietoezicht wordt gehouden, worden beheerst door standaardcondities. Regelend recht op dit punt zou

voor rechtsverlies aan de zijde van de opdrachtgever bij dergelijke gebreken, zal daarom in art. 6:101 BW of art. 6:248 BW moeten worden gevonden.²⁵

De in art. 7:758 lid 3 BW opgenomen bepaling vormt volgens de parlementaire geschiedenis een uitwerking van de algemene regel van art. 6:89 BW.²⁶ Art. 6:89 BW ziet op rechtsverwerking na een inspectie die voor, tijdens of na levering plaatsvindt. De regel van art. 6:89 BW is voor aanneming van werk geconcretiseerd in art. 7:758 lid 3 BW. In deze bepaling wordt uitdrukkelijk uitgegaan van het ‘moment van oplevering’.²⁷

In de literatuur is de vraag opgeworpen of art. 7:758 BW de opdrachtgever verplicht om het bouwwerk bij oplevering te keuren.²⁸ Deze vraag is relevant, omdat het niet of op een bepaalde wijze verrichten van onderzoek bepalend is voor het al dan niet als verborgen aanmerken van gebreken. Over dit vraagpunt, dat ook al onder het oude BW speelde²⁹, worden verschillende standpunten ingenomen. Enerzijds is verdedigbaar dat de tekst van art. 7:758 BW geen verplichting oplegt om te keuren. Lid 1 gaat er weliswaar van uit dat het werk gekeurd wordt, maar een letterlijke verplichting kan daarin niet worden gelezen, temeer omdat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat in dit lid bewust ‘moet ... keuren’, dat in het Beneluxontwerp stond, niet is overgenomen en er voor een andere formulering is gekozen om het woord ‘moeten’ te vermijden.³⁰ Op basis van de tekst van lid 1 is dus aanvaarding zonder keuring mogelijk en het is de vraag hoe de zinsnede in lid 3 (‘redelijkerwijs had moeten ontdekken’) dan moet worden geïnterpreteerd.

De bedoeling van de wetgever lijkt echter te zijn geweest dat deze zinsnede betrekking heeft op gebreken die de opdrachtgever had moeten ontdekken ervan uitgaande dat hij onderzoek heeft verricht. In de Memorie van Toelichting wordt onder verwijzing naar Asser/Thunnissen en de Toelichting op het voorontwerp³¹ namelijk gesteld dat er sprake is van een Obliegenheit om het werk te keuren. In dezelfde lijn betoogt Van den Berg dat uit art. 7:758 lid 3 BW voor de opdrachtgever een door rechtsverlies gesanctioneerde onderzoeksplicht voortvloeit. In zijn opvatting rust er dus geen positieve verplichting tot onderzoek op de opdrachtgever, maar is de opdrachtgever gehouden om onderzoek te doen op het moment van oplevering op straffe van verlies van een aanspraak op de aannemer met be-

daarom in de praktijk niet van betekenis zijn. Zie MvT, *Kamerstukken II* 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 13.

25 Asser/Van den Berg 7-VI 2017, nr. 111, 113, Van der Beek 2014, p. 28-29.

26 NMvA, *Kamerstukken I* 2002/03, 23 095, nr. 38a, p. 11. Asser/Van den Berg 7-VI 2017, nr. 113.

27 Na oplevering is echter art. 6:89 BW weer van belang, zie Asser/Van den Berg 7-VI 2017, nr. 132, MvT, *Kamerstukken II* 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 34.

28 Chao-Duivis & Strang 2013, p. 103.

29 Zie daarover Asser/Kortmann, De Leede & Thunnissen 5-III 1994, nr. 562.

30 MvT, *Kamerstukken II* 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 28-29.

31 Toelichting voorontwerp, p. 1064 onder inleidende opmerkingen.

trekking tot de gebreken die de opdrachtgever bij het wel doen van onderzoek tijdens de oplevering zou hebben geconstateerd. Steun voor deze opvatting kan voorts worden gevonden in de literatuur over art. 6:89 BW³² (waarvan art. 7:758 lid 3 BW blijkens de Memorie van Toelichting een afgeleide is) en over art. 7:23 lid 1 BW³³ (dat een vergelijkbare bepaling kent als art. 6:89 BW). Over art. 6:89 BW schrijven Hartkamp en Sieburgh dat het ertoe strekt ‘de schuldenaar die een prestatie heeft verricht te beschermen, omdat hij erop moet kunnen rekenen dat de schuldeiser met bekwame spoed onderzoekt of de prestatie aan de verbintenis beantwoordt en dat deze indien dit niet het geval blijkt te zijn, zulks eveneens met spoed aan de schuldenaar mededeelt’.³⁴ Hartkamp en Sieburgh lezen dus zowel een onderzoeksplicht als een klachtplicht in art. 6:89 BW. Hijma noteert bij art. 7:23 lid 1 BW dat de koper een onderzoeksplicht wordt opgelegd teneinde aan zijn klachtplicht te kunnen voldoen.³⁵

Weging van de hierboven weergegeven argumenten leidt tot het oordeel dat bij toepasselijkheid van art. 7:758 BW moet worden aangenomen dat de opdrachtgever niet gehouden is het werk bij oplevering te keuren, maar dat het niet keuren van het werk wel een rechtsverlies van de opdrachtgever met zich zal brengen waardoor schade als gevolg van gebreken die redelijkerwijs bij keuring hadden moeten worden ontdekt voor rekening van de opdrachtgever blijven.³⁶

Een punt van verschil tussen de regeling in art. 7:758 lid 3 BW en die in par. 12 UAV 2012 is dat de opdrachtgever volgens het BW slechts aanspraken verliest met betrekking tot gebreken die hij redelijkerwijs had *moeten* ontdekken en dat de opdrachtgever volgens de UAV aanspraken verliest met betrekking tot gebreken die hij bij nauwlettend toezicht redelijkerwijs had *kunnen* onderkennen.³⁷ Het in

32 De tekst van dat artikel luidt: ‘De schuldeiser kan op een gebrek in de prestatie geen beroep meer doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar terzake heeft geprotesteerd.’

33 De tekst van dat artikellid luidt: ‘De koper kan er geen beroep meer op doen dat hetgeen is afgeleverd niet aan de overeenkomst beantwoordt, indien hij de verkoper daarvan niet binnen bekwame tijd nadat hij dit heeft ontdekt of redelijkerwijs had behoren te ontdekken, kennis heeft gegeven. (...)’

34 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 408.

35 Asser/Hijma 7-I 2013, nr. 544a. Overigens geldt bij consumentenkoop geen onderzoeksplicht, maar start de klachttermijn op het moment van ontdekken.

36 Tot een andere conclusie komt Chao-Duivis 2016 op basis van de discussie die plaatsvond in de Eerste Kamer. M.i. vloeit uit de door Chao-Duivis geciteerde passages met name voort dat de opdrachtgever niet verplicht is een deskundige in te schakelen, maar wordt daar geen afbreuk gedaan aan het uitgangspunt van een ‘door rechtsverlies gesanctioneerde onderzoeksplicht’, zie Hebly & Van Rooij 2004, p. 71, p. 72.

37 Zie over dit onderscheid tussen ‘moeten’ en ‘kunnen’ ook H.O. Thunnissen, J. Rozemond, N. Dijkhuis en J.P. Heederik, in: Resumé van de forumdiscussie tijdens het U.A.V.-congres te ’s-Gravenhage op 30 juni 1969, *BR* 1969, p. 587-588.

het BW gehanteerde criterium lijkt taalkundig een beperkter aantal gebreken te omvatten dan het in de UAV gehanteerde criterium. Een gebrek *moet* immers pas onderkend worden door de opdrachtgever, wanneer dit hem redelijkerwijs niet kan ontgaan. Daaronder vallen niet de gebreken die een meer verborgen karakter hebben en zeer lastig te ontdekken zijn. Die gebreken zouden echter wel onder het criterium van de UAV kunnen vallen, want die zouden bij nauwlettend toezicht wel onderkend *kunnen* worden. In de rechtspraak van de RvA lijkt dit taalkundige verschil echter geen rol van betekenis te spelen en worden de precieze bewoordingen van de UAV vaak losgelaten. Termen die door arbiters onder meer gebruikt worden zijn: een gebrek dat de opdrachtgever niet had mogen ontgaan, een gebrek waarvan het reëel is dat het tijdens de oplevering over het hoofd is gezien, een gebrek dat opgemerkt had behoeven te worden, een gebrek waarvan de onderkenning van de directievoerder gevergd had kunnen worden en een gebrek dat onderkend had moeten worden.³⁸

Een volgend relevant aspect van de bepaling van art. 7:758 lid 3 BW is hoe de zinsnede ‘redelijkerwijs had moeten ontdekken’ wordt ingevuld in de rechtspraak. De belangrijkste factoren hierbij zijn de aard van het gebrek en de deskundigheid van de opdrachtgever.³⁹ Met betrekking tot de aard van het gebrek is relevant de mate waarin het gebrek in het oog springt.⁴⁰ In een uitspraak van de rechtbank Zutphen werd bijvoorbeeld als volgt geoordeeld:

‘5.23. Wat betreft de alarminstallatie luidt het antwoord op deze vraag bevestigend. [gedaagden] stelt immers zelf dat [eiseres] – volgens hem in strijd met de afspraken – kolossale camera’s heeft gemonteerd en dat [eiseres] heeft verzuimd op alle ramen melders te plaatsen. Ervan uitgaande dat [eiseres] aldus haar verplichtingen niet is nagekomen, gaat het hier om gebreken die dermate in het oog springen dat [gedaagden] [eiseres] daar begin 2007 en in ieder geval in september/oktober 2007 op had moeten wijzen. Door dat niet te doen, kan [gedaagden], op grond van het bepaalde in artikel 7:758 lid 3 BW, geen aanspraak maken op herstel van de door hem gestelde gebreken aan de alarminstallatie.’⁴¹

Voor wat betreft de deskundigheid van de opdrachtgever geldt in algemene zin dat naarmate meer deskundigheid aanwezig is aan de zijde van de opdrachtgever, een gebrek minder snel als verborgen ten tijde van de oplevering zal worden aangemerkt.⁴²

38 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2014a, nrs. 111-112.

39 Strang, in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, art. 7:758 BW, aant. 5.

40 Dit is relatief vaak het geval zijn bij esthetische gebreken, zo blijkt uit de rechtspraak, zie bijv. Rb. Arnhem 4 juli 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BX4429, r.o. 4.19-4.20.

41 Rb. Zutphen 23 juli 2008, ECLI:NL:RBZUT:2008:BF0343.

42 Zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3421, r.o. 6.5 voor een gebrek dat de opdrachtgever gelet op zijn ondeskundigheid niet op had kunnen merken en Hof Amsterdam 1 oktober 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3290,

Art. 7:758 lid 3 BW is geen dwingend recht. Partijen kunnen dus in de aannemingsovereenkomst onder andere afwijkende voorwaarden contracteren, hetgeen vaak gebeurt, waardoor de wettelijke regeling geen toepassing vindt.⁴³

Tot slot verdient met betrekking tot een specifiek soort verborgen gebreken art. 7:762 BW nog aandacht. Dit artikel, dat van dwingend recht is, bepaalt dat de aansprakelijkheid van de aannemer voor hem bekende verborgen gebreken die hij heeft verzwegen, niet kan worden uitgesloten, beperkt of aan kortere verjaringstermijnen kan worden onderwerpen dan de termijnen genoemd in art. 7:761 BW. Indien de aannemer op de hoogte is van een uitvoeringsfout zal hij op grond van deze bepaling nooit een beroep kunnen doen op falend directietoezicht namens de opdrachtgever.

Voorts is van belang dat een op een aannemingsovereenkomst gebaseerde aansprakelijkheid beïnvloed kan worden door algemene verbintenisrechtelijke regels. In dit verband zijn de artikelen 6:101 BW en 6:248 lid 2 BW relevant.⁴⁴

4.1.1.3.2 Artikel 6:101 BW

In art. 6:101 BW is het leerstuk van de ‘eigen schuld’ neergelegd. De eigen schuld van de opdrachtgever kan een grondslag zijn voor toerekening van schade aan de opdrachtgever bij falend toezicht in de uitvoeringsfase. Art. 6:101 BW kent vier stappen aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of (een deel van) de schade voor rekening van de benadeelde partij dient te blijven: (1) vastgesteld moet worden dat de schade mede een gevolg is van omstandigheden aan de zijde van benadeelde en (2) dat die omstandigheden aan de benadeelde kunnen worden toegerekend. Vervolgens moet afgewogen worden in welke mate de aan de benadeelde toegerekende omstandigheden hebben bijgedragen aan de schade in vergelijking met de aan de dader toegerekende omstandigheden (3). Tot slot moet worden beoordeeld of een billijkheidscorrectie op zijn plaats is (4).⁴⁵ Art. 6:101 BW biedt de mogelijkheid om tot een verdeling van de schade te komen naar rato van het veroorzakingsaandeel. Vanuit causaliteitsperspectief biedt dit artikel daarom een genuanceerdere benadering dan de regeling van de UAV 2012, volgens welke schade in beginsel voor rekening van de opdrachtgever komt indien hij of zijn toezichthouder het gebrek redelijkerwijs had kunnen onderkennen.

r.o. 3.3.2 voor een gebrek dat gelet op de ingehuurde deskundigheid aan de zijde van de opdrachtgever bij de oplevering wel opgemerkt had kunnen worden.

43 Van Wijngaarden & Chao-Duvis 2014a, nr. 116, RvA 1 december 2005, nr. 27.935.

44 Asser/Van den Berg 7-VI 2017, nr. 113, Van der Beek 2012, p. 21-22.

45 Keirse 2003, p. 83-86. Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013, nr. 114. O.a. Jansen is een andere mening toegeedaan, zie par. 4.2.2.3.2.

4.1.1.3.3 Artikel 6:248 lid 2 BW

Een grondslag om een vordering van de opdrachtgever op de aannemer af te wijzen bij falend toezicht van de opdrachtgever kan ook gevonden worden in artikel 6:248 lid 2 BW. In dit artikel is bepaald dat een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel niet van toepassing is voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Indien de opdrachtgever of degene die namens hem toezicht houdt op de hoogte raakt van de gebrekkigheid van de werkzaamheden van de aannemer, ligt op de opdrachtgever of diens toezichthouder de op de redelijkheid en billijkheid berustende verplichting dit te melden aan de aannemer. In de literatuur wordt de in dit verband op de redelijkheid en billijkheid rustende verplichting geen rechtsplicht genoemd, maar een Obliegenheit.⁴⁶ Dat is een verplichting waarvan de nakoming niet kan worden gevorderd, maar waarvan de niet-nakoming wel verlies van contractuele rechten van de opdrachtgever tot gevolg heeft.⁴⁷ Een rechtsverlies van de opdrachtgever voor gebreken die hij voor oplevering heeft opgemerkt zou dus gegrond kunnen worden op deze bepaling.⁴⁸

4.1.1.3.4 Het nieuwe artikel 7:758 lid 4 BW

Met het wetsvoorstel kwaliteitsborging voor het bouwen wordt een nieuw lid toegevoegd aan art. 7:758 lid 4.⁴⁹ Dit lid bevat een regeling die bepaalt dat in het geval van bouwwerken wordt afgeweken van lid 3:

3. De aannemer is ontslagen van de aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken.
4. In afwijking van het derde lid, is bij aanneming van bouwwerken de aannemer aansprakelijk voor gebreken die bij de oplevering van het werk niet zijn ontdekt, tenzij deze gebreken niet aan de aannemer zijn toe te rekenen. Van dit lid kan niet ten nadele van de opdrachtgever worden afgeweken, voor zover de opdrachtgever een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. In andere gevallen kan van dit lid alleen ten nadele van de opdrachtgever worden afgeweken, indien dit uitdrukkelijk in de overeenkomst is opgenomen.

Kort gezegd bevat het nieuwe lid 4 vier belangrijke elementen:

1. het lid heeft slechts betrekking op de aanneming van bouwwerken,
2. de aannemer is aansprakelijk voor gebreken die bij de oplevering van het werk niet zijn ontdekt, tenzij deze gebreken niet aan de aannemer zijn toe te rekenen
3. de regeling is van dwingend recht ten aanzien van consumenten

46 Zie over dit begrip Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2012, nr. 11.

47 Ibid.

48 Asser/Van den Berg 7-VI 2017, nr. 113. Zie ook Bruggeman 2010, p. 430.

49 *Kamerstukken I* 2016/17, 34 453, nr. A.

4. bij niet-consumenten kan alleen uitdrukkelijk in de overeenkomst ten nadele van de opdrachtgever van deze bepaling kan worden afgeweken.

Het voor dit onderzoek meest belangrijke inhoudelijke verschil tussen lid 3 en lid 4 is dat de aansprakelijkheid niet langer beperkt is voor de gebreken die de opdrachtgever bij de oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken. De aannemer blijft namelijk aansprakelijk voor de gebreken die bij de oplevering van het werk niet zijn ontdekt.

Chao-Duivis heeft er, m.i. terecht, op gewezen dat de formulering van art. 7:758 lid 4 ongelukkig is, onder meer omdat discussie kan ontstaan over de vraag of gebreken bij de oplevering van het werk zijn ontdekt of niet.

Zij stelt in de eerste plaats dat het beter zou zijn om de conformiteit van de prestatie voorop te plaatsen.⁵⁰ Deze conformiteit is immers het uitgangspunt en niet de vraag of een gebrek wel of niet ontdekt is. Voor gebreken die wel ontdekt zijn zal immers ook gelden dat de aannemer die zal moeten herstellen, tenzij er rechtsgeldig en onaantastbaar afstand is gedaan van het recht op herstel.⁵¹

Een volgende kwestie is dat niet is gepreciseerd of er een onderzoeksplicht rust op de opdrachtgever onder de nieuwe regeling. Het aannemen van een dergelijke onderzoeksplicht zou problematisch zijn, omdat er onder de regeling in het wetsvoorstel geen normatief criterium meer geldt, maar een feitelijk criterium. Indien de opdrachtgever ten tijde van de oplevering geen onderzoek verricht, kon onder de regeling van art. 7:758 lid 3 BW nog worden vastgesteld welke gebreken bij het wel doen van onderzoek redelijkerwijs konden zijn ontdekt. Onder de regeling van art. 7:758 lid 4 BW in het wetsvoorstel zal echter niet kunnen worden vastgesteld welke gebreken daadwerkelijk zouden zijn ontdekt bij het doen van een onderzoek.

Tot slot kan onder de nieuwe bepaling problematisch zijn dat de opdrachtgever moet bewijzen dat hij het gebrek niet bij de oplevering ontdekt heeft.⁵² Dit legt op de opdrachtgever de (onmogelijke) bewijslast van een negatief feit.⁵³ Een opdrachtgever zal immers niet kunnen bewijzen dat hij een tekortkoming niet ontdekt heeft. Hoogstens kan hij bewijzen dat hij het gebrek niet gemeld heeft op het proces-verbaal van oplevering of op een andere manier.

Chao-Duivis geeft gelet op bovengenoemde problemen onder meer de volgende optie als alternatief voor het in het wetsvoorstel opgenomen art. 7:758 lid 4 BW, waarin het woord ‘ontdekt’ is weggelaten:

50 Chao-Duivis 2015, p. 116-117.

51 Chao-Duivis 2016, p. 518.

52 MvA, *Kamerstukken I 2016/17*, 34 453, nr. D, p. 17.

53 Chao-Duivis 2016, p. 521.

De aannemer is aansprakelijk voor tekortkomingen die bij de oplevering van het werk aanwezig zijn en welke aan hem zijn toe te rekenen.

4.1.1.3.5 Criteria van goed toezicht

Het BW kent geen bepalingen die betrekking hebben op de uitvoering van het toezicht, maar beperkt zich tot de aansprakelijkheidsrechtelijke gevolgen van toezicht.

Het in het wetsvoorstel kwaliteitsborging voor het bouwen voorgestelde art. 7:758 lid 4 BW houdt een aanzienlijke verbetering in met betrekking tot de aansprakelijkheid in relatie tot de effectiviteit van toezicht. Onder lid 4 is het immers, zo bedoelt de wetgever het in ieder geval, in beginsel voor de aannemer niet meer mogelijk het verweer te voeren dat een gebrek ontdekt had moeten worden door de opdrachtgever of de door hem ingeschakelde toezichthouder. De aanwezigheid van de toezichthouder doet derhalve geen afbreuk aan de aansprakelijkheidsrechtelijke prikkels die de aannemer ervaart bij het al dan niet naleven van de eisen die voortvloeien uit de aannemingsovereenkomst.

4.1.1.4 PEL SC

De hierboven beschreven Nederlandse contractuele en wettelijke regels kunnen vergeleken worden met de PEL SC. Deze Principles zijn het resultaat van een rechtsvergelijkend onderzoek en een vergelijking met de Principles geeft daarom goed inzicht in de vraag hoe het Nederlandse recht zich op dit punt verhoudt tot het recht in andere Europese landen.

Een eerste belangrijke bepaling in het kader van toezicht is art. 2:105 PEL SC:

Artikel 2:105: Inspectie, toezicht en aanvaarding

(1) Overeenkomstig Artikel 1:104(1)(d) (Samenwerkingsplicht) is de opdrachtgever gerechtigd op een redelijke wijze en op een redelijk tijdstip de hulpzaken en hulppersonen in het aannemingsproces, het proces van de vervaardiging van de zaak en de zaak zelf te inspecteren en hierop toe te zien, zonder dat hij hiertoe gehouden is.

(2) Indien de partijen overeenkomen dat de aannemer bepaalde onderdelen van de hulpzaken en hulppersonen, het proces van de vervaardiging van de zaak of de zaak zelf aan de opdrachtgever dient te tonen ten einde diens aanvaarding hiervan te verkrijgen, mag de aannemer niet verder gaan met de vervaardiging voordat hij hiertoe toestemming heeft verkregen van de opdrachtgever.

(3) Gebreke aan, of inadequate inspectie, toezicht of aanvaarding bevrijdt de aannemer noch geheel, noch ten dele van aansprakelijkheid. Deze regel is eveneens van toepassing wanneer op de opdrachtgever een contractuele verplichting rust tot inspectie, toezicht of aanvaarding van de zaak of de vervaardiging ervan.

Uit art. 2:105 lid 1 PEL SC blijkt dat de opdrachtgever gerechtigd is op een redelijk tijdstip het bouwproces en het bouwwerk te komen inspecteren. De opdrachtgever

is echter niet verplicht volgens lid 1 om een dergelijke inspectie uit te voeren. Art. 2:105 lid 3 van de PEL SC bepaalt de aansprakelijkheidsrechtelijke gevolgen van toezicht. De aannemer wordt door het toezicht niet bevrijd van aansprakelijkheid.

Voorts is voor de gevolgen van toezicht tijdens de oplevering art. 2:106 lid 2 PEL SC van belang:

Aanvaarding van de controle over de zaak door de opdrachtgever bevrijdt de aannemer noch geheel, noch ten dele van aansprakelijkheid. Deze regel is eveneens van toepassing wanneer op de opdrachtgever een contractuele verplichting rust tot inspectie, toezicht of aanvaarding van de zaak of de vervaardiging ervan.

Inspectie, toezicht of aanvaarding van het bouwwerk, ontslaat de aannemer dus niet van enige aansprakelijkheid. De opstellers van de PEL SC hebben een duidelijke scheiding van verantwoordelijkheden aan willen brengen: de aannemer blijft verantwoordelijk voor de kwaliteit van een werk, niettegenstaande het recht van de opdrachtgever om zich van de voortgang en goede uitvoering van de werkzaamheden van de aannemer op de hoogte te stellen.⁵⁴ Toezicht heeft dan ook slechts het door de opdrachtgever van het toezicht beoogde effect: het verschaffen van extra zekerheid omtrent de goede uitvoering door de aannemer.⁵⁵ Hiermee wordt voorkomen dat de opdrachtgever de dupe wordt van een overlap van werkzaamheden van toezichthouder en aannemer en voorts dat de aannemer teveel gaat leunen op de aanwijzingen van de toezichthouder en hem zoveel mogelijk vragen voor zal leggen. Dit kan namelijk tot gevolg hebben dat het door de opdrachtgever bekostigde toezicht duurder wordt.⁵⁶

De strikte regel die voor aanneming van werk in art. 2:105 lid 3 PEL SC is geformuleerd, dat toezicht de aannemer niet kan bevrijden van aansprakelijkheid, wordt genuanceerd door de in het algemene hoofdstuk van de PEL SC opgenomen art. 1:113 lid 1:

De opdrachtgever is gehouden de dienstverlener ervan kennis te geven indien de opdrachtgever ontdekt, of een vergelijkbare opdrachtgever in dezelfde situatie als deze opdrachtgever reden heeft te weten, gezien alle feiten en omstandigheden die gekend worden door de opdrachtgever zonder afzonderlijk onderzoek, dat de dienstverlener hetzij er niet in zal slagen, hetzij er niet in geslaagd is het door de opdrachtgever medegedeelde of verwachte resultaat te bereiken.

Deze bepaling geeft een uitzondering op de in PEL SC opgenomen regeling, die inhoudt dat een dienstverlener⁵⁷ in principe geen beroep kan doen op gebrekkig

54 Barendrecht e.a. 2007, p. 352.

55 Ibid.

56 Ibid. p. 353.

57 De PEL SC gebruiken in dit in de algemene bepalingen opgenomen artikel de algemene term dienstverlener, waaronder in dit kader ook de aannemer moet worden

toezicht door of namens de opdrachtgever. De uitzondering op deze regeling is de in art. 1:113 lid 1 PEL SC beschreven situatie waarin de opdrachtgever op de hoogte was van gebreken in het bouwwerk. Wanneer de opdrachtgever namelijk op de hoogte is van gebreken, dan rust op hem de verplichting dit aan de aannemer te melden. De wetenschap van de opdrachtgever moet geobjectiveerd worden vastgesteld: uit de toelichting blijkt dat het erom gaat of niet anders kan worden geconcludeerd dan dat een vergelijkbare opdrachtgever in dezelfde situatie van de fout geweten moet hebben. De consequentie van het niet melden van een dergelijke fout is dat, indien de opdracht daarmee duurder wordt of meer tijd in beslag zal nemen, de kosten en termijnverlenging voor rekening van de opdrachtgever komen.⁵⁸

De bepalingen van de PEL SC wijken af van de UAV 2012 en art. 7:758 lid 3 BW. Ten eerste valt op dat de aannemer zich in beginsel, anders dan bij toepasselijkheid van de UAV 2012 of van art. 7:758 lid 3 BW, niet kan beroepen op toezicht tijdens de oplevering of tijdens de uitvoering van de werkzaamheden. Dit principiële verschil tussen de PEL SC enerzijds en de UAV 2012 en het BW anderzijds wordt echter genuanceerd door de in art. 1:113 lid 1 van de PEL SC opgenomen regeling. Hierdoor is het de vraag of de in de PEL SC opgenomen regeling in bepaalde concrete gevallen tot een andere uitkomst zal leiden. Ook voor de PEL SC geldt immers dat de opdrachtgever, die op de hoogte raakt of op de hoogte zou moeten zijn van een fout van de aannemer, deze dient te wijzen op de fout. De PEL SC legt wel een ander criterium aan voor de beoordeling of de opdrachtgever op de hoogte had moeten zijn van een gebrek: het moet gaan om kennis die een vergelijkbare opdrachtgever in dezelfde situatie op basis van de feiten en omstandigheden die aan de opdrachtgever bekend zijn zonder onderzoek had kunnen hebben.

De regeling in de PEL SC komt tegemoet aan de bezwaren die ten aanzien van de aansprakelijkheidsrechtelijke gevolgen bij toezicht onder de UAV 2012 en art. 7:758 lid 3 BW werden geuit in relatie tot de effectiviteit van toezicht. Doordat de aannemer geen verweer kan ontlenen aan toezicht, blijft deze geprikkeld om zelf de in de overeenkomst gestelde eisen na te leven.

4.1.1.5 Een vergelijking van de verschillende regelingen vanuit het oogpunt van goed toezicht

Een vergelijking van de verschillende regelingen vanuit het oogpunt van goed toezicht is slechts te maken met betrekking tot het onderwerp aansprakelijkheid. De sets van algemene voorwaarden enerzijds en de regeling in het BW en de PEL SC anderzijds lopen op het niveau van gedetailleerdheid te zeer uiteen om ook op de andere punten een zinvolle nadere vergelijking te maken.

verstaan.

58 Art. 1:113 lid 2 PEL SC.

Een dergelijke vergelijking is voorts slechts te maken aan de hand van de uitgangspunten van de aansprakelijkheidsregeling. Voor verschillende gevalsituaties komt in par. 4.2 en par. 4.3 de aansprakelijkheid diepgaander aan de orde.

Voor wat betreft de uitgangspunten van de aansprakelijkheidsregeling geldt dat onder de regeling van de UAV 2012 en in mindere mate de UAV-GC 2005 en art. 7:758 lid 3 BW de aannemer aan het gehouden toezicht een verweermiddel tegen aansprakelijkheid kan ontnemen. Een dergelijke regeling draagt het risico in zich dat de aannemer minder geprikkeld zal worden om de eisen in de overeenkomst na te leven, waardoor de aansprakelijkheidsregeling afbreuk doet aan de effectiviteit van het toezicht.

De PEL SC en het in de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen voorgestelde art. 7:758 lid 4 BW bieden in dit opzicht een betere regeling. In alle regelingen geldt echter, m.i. terecht, dat wanneer de opdrachtgever daadwerkelijk op de hoogte raakt van een fout van de aannemer, dat hij daarvan de aannemer op de hoogte moet stellen.

4.1.2 De rechtsverhouding tussen opdrachtgever en de toezichthouder

In de rechtsverhouding tussen de opdrachtgever en de toezichthouder wordt het juridisch kader gevormd door de overeenkomst tussen deze partijen. De set van voorwaarden die het meest in aanmerking komt is de DNR 2011. Deze set voorwaarden zal hieronder eerst worden besproken.

Daarnaast kunnen bepalingen uit het BW van toepassing zijn. Een overeenkomst tussen opdrachtgever en toezichthouder zal in het algemeen gekwalificeerd kunnen worden als een overeenkomst van opdracht.⁵⁹ Relevante bepalingen uit Titel 7.7 (opdracht) zullen in de tweede subparagraaf aan de orde komen.⁶⁰

Tot slot worden beide regelingen, voor zover mogelijk, vergeleken aan de hand van de criteria van goed toezicht.

59 Een dergelijke overeenkomst zal immers in de regel voldoen aan de definitie die wordt gegeven in art. 7:400 lid 1 BW:

‘De overeenkomst van opdracht is de overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitgeven van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken.’

60 Bedacht moet echter worden dat vaak algemene voorwaarden van toepassing zijn, zodat deze titel van geringe praktische betekenis is, zie Adriaansens 1995, p. 182.

4.1.2.1 De DNR 2011

De DNR 2011 bestaat uit een modelbasisopdracht, waarin partijen afspraken kunnen maken over de specifieke aspecten van de opdracht en de DNR 2011, die de algemene voorwaarden bevatten. Voorts is van belang dat de werkzaamheden die worden overeengekomen aan de hand van een hulpmiddel, de standaardtaakbeschrijving, beschreven kunnen worden. Uit deze standaardtaakbeschrijving (STB 2014) volgt dat een deel van de taken, namelijk de in de STB 2014 onder fase 9 gerangschikte taken, de directievoering tijdens de uitvoering kunnen betreffen. Het doel van deze fase is volgens de Toelichting op de STB 2014 onder meer het toezien op de uitvoering van het werk.⁶¹

Hieronder wordt de DNR 2011 getoetst aan de criteria van goed toezicht.

1) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat er een positief effect uitgaat van het toezicht op de naleving van voorschriften.

Art. 11 lid 2 DNR 2011 bepaalt onder meer dat de adviseur gehouden is de opdracht goed en zorgvuldig uit te voeren, de opdrachtgever onafhankelijk in een vertrouwenspositie terzijde te staan en zijn diensten naar beste kunnen en wetenschap te verrichten. Hieruit kan geen resultaatsverplichting met betrekking tot de naleving van voorschriften worden afgeleid, omdat de adviseur op dit gebied afhankelijk is van de aannemer.⁶² Denkbaar is wel dat van de adviseur op onderdelen concrete activiteiten verwacht mogen worden. Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het bijwonen van cruciale uitvoeringswerkzaamheden, het navolgen van het toezichtplan en de daarin overeengekomen werkwijze en het adequaat reageren op tekortkomingen van de aannemer.⁶³ Hetgeen precies van de adviseur verwacht wordt kan uitgewerkt worden aan de hand van de STB 2014.

2) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat dit toezicht in onafhankelijkheid wordt uitgevoerd.

In art. 11 lid 2 DNR wordt onder meer bepaald dat de adviseur alles dient te vermijden wat de onafhankelijkheid van het advies kan schaden. Dit houdt in dat de adviseur belangenverstrengeling dient te vermijden.⁶⁴ Op dit punt wordt voldaan aan de criteria van goed toezicht.

61 BNA/NL Ingenieurs 2014, p. 15.

62 Ubink & Oldengarm 2012, p. 47.

63 Vgl. m.b.t. dit laatste aspect CvG KIVI 27 juni 2007, TBR 2008/97. Voor deze activiteiten geldt immers dat de adviseur in beginsel niet afhankelijk is van de aannemer.

64 Ubink & Oldengarm 2012, p. 48.

3) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat de toezichthouder over voldoende deskundigheid beschikt.

In art. 11 lid 1a DNR 2011 is bepaald dat de adviseur zich bij het aanvaarden van een opdracht ervan dient te vergewissen over de voor de juiste vervulling daarvan noodzakelijke kennis en kunde te (kunnen) beschikken.

Als de adviseur de complexiteit van een opdracht heeft onderschat of de eigen deskundigheid heeft overschat, dan kan dit worden meegewogen in de beoordeling hoe de adviseur de opdracht heeft uitgevoerd en kan dit tevens een relevante factor zijn bij de beantwoording van de vraag of doorbreking van aansprakelijkheidsbeperkingen aan de orde is.⁶⁵

Geconcludeerd kan worden dat de DNR 2011 voldoet aan de criteria van goed toezicht.

4) Goed toezicht op het bouwproces vereist niet alleen toezicht op productniveau, maar ook op systeem- en procesniveau.

Dit onderwerp betreft aspecten van de specifieke opdracht die verleend wordt aan een adviseur en laat zich derhalve niet goed in algemene voorwaarden regelen.

5) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat de toezichthouder over voldoende bevoegdheden beschikt om relevante informatie te verzamelen en indien nodig adequaat te interveniëren.

Deze bevoegdheden moeten kunnen worden afgedwongen tegenover de aannemer en dienen derhalve in de rechtsverhouding tussen opdrachtgever en aannemer te worden geregeld. Op dit punt zal de DNR 2011 derhalve niet getoetst worden aan de vereisten voor goed toezicht.

6) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat de toezichthouder over voldoende tijd en middelen beschikt om het toezicht op zorgvuldige wijze te doen plaatsvinden.

De vraag of de toezichthouder over voldoende tijd en middelen beschikt om toezicht te houden, moet in concrete gevallen aan de hand van projectspecifieke afspraken beantwoord worden. Een bepaling die wel in algemene voorwaarden een plaats zou kunnen krijgen is een bepaling die inhoudt dat de adviseur zich ervan vergewist dat er voldoende tijd en middelen beschikbaar zijn. Een dergelijke bepaling is niet in de DNR 2011 opgenomen.⁶⁶ Het voert echter te ver om op basis daarvan te stellen dat de DNR 2011 niet voldoet aan het toetsingskader.

65 Ubink & Oldengarm 2012, p. 46-47.

66 Een soortgelijke bepaling is wel ter zake van de noodzakelijke kennis en kunde opgenomen in art. 11 lid 1a.

7) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat het toezicht risicogestuurd plaatsvindt.

Dit is te specifiek om in de DNR 2011 te regelen, aangezien de DNR 2011 ook gebruikt wordt voor andere soorten diensten dan het houden van toezicht. Mogelijk valt dit onder de algemene zorgvuldigheidsnorm van art. 11 lid 2. Daarvoor kan relevant zijn wat in de taakbeschrijving is opgenomen.

8) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat het toezicht met voldoende intensiteit wordt uitgevoerd.

Dit is te specifiek om in de DNR 2011 te regelen, aangezien de DNR 2011 ook gebruikt wordt voor andere soorten diensten dan het houden van toezicht. Mogelijk valt dit onder de algemene zorgvuldigheidsnorm van art. 11 lid 2. Daarvoor kan relevant zijn wat in de taakbeschrijving is opgenomen.⁶⁷

9) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat er adequaat wordt geïnterveneerd wanneer er de beoordeelde partij de betreffende normen niet naleeft.

Dit is te specifiek om in de DNR 2011 te regelen, aangezien de DNR 2011 ook gebruikt wordt voor andere soorten diensten dan het houden van toezicht. Mogelijk valt dit onder de algemene zorgvuldigheidsnorm van art. 11 lid 2. Daarvoor kan relevant zijn wat in de taakbeschrijving is opgenomen.

10) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat, wanneer er meerdere toezicht-houders zijn, deze samenwerken teneinde hun toezichtsactiviteiten onderling af te stemmen.

In deze afstemming wordt voorzien in art. 6 lid 3 DNR 2011:

3. Indien de adviseur dient samen te werken met derden-adviseurs, dan stelt de opdrachtgever vast welke participant verantwoordelijk is voor de afstemming van de werkzaamheden van de verschillende adviseurs en welke participant verantwoordelijk is voor de besturing van het proces van de werkzaamheden van de verschillende adviseurs.

Zowel voor het procesmatige aspect van de samenwerking als voor de inhoudelijke afstemming wordt door de opdrachtgever een verantwoordelijke partij aangewezen.

Op dit punt voldoet de DNR 2011 derhalve aan de beginselen van goed toezicht.

67 Zie wat hiervoor bij beginsel 1 werd opgemerkt.

11) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat de toezichthouder verantwoording aflegt aan zijn hiërarchisch bovengeschiedte partij.

De informatievoorziening door de adviseur aan de opdrachtgever is geregeld in art. 11 lid 5 DNR 2011:

De adviseur houdt de opdrachtgever op de hoogte van de uitvoering van de opdracht. De adviseur verstrekt naar beste vermogen en tijdig desgevraagd alle inlichtingen, waaronder inlichtingen omtrent de voortgang van de uitvoering van de opdracht, veranderingen van wettelijke regelgeving, of veranderingen omtrent de financiële aspecten van de opdracht, de financiële gevolgen van al dan niet noodzakelijke wijziging daarvan, alsmede inlichtingen omtrent overeenkomsten die de adviseur ter vervulling van de opdracht met derden heeft gesloten.

Deze bepaling is zodanig geformuleerd dat die veel omvat. Derhalve kan aangenomen worden dat hier ook verantwoording over het verloop van een opdracht tot het houden van toezicht onder valt.

Op dit punt voldoet de DNR 2011 derhalve aan de criteria van goed toezicht.

12) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat de toezichthouder aansprakelijk gesteld kan worden indien er als gevolg van gebrekkig toezicht schade ontstaat en dat aansprakelijkheid eerder aan de orde is bij concrete wetenschap met betrekking tot niet nakomen.

Aan dit uitgangspunt wordt voldaan. Op grond van art. 13 lid 1 DNR 2011 is de adviseur aansprakelijk jegens de opdrachtgever voor toerekenbare tekortkomingen. Deze aansprakelijkheid wordt vervolgens echter wel in omvang beperkt:

Art. 14 lid 1

In geval van een toerekenbare tekortkoming is de adviseur uitsluitend aansprakelijk voor vergoeding van de directe schade.

Art. 15 lid 1

De door de adviseur te vergoeden schade is naar keuze van partijen per schadevergoeding opdracht beperkt tot een bedrag gelijk aan de advieskosten met een maximum van € 1.000.000 of tot een bedrag gelijk aan driemaal de advieskosten met een maximum van € 2.500.000.

Het is de vraag hoe deze beperking van aansprakelijkheid tegen de achtergrond van de beginselen van goed toezicht gewogen moet worden. Een beperking van de aansprakelijkheid lijkt in beginsel bij toezichtswerkzaamheden niet problematisch nu in par. 4.1.1.1 werd geconcludeerd dat de aansprakelijkheid voor gebreken als toezicht is gehouden in ieder geval in overwegende mate bij de aannemer dient te blijven.

Met betrekking tot het tweede aspect van dit beginsel van goed toezicht moet worden geconstateerd dat de DNR 2011 geen bijzondere regeling kent voor concreet toezichtsfalen ten opzichte van algemeen toezichtsfalen. Nu de DNR voor een breed scala aan werkzaamheden is geschreven, kan dit verklaard worden vanuit de gedachte dat een dergelijke regeling te specifiek zou zijn voor een set van voorwaarden als de DNR 2011.

4.1.2.2 De titel overeenkomst van opdracht

Volledigheidshalve wordt in deze subparagraaf ingegaan op de titel overeenkomst van opdracht in het BW. Gelet op de beperkte relevantie voor de uitvoering van het bouwtoezicht, worden de beginselen van goed toezicht beknopt besproken.

1) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat er een positief effect uitgaat van het toezicht op de naleving van voorschriften.

Art. 7:401 BW luidt als volgt:

De opdrachtnemer moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen.

In algemene zin kan uit deze bepaling geen resultaatsverplichting worden afgeleid. Maar hieruit kunnen in specifieke gevallen wel concrete verplichtingen worden afgeleid die de opdrachtnemer dient na te leven.⁶⁸ De aard van de overeenkomst en de daarin of op grond daarvan verstrekte instructies zullen medebepalend zijn voor het vereiste niveau van zorg dat de opdrachtnemer moet leveren.

2) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat dit toezicht in onafhankelijkheid wordt uitgevoerd.

Uit de regeling in het BW kan onder bepaalde omstandigheden voortvloeien dat de opdrachtnemer moet vermijden dat zich problematische belangentegenstellingen voordoen.⁶⁹ Hiervan zal sprake kunnen zijn, indien de opdracht het naar beste inzicht behartigen of bevorderen van het belang van de opdrachtgever behelst.

3) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat de toezichthouder over voldoende deskundigheid beschikt.

Uit art. 7:401 BW vloeit voort dat de opdrachtnemer beschikt over de deskundigheid die van de opdrachtnemer te verwachten is. De norm die in dit verband gehanteerd dient te worden is die van de redelijk bekwaam en redelijk handelende beroepsbeoefenaar.⁷⁰

68 Asser/Tjong Tjin Tai 2014, nr. 95.

69 Asser/Tjong Tjin Tai 2014, nr. 124.

70 Ibid. p. 94.

Wie zich verplicht om een opdracht uit te voeren staat in voor een minimaal benodigd niveau van zorg dat vereist is opdat de opdracht met een redelijke kans van slagen tot een goed einde kan worden gebracht, zo stelt Tjong Tjin Tai.⁷¹

4) Goed toezicht op het bouwproces vereist niet alleen toezicht op productniveau, maar ook op systeem- en procesniveau.

Dit onderwerp is te specifiek voor de regeling van de overeenkomst van opdracht in het BW.

5) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat de toezichthouder over voldoende bevoegdheden beschikt om relevante informatie te verzamelen en indien nodig adequaat te interveniëren.

Dit onderwerp is te specifiek voor de regeling van de overeenkomst van opdracht in het BW.

6) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat de toezichthouder over voldoende tijd en middelen beschikt om het toezicht op zorgvuldige wijze te doen plaatsvinden.

Een bepaling die inhoudt dat de opdrachtnemer zich ervan vergewist over voldoende tijd en middelen te beschikken ontbreekt in het BW. Op dit punt voldoet het BW derhalve niet aan het toetsingskader.

7) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat het toezicht risicogestuurd plaatsvindt.

Dit onderwerp is te specifiek voor de regeling van de overeenkomst van opdracht in het BW.

8) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat het toezicht met voldoende intensiteit wordt uitgevoerd.

Dit onderwerp is te specifiek voor de regeling van de overeenkomst van opdracht in het BW.

9) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat er adequaat wordt geïnterveneerd wanneer er de beoordeelde partij de betreffende normen niet naleeft.

Dit onderwerp is te specifiek voor de regeling van de overeenkomst van opdracht in het BW.

71 Ibid.

10) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat, wanneer er meerdere toezicht-houders zijn, deze samenwerken teneinde hun toezichtsactiviteiten onderling af te stemmen.

Dit onderwerp is te specifiek voor de regeling van de overeenkomst van opdracht in het BW.

11) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat de toezichthouder verantwoording aflegt aan zijn hiërarchisch bovengeschiedte partij.

In art. 7:403 BW is de plicht tot verantwoording van de opdrachtnemer aan de opdrachtgever neergelegd:

1. De opdrachtnemer moet de opdrachtgever op de hoogte houden van zijn werkzaamheden ter uitvoering van de opdracht en hem onverwijld in kennis stellen van de voltooiing van de opdracht, indien de opdrachtgever daarvan onkundig is.
2. De opdrachtnemer doet aan de opdrachtgever verantwoording van de wijze waarop hij zich van de opdracht heeft gekweten. Heeft hij bij de uitvoering van de opdracht ten laste van de opdrachtgever gelden uitgegeven of te diens behoeve gelden ontvangen, dan doet hij daarvan rekening.

In de literatuur wordt aangenomen dat deze informatieplicht onder meer inhoudt dat de opdrachtnemer waar nodig (tussentijds) moet navragen of de werkzaamheden die hij verricht in overeenstemming zijn met wat de opdrachtgever verlangt.⁷² De invulling en omvang van deze informatieplicht is afhankelijk van de specifieke opdracht die aan de opdrachtnemer is verstrekt.

Op dit punt wordt de regeling van overeenkomst van opdracht geacht in overeenstemming te zijn met de criteria van goed toezicht.

12) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat de toezichthouder aansprakelijk gesteld kan worden indien er als gevolg van gebrekkig toezicht schade ontstaat en dat aansprakelijkheid eerder aan de orde is bij concrete wetenschap met betrekking tot niet nakomen.

Titel 7.7 BW kent geen bijzondere aansprakelijkheidsbeperkingen, zoals de titel aanneming van werk. Dat betekent dat in beginsel de algemene contractenrechtelijke bepalingen van boek 6 BW (art. 6:74 e.v.) dienen te worden gevolgd. In de praktijk worden doorgaans aansprakelijkheidsbeperkingen overeengekomen, zie par. 4.1.2.1.

72 Asser/Tjong Tjin Tai 2014, nr. 108.

4.1.2.3 Een vergelijking van de regelingen vanuit het oogpunt van goed toezicht

Ten aanzien van de DNR 2011 en titel 7.7 BW geldt wat eerder ook al werd opgemerkt ten aanzien van UAV 2012 en UAV-GC 2005. Een vergelijking van de verschillende regelingen vanuit het oogpunt van goed toezicht is niet voor alle onderwerpen te maken, nu niet alle onderwerpen geregeld worden in de bepalingen van de DNR 2011 en het BW. Dat de DNR 2011 specifiekere zijn dan het BW hoeft niet te verbazen, nu de DNR 2011 is opgesteld voor specifiek de rechtsverhouding tussen opdrachtgever en adviseur bij opdrachten die betrekking hebben op de gebouwde omgeving en afdeling 1 van titel 7.7 BW betrekking heeft op overeenkomsten van opdracht in het algemeen.

Noodzakelijkerwijs beperk ik me tot meer algemene observaties. Zowel de DNR 2011 als titel 7.7 BW voorzien in een regeling die de deskundigheid en onafhankelijkheid van de opdrachtnemer dienen te bevorderen. Voorts voorzien beide regelingen in een informatieplicht van de opdrachtnemer richting de opdrachtgever.

Met betrekking tot de effectiviteit van het toezicht, de in acht te nemen zorg door de opdrachtnemer en de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer, is veel afhankelijk van de wijze waarop de opdracht is geformuleerd.

4.2 TOEZICHT LEIDT TOT EEN POSITIEF OORDEEL OVER DE NALEVING

In de vorige subparagrafen kwamen reeds (onder meer) de uitgangspunten van de contractuele regelingen van de aansprakelijkheid met betrekking tot toezicht aan de orde. In deze en de volgende paragrafen wordt de vraag behandeld welke aansprakelijkheidsrechtelijke gevolgen verbonden kunnen worden aan falend toezicht verder uitgediept. Daartoe wordt voor verschillende gevalssituaties eerst de lijn in de rechtspraak en de literatuur uiteengezet en wordt vervolgens een eigen opvatting geformuleerd.

Er zijn twee uitkomsten mogelijk waartoe toezicht kan leiden. De eerste is dat de toezichthouder oordeelt dat bij de werkzaamheden waarop hij toezicht moest houden, de daaraan gestelde eisen inderdaad zijn nageleefd. Eerst komt dit positieve oordeel van de toezichthouder aan de orde. Dit oordeel kan terecht positief zijn, maar ook ten onrechte. De meeste aansprakelijkheidsrechtelijke vragen spelen rond het ten onrechte geven van een positief oordeel door de toezichthouder. Toezicht kan echter ook een andere uitkomst hebben, namelijk dat de toezichthouder een negatief oordeel geeft over de naleving. Ook voor het negatieve oordeel geldt dat het terecht of onterecht negatief kan zijn. Eventuele aansprakelijkheid in geval van een negatief oordeel van de toezichthouder wordt in par. 4.3 behandeld.

4.2.1 Gevolgen van een onjuist positief oordeel

De toezichthouder kan tijdens de uitvoering op basis van het door hem verrichte toezicht concluderen dat de aannemer goed werk heeft verricht en hem toestemming verlenen om door te gaan. Bij oplevering kan de toezichthouder het werk accepteren. Het is belangrijk om een onderscheid te maken tussen een positief oordeel gedurende de uitvoering van de opdracht en een positief oordeel bij oplevering. Bij toezicht tijdens de uitvoering van de opdracht kan de toezichthouder de aannemer immers op het verkeerde been zetten en hierdoor een gebrek deels of geheel veroorzaken. Bij toezicht tijdens de oplevering is er geen sprake van causaal verband tussen het toezicht en het gebrek. Het bouwwerk is namelijk ten tijde van de oplevering al tot stand gekomen en eventuele gebreken in dat bouwwerk dus ook. Gevolgen van falend toezicht bij de oplevering spelen vanuit causaliteitsperspectief dus tegen een andere achtergrond.

4.2.2 Aansprakelijkheid van de aannemer jegens de opdrachtgever: consequenties van het niet onderkennen van fouten door de opdrachtgever

Hieronder wordt de hoofdlijn in de arbitrale rechtspraak en de literatuur uiteengezet. Vervolgens wordt aandacht besteed aan de overheidsrechtspraak. Tot slot wordt een eigen opvatting geformuleerd over wat op dit moment rechtens is bij toepasselijkheid van de UAV 2012 en op welke wijze de gevolgen van falend directietoezicht anders geregeld zouden kunnen worden.

4.2.2.1 Hoofdlijn: UAV in de arbitrale rechtspraak

Par. 12 van de UAV 2012 (1989) is in de jurisprudentie van de Raad van Arbitrage vele malen aan de orde geweest.⁷³ In de volgende subparagrafen wordt aandacht besteed aan de uitgangspunten in de jurisprudentie over verborgen gebreken in de zin van de UAV.

4.2.2.1.1 Uitgangspunten arbitrale rechtspraak

Hoewel de UAV 2012 in beginsel uitgaan van directietoezicht, wordt in de praktijk niet altijd directietoezicht gehouden. Ook kan directietoezicht met een verschillende intensiteit plaatsvinden. Er kunnen grofweg drie situaties worden onderscheiden: er is sprake van niet-incidenteel⁷⁴ directietoezicht, er is slechts incidenteel toezicht en er is geen directietoezicht.⁷⁵ Uit de rechtspraak van de Raad van

73 Voor een uitgebreid overzicht wordt verwezen naar Van Wijngaarden en Chao-Duivis, Serie Bouw- en Aanbestedingsrecht 2, nrs. 107-131.

74 Met deze term wordt bedoeld op de situatie dat de directievoerder vaker dan op incidentele basis aanwezig is op het werk. Hiervoor worden in rechtspraak en literatuur ook andere termen gehanteerd, zoals 'dagelijks toezicht', 'volwaardig toezicht'.

75 Van Wijngaarden en Chao-Duivis 2014a, nrs. 111-113, 118.

Arbitrage voor de Bouw blijkt dat daarin de mate waarin toezicht is gehouden van belang is voor de vraag of een gebrek als verborgen moet worden aangemerkt of niet.⁷⁶ Indien geen of slechts incidenteel toezicht is gehouden, zal een gebrek sneller als verborgen worden aangemerkt omdat de directie met een beperkte toezichtopdracht minder fouten zal opvallen dan de directie met een uitgebreide toezichtopdracht.

Een ander belangrijk aspect van de arbitrale beoordeling is dat de deskundigheid van de directie of de opdrachtgever consequenties kan hebben voor de vraag of een gebrek als verborgen moet worden aangemerkt. Een zeer deskundige opdrachtgever zal meer op moeten vallen dan een minder deskundige opdrachtgever.⁷⁷

Een volgende vraag is op basis van welke overwegingen, uitgaande van de mate en deskundigheid van toezicht⁷⁸, het verborgen karakter van gebreken door arbiters wordt beoordeeld. Uit de arbitrale rechtspraak blijkt dat arbiters dit onder meer af laten hangen van de vraag of er feitelijke omstandigheden zijn die het toezicht hebben belemmerd.⁷⁹ Een tweede aspect is of het gebrek meer dan alleen incidenteel voorkomt in het bouwwerk, waardoor het zeer snel aan de orde zal komen bij het houden van toezicht, of dat sprake is van een gebrek dat alleen door zeer uitgebreide inspecties aan het licht zal komen.⁸⁰ Ook kan het in de rechtspraak relevant zijn of het gebruikelijk is dat een bepaald type controle wordt uitgevoerd.⁸¹ Tot slot kan ook de tijdsduur waarin het gebrek had kunnen worden opgemerkt van belang zijn.⁸²

4.2.2.1.2 Op welke wijze worden de voor de opdrachtgever nadelige consequenties van falend toezicht in de arbitrale rechtspraak verzacht?

Uit de arbitrale rechtspraak blijkt dat gebreken soms toch voor rekening van de aannemer komen, ook al hadden ze bij nauwlettend toezicht opgemerkt kunnen

76 Zie bijvoorbeeld RvA 16 april 2002, nr. 22.335. Zie ook Van Wijngaarden en Chao-Duvis, Serie Bouw- en Aanbestedingsrecht 2, nr. 118 voor een overzicht.

77 RvA 23 november 1987, nr. 12.235. Zie ook RvA 26 maart 2003, nr. 24.054, RvA 2 augustus 2003, nr. 25.320.

78 Zie bijv. RvA 7 mei 2010, nr. 28.970, r.o. 17, waar arbiters in aanmerking nemen dat sprake was van ondeskundige directievoering en dat de directievoering niet frequent op het werk aanwezig was.

79 In RvA 3 april 1997, nr. 18.990 was sprake van een oplevering in het schemerduister waardoor de krassen op een dertiental ruiten niet werden ontdekt. De aannemer kon zich niet beroepen op het niet melden van deze krassen op het proces-verbaal van oplevering.

80 Vgl. RvA 6 december 2001, nr. 22.511, RvA 2 juni 2003, nr. 23.618.

81 RvA 9 juni 1999, nr. 18.672.

82 Vgl. RvA 17 augustus 2005, nr. 25.084, waarin werd overwogen dat het aanbrengen van ankers ongeveer 17 dagen in beslag had genomen en de directie niet kan zijn ontgaan.

worden.⁸³ Zeer onzorgvuldig werken door of ernstige wanprestatie van de aannemer bijvoorbeeld, kan tot gevolg hebben dat de aannemer in redelijkheid niet gedechargeerd mag worden geacht door het feit dat niet door de directie is ingegrepen.⁸⁴

Een andere uitspraak laat zien dat de ernst van het niet opgemerkte gebrek, ook door de arbiters kan worden aangegrepen om de aannemer toch aansprakelijk te achten. Van een zeer ernstig, constructief gebrek kan de aannemer niet menen dat het door de opdrachtgever is aanvaard.⁸⁵

Tot slot kunnen sommige gebreken pas na de oplevering aan het licht komen. Voor die gebreken, waarvan niet verwacht kan worden dat ze bij oplevering door de opdrachtgever onderkend worden, geldt dat arbiters er een reden in kunnen zien om ze niet voor rekening van de opdrachtgever te laten komen.⁸⁶

4.2.2.2 Overheidsrechtspraak

De hierboven besproken rechtspraak betrof arbitrale rechtspraak. Hoewel opdrachtgever en aannemer, in geval van een conflict over het toezicht op de aannemer, in veel gevallen bij de Raad van Arbitrage voor de Bouw (RvA) terecht komen⁸⁷, is het ook van belang om te onderzoeken hoe de overheidsrechter met deze leerstukken omgaat, omdat uitspraken van de burgerlijke rechter ook belangrijke juridische inzichten kunnen bevatten.

In arrest van de Hoge Raad⁸⁸ uit 2006 en een daaropvolgend arrest van het Hof Amsterdam⁸⁹ is aan de orde geweest hoe de overheidsrechter het leerstuk van de eigen schuld toepast in situaties waarin een opdrachtgever toezicht houdt op een opdrachtnemer. In de zaak die in de twee arresten aan de orde was, had een opdrachtgever aan een notaris de opdracht gegeven om een akte van dading op te stellen waarmee een *partiële* boedelscheiding tot stand zou komen. Toen de notaris een akte had opgesteld die de strekking had een *vollledige* boedelscheiding tot stand te brengen en de opdrachtgever daar ondanks de bijstand van een juridische deskundige niet in de gaten had, werd deze verkeerde akte gepasseerd.⁹⁰ Het fei-

83 Van Wijngaarden en Chao-Duivis 2014a, nr. 118.

84 RvA 2 maart 1988, nr. 12.282, RvA 4 april 1989, nr. 13.033, RvA 1 november 1995, nr. 17.075.

85 RvA 13 juni 2005, nr. 25.217. Betwijfeld kan worden of dit arbitrale vonnis bij toepasselijkheid van de UAV 2012 hetzelfde zou luiden, omdat in par. 12 van de UAV 2012 de verborgenheidseis expliciet ook voor ernstige gebreken is gesteld.

86 RvA 6 oktober 2003, nr. 24.622.

87 Par. 49 van de UAV bepaalt dat geschillen ter beslechting worden voorgelegd aan de RvA.

88 HR 13 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4119.

89 Hof Amsterdam 18 januari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP3812.

90 Zie hierover ook Herber 2006, p. 527-528.

tencomplex in deze zaak vertoont op een abstract niveau overeenkomsten met de situatie waarin de aannemer een bouwwerk met een gebrek tot stand brengt en de opdrachtgever dat ondanks de bijstand van een bouwtechnisch deskundige (de directievoerder) niet in de gaten heeft. Het oordeel in deze zaak is dus relevant voor de vraag hoe moet worden omgegaan met falend toezicht tijdens het bouwproces.

Het oordeel van de Hoge Raad was dat de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de opdrachtgever kan worden toegerekend, omdat de opdrachtgever, ‘bijgestaan door een juridisch adviseur, aan de notaris de uitdrukkelijke opdracht had verstrekt een partiële boedelscheiding tot stand te brengen en vervolgens uit het haar toegezonden concept had moeten opmaken dat dit in zijn huidige vorm het misverstand kon wekken dat de dading toch op een volledige verdeling van de nalatenschap betrekking had.’⁹¹ Onder deze omstandigheden mocht van de opdrachtgever worden verwacht dat hij de notaris erop zou wijzen dat de conceptakte niet tot een partiële boedelscheiding zou leiden.

Toch casseerde de Hoge Raad omdat in het arrest van het Hof Den Haag de verdeling van de schade op grond van art. 6:101 BW onvoldoende gemotiveerd was. Het Hof Amsterdam, waarnaar de zaak werd verwezen, oordeelde vervolgens dat beide partijen voor vijftig procent hebben bijgedragen aan het ontstaan van de schade. De billijkheid vereist echter dat de schade voor driekwart door de notaris gedragen wordt, omdat hij uit hoofde van zijn functie de bij uitstek deskundige partij was en aan hem was opgedragen de akte op te stellen.⁹²

4.2.2.3 Literatuur

In de literatuur is vanuit verschillende invalshoeken geschreven over de gevolgen van falend toezicht bij toepasselijkheid van de UAV. In de volgende subparagrafen wordt eerst ingegaan op de auteurs die de tekst van de UAV als uitgangspunt hebben genomen en worden vervolgens de auteurs besproken die op basis van andere gronden of leerstukken, zoals causaliteit, onverplichtheid van directietoezicht, eigen schuld en rechtsverwerking, hebben gepleit voor een minder strikte toepassing van par. 12 UAV.

4.2.2.3.1 Literatuur: tekst van de UAV als uitgangspunt

Rozemond⁹³ heeft in reactie op de, in de volgende paragraaf te bespreken, oratie van Van den Berg erop gewezen dat in par. 12 van de UAV uitdrukkelijk is bepaald dat de aannemer na oplevering niet meer aansprakelijk is voor verborgen gebreken die de directie ondanks nauwlettend toezicht redelijkerwijs had kunnen ontdekken. Voorts wijst hij erop dat par. 12 van de UAV tot stand is gekomen in

91 HR 13 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4119, r.o. 5.1.3.

92 Hof Amsterdam 18 januari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP3812, r.o. 2.3-2.4.3.

93 Rozemond 1994, p. 236 e.v.

een overleg van opdrachtgevers en aannemers, hetgeen een indicatie geeft dat de bepaling een redelijk karakter heeft.

De Groot⁹⁴ stelt in reactie op de, in de volgende paragraaf te bespreken, oratie van Van den Berg dat in de causaliteitslijn en de rechtsverwerkingslijn geen grond gevonden kan worden om de opdrachtgever aanspraken op de aannemer te ontzeggen. Volgens hem zijn dat echter niet de gronden waarop de Raad van Arbitrage zich baseert. Voor de Raad van Arbitrage is het namelijk niet belangrijk of de uiteindelijke schade groter is geworden door het falende toezicht, maar welke consequentie in de UAV wordt verbonden aan falend directietoezicht. Paragraaf 12 van de UAV 1989 zou volgens De Groot als een exonerationclausule moeten worden gelezen en de uitspraken van de Raad van Arbitrage betreffen de vraag of de aannemer zich in billijkheid op deze exoneration mag beroepen. De aannemer mag zich wel op de exoneration beroepen bij gebreken die zichtbaar zijn en ontdekt hadden kunnen worden, maar niet bij gebreken die zo ernstig zijn dat de aannemer zich van zijn wanprestatie bewust moet zijn geweest. Indien er sprake is geweest van onvolledig, ondeskundig of geen directietoezicht, dan komt de RvA de opdrachtgever volgens de Groot tegemoet door niet te beoordelen wat bij nauwlettend toezicht onderkend had kunnen worden, maar wat bij het toezicht zoals dat feitelijk is gehouden onderkend had kunnen worden. Tot slot zijn er, zo stelt De Groot, de gevallen waarin de RvA de schade niet volledig voor rekening van de opdrachtgever of aannemer wil laten komen en het falend directietoezicht voor een deel aan de opdrachtgever wordt toegerekend.

Van Eimeren⁹⁵ heeft in reactie op de oratie van Van den Berg gesteld dat directietoezicht inderdaad onverplicht⁹⁶ is, maar dat daaruit niet voortvloeit dat het directietoezicht ook onverplichtend is. De tekst van de UAV moet volgens hem het uitgangspunt zijn, waarbij de onverplichtheid van het directietoezicht geen rol speelt. Een andere beoordeling van de gevolgen van falend directietoezicht door de Raad van Arbitrage zou dan ook vooraf moeten worden gegaan door een aanpassing van paragraaf 12 van de UAV 1989. Hij formuleert daartoe het volgende herzieningsvoorstel voor par. 12 lid 3: een gebrek als bedoeld in het tweede lid onder b is als een verborgen gebrek aan te merken 'tenzij de directie geacht moet worden de werkwijze, die tot haar ontstaan heeft geleid, toelaatbaar te hebben geacht in het ontwerp of anderszins zwaarwichtige redenen bestaan aan de aannemer het beroep op de mogelijkheid van onderkenning daarvan bij nauwlettend toezicht voor of bij de oplevering niet te onthouden. De arbiter moet dan volgens Van Eimeren aangeven op basis waarvan hij een beroep op aanvaarding van bij de oplevering en eerder kennelijk niet als gebreken onderkende tekortkoming niettemin gepast acht.

94 De Groot 1995, p. 202-204.

95 Van Eimeren 1995, p. 154.

96 Zie over de gevolgen die Van den Berg verbindt aan onverplichtheid van toezicht par. 4.2.2.3.2.

4.2.2.3.2 Literatuur: causaliteit/onverplichtheid van toezicht/rechtsverwerking/ eigen schuld

Van Vliet stelt in 1969 dat het geen betoog behoeft “dat de zeer actieve rol, die de opdrachtgever zich bij de uitvoering van het werk heeft bedongen, tot onafwendbaar gevolg heeft, dat hij juist daardoor bij het sluiten en uitvoeringen van de aannemingsovereenkomst tal van verplichtingen en garanties jegens de aannemer op zich neemt, geheel afgezien van zijn plicht om de aannemsom te betalen. Onafwendbaar rust op de opdrachtgever het risico van de eventuele fouten, tekortkomingen en nalatigheden, begaan bij de uitoefening van zijn bevoegdheden.”⁹⁷ Hoewel Van Vliet in zijn artikel niet het specifieke voorbeeld van directietoezicht noemt, is zijn betoog door latere auteurs geïnterpreteerd als pleidooi voor verschuiving van verantwoordelijkheid van aannemer naar opdrachtgever door directietoezicht, die tot gevolg zou kunnen hebben dat de directie, wanneer die eens wat minder gecontroleerd heeft, medeverantwoordelijkheid draagt voor tekortkomingen van de aannemer.⁹⁸

Op 30 juni 1969 vond een U.A.V.-congres plaats. Van de forumdiscussie die tijdens dat congres werd gehouden, is in Bouwrecht verslag gedaan.⁹⁹ Ook de regeling in de UAV 1968 omtrent de rechtsgevolgen van falend directietoezicht werd tijdens het congres bediscussieerd naar aanleiding van enkele opmerkingen van Thunnissen.¹⁰⁰ Allereerst vroeg Thunnissen aandacht voor het begrip ‘nauwlettend toezicht’ en wat daarvan de betekenis precies is. Een tweede vraag van betref de formulering “onderkend had *kunnen* worden”. Thunnissen vroeg zich af of dat niet te sterk geformuleerd is en of “onderkend had *behoeven* te worden” niet een gepastere formulering zou zijn.¹⁰¹

Dijkhuis is in reactie op Thunnissen van mening dat met ‘nauwlettend toezicht’ niets anders bedoeld is dan de gebruikelijke gang van zaken in de praktijk. Met het woord ‘kunnen’ is volgens Dijkhuis gepoogd een zo objectief mogelijk criterium te geven, omdat het woord ‘behoeven’ het gevaar meebrengt dat de rechterlijke instantie gaan oordelen aan de hand van persoonlijke omstandigheden van de directie. Tot slot is Dijkhuis van mening dat de opsomming in paragraaf 12 lid 2 onder b inderdaad limitatief bedoeld is.¹⁰² Rozemond is er niet van overtuigd dat ‘kunnen’ meer objectieverend werkt dan ‘behoeven’. Voorts stelt hij dat met de schuld-bepaling klaarblijkelijk bedoeld is dat alleen in heel sterke gevallen een uitzondering kan worden gemaakt op de regel dat er na oplevering geen aansprakelijkheid meer

97 Van Vliet 1969, p. 202.

98 Gratama 1982, p. 184.

99 ‘Resumé van de forumdiscussie tijdens het U.A.V.-congres te ’s-Gravenhage op 30 juni 1969, *BR* 1969, p. 580-592.

100 ‘Resumé van de forumdiscussie tijdens het U.A.V.-congres te ’s-Gravenhage op 30 juni 1969, *BR* 1969, p. 587-588.

101 *Ibid.* p. 588.

102 *Ibid.*

is voor de aannemer.¹⁰³ Wesseling is tijdens de forumdiscussie het meest kritisch op de regeling in de UAV.¹⁰⁴ Hij heeft vooral bezwaren tegen de regeling dat de aannemer zich kan beroepen op onvoldoende directietoezicht *tijdens* de uitvoering en tegen het schuldvereiste dat in paragraaf 12 lid 2 onder b is opgenomen, omdat daarmee de positie van de opdrachtgevers te zeer verslechtert.

Zonderland leidt uit het stelsel van dirigerend toezicht af dat men of de aannemer laat begaan en pas bij oplevering het resultaat controleert of dat men bij voortdurende controleert en er dan ook mede verantwoordelijk voor is dat naar het resultaat wordt toegewerkt.¹⁰⁵

Bloembergen onderzocht in 1978 in Bouwrecht de toepassing van de rechtsverwerking in het kader van verborgen gebreken.¹⁰⁶ Hij vindt de resultaten van de Raad van Arbitrage bevredigend, maar heeft het daarbij slechts over de periode 1975-1977(1978) waarin geen enkel beroep op rechtsverwerking werd gehonoreerd.

Ook Brunner onderzocht, in 1979, de toepassing van de rechtsverwerking bij verborgen bouwgebreken. Hij concludeerde dat de arbitrale bouwrechtspraak en de UAV in veel verdergaande mate het verlies van het recht om uit wanprestatie te ageren verbinden aan het niet tijdig signaleren van gebreken, dan naar algemene regels van verbintenissenrecht geoorloofd is.¹⁰⁷ Deze conclusie wordt onderbouwd met een argumentatie die zich richt op het leerstuk van de rechtsverwerking in het algemene privaatrecht.

Gratama heeft zich in de bundel ter gelegenheid van 75 jaar bouw-arbitrage gebogen over onder meer de vraag wanneer de aannemer een beroep kan doen op stilzwijgen van de directie. Hij stelt voorop dat voor medeaansprakelijkheid van de opdrachtgever sprake moet zijn van een fout, tekortkoming of een nalatigheid jegens de aannemer.¹⁰⁸ Het is daarom van belang te onderzoeken tot welke prestaties de opdrachtgever jegens de aannemer gehouden is.¹⁰⁹ Gratama komt tot de conclusie dat de UAV noch het BW aan de opdrachtgever een plicht tot toezicht en controle opleggen ten behoeve van de aannemer, waardoor niet of slechts weinig controleren door de directie in beginsel geen verschil maakt voor de aannemer of de omvang van diens verplichtingen. In bepaalde gevallen kan de aannemer, volgens Gratama, echter wel een beroep doen op stilzwijgen van de directie. Dit is ten eerste het geval wanneer de opdrachtgever of directie merkt dat de aannemer een

103 Ibid.

104 Ibid. p. 589-590.

105 Zonderland (losbl.) p. 191.

106 Bloembergen 1978, p. 252.

107 Brunner 1979, p. 598.

108 Gratama 1982, p. 184.

109 Gratama 1982, p. 185.

fout maakt.¹¹⁰ Uit de goede trouw vloeit dan voort dat de opdrachtgever of directie verplicht is de aannemer op de fout te wijzen. Ook onder andere omstandigheden kan de aannemer in de visie van Gratama soms een beroep doen op stilzwijgen van de directie. Daarvoor moet aan drie voorwaarden zijn voldaan:

- a.* als de aannemer mocht menen, dat zijn prestatie deugdelijk was;
- b.* als het stilzwijgen der directie bij hem het gerechtvaardigde vertrouwen deed ontstaan, dat ook de directie zijn prestatie deugdelijk achtte;
- c.* als hij, op basis van deze mening handelende, in een ongunstiger positie is gekomen dan als hij terstond verwittigd was dat zijn prestatie op een bepaald punt onvoldoende werd geoordeeld.¹¹¹

Hogerzeil heeft in dezelfde bundel als Gratama ook de rechtsgevolgen van falend directietoezicht kritisch besproken. Volgens hem leggen paragraaf 12 leden 2 en 3 UAV 1968 het zwaartepunt niet bij de verplichting van de aannemer, maar bij de taak van de directie. Dit levert volgens Hogerzeil het grote bezwaar op dat bij tekortschietend directietoezicht de aannemer vrijuit gaat, ook al staat zijn schuld buiten kijf.¹¹² Een tweede punt van kritiek is dat er in de UAV ‘nauwlettend’ toezicht wordt verlangd van de directie. De toevoeging van ‘nauwlettend’ is volgens Hogerzeil niet betekenisloos en verslechtert de positie van de opdrachtgever nog verder.¹¹³

Thunnissen heeft in zijn annotatie bij een uitspraak van de Raad van Arbitrage¹¹⁴ zowel de causaliteit als de goede trouw besproken. In de betreffende uitspraak van de RvA waren de feiten als volgt. De opdrachtgever had met de hoofdaannemer een aannemingsovereenkomst gesloten met betrekking tot het maken van onderfloeren, bedrijfsvloeren, dekvloeren en toebehoren voor een stationspostgebouw. Het bestek schreef voor dat de directie regelmatig controleproeven zou verrichten, maar dit is niet gebeurd. Bij de uitvoering blijken achteraf fouten gemaakt te zijn bij het leggen van de tegelvloer. Omdat de tegels niet volledig dragend in het mortelbed zijn gelegd treden gebreken op die vervanging van de vloer noodzakelijk maken. Het oordeel van de arbiters luidde dat controle van het eerste vloervlak door de directie de schade beperkt zou hebben tot een fractie van de totale schade en dat de directie door de regelmatige controle na te laten voor de overige vloervlakken het causaal verband tussen oorzaak en schade hebben doorbroken.

Thunnissen maakt in zijn annotatie een tweetal opmerkingen. Allereerst stelt hij dat niet het achterwege blijven van de directiecontrole de oorzaak is van de gebrekkige vloer, maar de uitvoeringsfout van de aannemer. Het oordeel van de arbiters dat het causaal verband is doorbroken, deelt hij daarom niet. Volgens Thun-

110 Gratama 1982, p. 186.

111 Gratama 1982, p. 193-195.

112 Hogerzeil 1982, p. 156.

113 Ibid. p. 157.

114 RvA 11 november 1985, nr. 10.734.

nissen is het echter een andere zaak dat het ten onrechte achterwege blijven van de directiecontrole ertoe leidt dat de goede trouw in de weg staat aan het vorderen van schadevergoeding wegens de gebrekkigheid van de andere vlakken van de vloer. Hij maakt hierbij een vergelijking met de werking van de goede trouw bij het verwaarlozen van de waarschuwingsplicht.¹¹⁵

Chao-Duivis heeft in verschillende artikelen de aansprakelijkheid van de aannemer na oplevering behandeld. In een artikel in 1991 waarin zij informatie- en mededelingsplichten in breder verband bespreekt, komen ook de verplichtingen van de aannemer en de opdrachtgever of directie aan de orde bij uitvoeringsfouten van de aannemer.

Chao-Duivis sluit zich aan bij de opmerking van Thunnissen in zijn annotatie bij RvA 11 november 1985, nr. 10.734 dat de motivering van het vonnis van de Raad hem niet aanspreekt, omdat de oorzaak van het gebrek van de vloer een uitvoeringsfout was, ook in de situatie waarin ten onrechte controle achterwege bleef.¹¹⁶ Chao-Duivis stelt dat de directie door niet te controleren geen causaal verband heeft doorbroken en dat juist de aannemer welbewust de causaliteit tussen schade en oorzaak in het leven heeft geroepen, omdat de aannemer is doorgegaan met de uitvoering toen controle door de directie uitbleef, hoewel hij wist dat die controle door de directie vereist was.¹¹⁷ De causaliteit zou voor de overige vloervlakken volgens Chao-Duivis wel doorbroken zijn geweest, indien de directie het eerste vloervlak wel had gecontroleerd, maar dit ondeugdelijk had gedaan en daardoor het vloervlak ten onrechte had goedgekeurd. Dit was echter niet het geval, waardoor Chao-Duivis van oordeel is dat de schade volledig is veroorzaakt door de aannemer.

In latere publicaties beargumenteert Chao-Duivis nogmaals haar causaliteitsbenadering en signaleert zij dat zowel de Raad van Arbitrage als een aantal auteurs de causaliteitsbenadering als de rode draad zien bij het bepalen van de gevolgen van falend directietoezicht. Een verschil tussen de Raad van Arbitrage en de auteurs is, zo analyseert Chao-Duivis, dat een directie die nalaat te controleren volgens de Raad wel in de causaliteitsketen treedt, terwijl dit volgens haarzelf en andere auteurs niet het geval is.¹¹⁸

115 Thunnissen, *BR* 1986 p. 383.

116 Chao-Duivis 1991, p. 92.

117 Chao-Duivis 1991, p. 92.

118 Chao-Duivis 2007, p. 56.

Chao-Duivis noemt ook voorbeelden van argumenten die door de Raad van Arbitrage worden gehanteerd om aan harde consequenties van falend directietoezicht te ontkomen¹¹⁹:

- het kwalificeren van toezicht als incidenteel toezicht;
- een in eerste instantie niet als verborgen gekwalificeerd gebrek wordt later toch als verborgen beschouwd vanwege de ernst van de gevolgen van het gebrek;
- het niet aanvaard achten van fouten die over het hoofd zijn gezien;
- het afwijzen van het verweer dat bij directietoezicht het uitvoeringsrisico bij de opdrachtgever komt te liggen;
- misbruik door de aannemer van ontoereikend toezicht.

Met betrekking tot het toezicht bij oplevering is door Chao-Duivis gesteld dat de regelingen in de algemene voorwaarden en de regeling in art. 7:758 lid 3 BW tot gevolg hebben dat een fout waar de opdrachtgever geen veroorzakingsaandeel in heeft gehad, toch voor rekening van de opdrachtgever worden gebracht.¹²⁰ Dit strookt volgens Chao-Duivis niet met het rechtsgevoel. De creatieve wijze waarop arbiters met dit probleem omgaan, laat volgens haar zien dat de geldende regelingen op dit punt aan een heroverweging toe zijn.

Van den Berg heeft in zijn Tilburgse oratie¹²¹ kritiek geuit op de rechtspraak van de Raad van Arbitrage, waarin falend directietoezicht ten gunste van de aannemer wordt meegewogen.¹²² Hij signaleert twee denklijnen in de uitspraken van de Raad van Arbitrage. In een aantal zaken werd nalatig optreden van de directie op grond van het leerstuk van de eigen schuld aan de opdrachtgever toegerekend. In bepaalde zaken werd een (relatief) groot deel van de schade op deze manier aan de opdrachtgever toegerekend. Van den Berg heeft hier om twee redenen bezwaar tegen. De eerste reden is dat in de door hem onderzochte zaken het aandeel van de aannemer in het ontstaan van de schade veel te laag is ingeschat. De aannemer is immers eerst verantwoordelijke voor de uitvoeringswerkzaamheden waarop de directie toezicht houdt.¹²³ De tweede reden die Van den Berg aanvoert is dat het directietoezicht, zoals blijkt uit par. 3 UAV 1989, in beginsel onverplicht door of namens de opdrachtgever wordt verricht. Het strookt volgens Van den Berg niet met de billijkheid om falend directietoezicht, ondanks het onverplichte karakter van het directietoezicht, zwaar mee te wegen in de schadevergoedingsplicht van de aannemer. Directietoezicht is immers een door de opdrachtgever bekostigde maatregel, die ertoe dient de opdrachtgever extra zekerheid te verschaffen dat het werk conform het ontwerp wordt uitgevoerd. Het leerstuk van de eigen schuld biedt volgens Van den Berg goede aanknopingspunten om aan de bezwaren tegemoet

119 Chao-Duivis 2007, p. 56-57.

120 Chao-Duivis 2007, p. 57-58.

121 Van den Berg 1993.

122 Deze kritiek komt ook terug in latere publicaties, zoals Asser/Van den Berg 7-VI 2017.

123 Van den Berg 1993.

te komen. Artikel 6:101 BW vereist immers eerst een verdeling van de schade in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden aan het ontstaan van de schade hebben bijgedragen en vervolgens een billijkheidscorrectie waarmee die evenredige verdeling kan worden aangepast. Van den Berg ziet kort samengevat alleen ruimte voor toerekening als aan een drieledige eis is voldaan: ‘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.’

De tweede denklijn die Van den Berg in de rechtspraak van de Raad van Arbitrage terug ziet komen is het leerstuk van de rechtsverwerking.¹²⁴ De uitspraken van de Raad van Arbitrage die Van den Berg onder deze denklijn schaaft hebben bijna allemaal gemeen dat de uitkomst voor de opdrachtgever zeer nadelig was: volledige ontzegging van aanspraken jegens de aannemer. Van den Berg ziet als krachtigste billijkheidsargument voor toepassing van de rechtsverwerking, dat de schuldenaar door de houding van de schuldeiser in een nadeliger positie is komen te verkeren.¹²⁵ Van den Berg ziet drie mogelijkheden van nadeel. De eerste is de situatie waarin de aannemer een uitvoeringsfout heeft begaan die bij attenter toezicht onderkend had kunnen worden en waarop vervolgens is voortgebouwd. In een dergelijk geval ziet Van den Berg in de causaliteit het aangewezen kader om het veroorzakingsaandeel van de opdrachtgever mee te wegen. Ingeval de aannemer door inactiviteit van de directie minder mogelijkheden heeft tot het nemen van verhaal op hulppersonen kan een vorm van nadeel zijn, maar zal vrijwel nooit een volledig verval van aansprakelijkheid van de aannemer kunnen rechtvaardigen. De derde mogelijkheid van nadeel, verslechtering van de bewijspositie van de aannemer, zal volgens Van den Berg door het informele karakter van de bouw-arbitrage geen belangrijke rol spelen. Een ander belangrijk argument voor het aannemen van rechtsverwerking, de rechtszekerheid, kan de strenge sanctie van volledig verlies van aanspraken op de opdrachtnemer niet rechtvaardigen. Tot slot kan worden betoogd dat in par. 12 van de UAV 1989 een vorm van rechtsverwerking krachtens overeenkomst is opgenomen. Van den Berg ziet echter in de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid een instrument waarmee de gevolgen voor de opdrachtgever verzacht kunnen worden.

De oratie van Van den Berg is door Thunnissen besproken. Thunnissen geeft aan zich in vele beschouwingen van Van den Berg te kunnen vinden, maar niet in het uitgangspunt dat het onverplichte karakter een grondslag biedt om falend directietoezicht minder aan de opdrachtgever toe te rekenen. Thunnissen stelt voorts dat de regeling in paragraaf 12 van de UAV niet afwijkt van de regelingen in andere Europese landen. Hij baseert zich daarbij op het eindrapport van de GA-PEC (Groupe des Associations Interprofessionnelles Européennes de la Construction), een begin jaren negentig door de Europese Commissie ingestelde onder-

124 Van den Berg 1993, p. 14-26.

125 Van den Berg 1993, p. 16.

zoeksgroep, die op basis van het bouwrecht van de lidstaten een rapport heeft geschreven over een mogelijke Europese regeling op een aantal aspecten van het bouwrecht, zoals oplevering en aansprakelijkheid.¹²⁶

Voorts wijst Thunnissen op de mogelijkheid dat paragraaf 12 lid 1 UAV buiten toepassing kan worden gelaten indien de redelijkheid en billijkheid dat vereisen, bijvoorbeeld indien het gaat om ernstige of omvangrijke gebreken waarvan moet worden aangenomen dat de aannemer daarvan op de hoogte was en er niet op mocht vertrouwen dat de opdrachtgever die gebreken zou willen aanvaarden.

Rozemond heeft kritisch gereageerd op de oratie van Van den Berg.¹²⁷ Hij richt zich daarbij op een aantal elementen. Het eerste aspect dat hij belicht is de rol van de Raad van Arbitrage en de door de Raad gevolgde denklijnen. Volgens Rozemond is er geen sprake van twee centrale denklijnen, omdat de causale denklijn in slechts enkele gevallen zuiver zou worden gevolgd. Bovendien heeft de Raad van Arbitrage in de arbitrale rechtspraak juist de gevolgen van paragraaf 12 UAV voor de opdrachtgever verzacht door bij de beoordeling van het toezicht uit te gaan van de (on)deskundigheid van de opdrachtgever indien er geen directie is, door uit te gaan van het toezicht zoals dat feitelijk heeft plaatsgevonden en niet van nauwlettend toezicht met een frequentie zoals dat plaats had kunnen vinden.¹²⁸ Vervolgens komt Rozemond toe aan de vraag of de arbitrale rechtspraak anders zou moeten zijn. Hij wijst er bij de beoordeling van de arbitrale rechtspraak op dat arbiters anders te werk gaan dan Van den Berg. Arbiters laten geen expliciete rechtsregel toe op feiten en bekijken dan of correctie op grond van de redelijkheid en billijkheid wenselijk is, maar nemen een beslissing die zij billijk vinden en zoeken er vervolgens een rechtsregel bij.¹²⁹ Rozemond besluit met de constatering dat de causaliteitslijn goed bruikbaar is, met inschakeling van de redelijkheid en billijkheid. De mate van bewustheid of de mate waarin de aannemer zich bewust had moeten zijn van zijn fouten kan dan worden meegewogen, zodat bedrog van de aannemer nooit wordt gedekt.¹³⁰ Ook de rechtsverwerkingslijn van paragraaf 12 UAV, die vaak door de Raad gemitigeerd is, kan volgens Rozemond bruikbaar zijn.¹³¹

Jansen heeft in een rechtsvergelijkende studie onderzocht welke gevolgen de in Duitsland, Engeland, Frankrijk en België geldende regelingen verbinden aan falend toezicht door of namens de opdrachtgever.¹³² Daaruit volgt dat in andere rechtsstelsels een beroep van de aannemer op het door of namens de opdracht-

126 Op dit document wordt in dit onderzoek verder niet ingegaan, omdat inmiddels de PEL SC tot stand zijn gekomen als resultaat van een onderzoek naar harmonisatie van de rechtsstelsels in Europa op het punt van de Service Contracts.

127 Rozemond 1994, p. 236 e.v. en Rozemond 1995, p. 186-193.

128 Rozemond 1995, p. 190.

129 Rozemond 1995, p. 191-192.

130 Rozemond 1995, p. 192.

131 Rozemond 1995, p. 192.

132 Jansen 1994.

gever gehouden toezicht niet of veel minder snel gehonoreerd zal worden, onder meer omdat de eigen verantwoordelijkheid van de aannemer en de onverplichtheid van het toezicht in die rechtsstelsels een meer centraal uitgangspunt vormen.¹³³

Jansen heeft in zijn dissertatie en in latere publicaties stelling genomen tegen de door Van den Berg bepleite toepassing van eigen schuld.¹³⁴ De centrale denklijn in zijn betoog is dat voor de toepassing van eigen schuld in de contractuele verhouding tussen opdrachtgever en aannemer een schending van een contractuele norm aan de zijde van de benadeelde vereist is.¹³⁵ Toepassing van eigen schuld is naar de mening van Jansen in dit verband alleen mogelijk indien de opdrachtgever de verkeerde keuze van de aannemer daadwerkelijk heeft ontdekt en hier geen opmerking over heeft gemaakt.¹³⁶

Van den Berg heeft in reactie op het betoog van Jansen, aan de hand van onder meer de parlementaire geschiedenis en jurisprudentie van de Hoge Raad beargumenteerd waarom er naar zijn mening geen voorafgaande toets naar een normschending hoeft plaats te vinden.¹³⁷

Donders heeft het (on)verplichte karakter van het directietoezicht te houden onder de loep genomen.¹³⁸ Hij beantwoordt de vraag of de aannemer in algemene zin een recht op directietoezicht kan doen gelden negatief.¹³⁹ Ook wanneer de UAV 1989 van toepassing zijn, geldt dat de opdrachtgever in beginsel vrij is om een directie aan te stellen. Paragraaf 3 lid 2 van de UAV 1989 bepaalt dat er een bijbetaling dient plaats te vinden als de aannemer teleurgesteld wordt in een bij het sluiten van het contract gerechtvaardigd vertrouwen dat er directie gevoerd zou worden. Omdat de UAV 1989 een compensatieregeling bieden, ligt het niet voor de hand om een verplichting tot directietoezicht aan te nemen. Er kunnen zich echter volgens Donders wel in bijzondere gevallen omstandigheden voordoen, waaronder de aannemer wel een recht op directietoezicht kan doen gelden, bijvoorbeeld wanneer de aannemer dit contractueel heeft bedongen.¹⁴⁰

Ook Herber heeft zich aangesloten bij de auteurs die zich op het standpunt stellen dat in het bouwproces de aansprakelijkheid primair behoort te liggen bij degene

133 Ibid. p. 840. Vgl. ook Jansen 1998, p. 416.

134 Jansen 1998, p. 378-394, Jansen 2006, p. 202-212, Jansen 2013, p. 45-49.

135 Jansen 1998, p. 385-386, met een verwijzing naar het arrest HR 2 februari 1962, *NJ* 1964, 329 (Ove Skou).

136 Jansen 1998, p. 390-391.

137 Asser/Van den Berg 7-VI 2017, nr. 102, 103, 112. Van den Berg verwijst onder meer naar HR 13 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4119, *NJ* 2006/59.

138 Donders 1995.

139 Donders 1995, p. 178.

140 Donders verwijst voor bijzondere omstandigheden onder meer naar HR 4 december 1970, *NJ* 1971, 204. Zie over dit arrest ook par. 4.2.2.2.

die een fout maakt en niet bij degene die niet waarschuwt.¹⁴¹ Hij maakt hierbij een koppeling tussen directietoezicht onder de UAV en de waarschuwingsplicht van de aannemer onder de UAV. In beide gevallen is volgens hem sprake van een onjuiste uitkomst indien degene die nalaat te waarschuwen volledig of in hoge mate de aansprakelijkheid draagt. Bij ontwerpfouten behoort volgens hem de aansprakelijkheid primair te liggen bij de opdrachtgever en bij uitvoeringsfouten bij de aannemer.

Voorts heeft Herber gewezen op de relevantie van de eerder genoemde uitspraak van de Hoge Raad betreffende een onjuist opgestelde notariële akte.¹⁴² Hij leidt daaruit af dat degene die daadwerkelijk de fout heeft begaan, in principe het merendeel van de schade moet betalen en degene die verzuimd heeft om te waarschuwen het kleinste deel.

Bruggeman heeft zich in haar dissertatie aangesloten bij de denklijn van Chao-Duivis.¹⁴³ Het is niet gerechtvaardigd indien de opdrachtgever door onoplettendheid aanspraken op de aannemer verliest, ook wanneer het causaal verband tussen de onoplettendheid en de geleden schade ontbreekt. Bruggeman draagt als praktische oplossing aan om de termijn te verlengen waarbinnen de opdrachtgever zogenaamde zichtbare gebreken dient te melden.¹⁴⁴ Zij verwijst daarbij naar de PEL SC, die geen keuring bij oplevering en dus ook geen rechtsverlies ten aanzien van bij oplevering zichtbare gebreken kennen. Wel kent de PEL SC, zo stelt Bruggeman, de mogelijkheid dat een opdrachtgever die te lang wacht met inspectie van het gebouw en het melden van gebreken eventuele aanspraken verliest op de aannemer. Het zou volgens Bruggeman aanbeveling verdienen bij deze regeling in de PEL SC aan te sluiten.

Over de onverplichtheid van het voeren van directietoezicht is ook een standpunt ingenomen door Broekema-Engelen en Van Cassel in een artikel over directietoezicht op aanneming van werk in het Draft Common Frame of Reference (DCFR). Zij gaan ervan uit dat directietoezicht bij toepasselijkheid van de UAV wel verplicht is.¹⁴⁵ Deze stelling wordt beargumenteerd met een verwijzing naar paragraaf 3 lid 2 van de UAV. In deze paragraaf is het volgende bepaald:

‘Indien de opdrachtgever niet een of meer personen wil aanwijzen om als directie op te treden, is hij verplicht hiervan vóór de uitvoering van het werk schriftelijk mededeling te doen aan de aannemer. Indien door het niet aanwijzen of niet vervangen van een of meer personen om als directie op te treden meer van de aannemer wordt verlangd dan redelijkerwijs van hem kan worden gevergd, heeft hij recht op bijbetaling.’

141 Herber 2006, p. 530.

142 Verwezen wordt naar par. 4.2.2.2.

143 Bruggeman 2010, p. 445.

144 Ibid. p. 445-446.

145 Broekema-Engelen & Van Cassel 2009, p. 65.

Tot slot kan nog gewezen worden op hetgeen door Chao-Duivis naar voren is gebracht in het kader van een onderzoek waarin onder meer de mogelijkheden tot verbetering van de positie van de opdrachtgever in beeld werden gebracht.¹⁴⁶ Chao-Duivis wijst erop dat er andere criteria denkbaar zijn aan de hand waarvan bepaald kan worden welke gebreken als verborgen dan wel niet verborgen moeten worden aangemerkt. Indien ‘verborgen gebrek’ gedefinieerd wordt als een gebrek dat niet op het proces-verbaal van oplevering is genoteerd, ontstaat er veel meer duidelijkheid over de verborgenheid van gebreken en zullen er veel minder (arbitrale) procedures gevoerd worden over de bij toepasselijkheid van de huidige in UAV en BW opgenomen regeling sterk casuïstische vraag of een gebrek verborgen is of niet.

4.2.2.4 Eigen opvatting over de gevolgen van falend directietoezicht

De contractuele grondslag voor de gevolgen van falend directietoezicht zal meestal paragraaf 12 van de UAV 2012 zijn. Die paragraaf bepaalt dat de aannemer niet aansprakelijk is voor gebreken die de directie bij nauwlettend toezicht tijdens de uitvoering van het werk dan wel bij de oplevering daarvan had kunnen onderkennen. Indien de opdrachtgever en de aannemer deze bepaling zijn overeengekomen, vormt deze bepaling het uitgangspunt van de gevolgen van falend directietoezicht.

In deze paragraaf wordt onderzocht of een andere regeling van de gevolgen van falend directietoezicht wenselijk is. Daarbij wordt een onderscheid aangehouden tussen toezicht tijdens de uitvoeringsfase en toezicht tijdens de oplevering. Bij de eerste vorm van toezicht is het mogelijk dat het toezicht bijdraagt aan de totstandkoming van gebreken. Bij de tweede vorm van toezicht zijn het bouwwerk en ook de eventueel daaraan klevende gebreken reeds tot stand gekomen en kan gebrektoezicht derhalve geen bijdrage leveren aan het ontstaan van ebreken.

4.2.2.4.1 Toezicht tijdens de uitvoeringsfase: causaliteit

Zoals Chao-Duivis en Van den Berg hebben betoogd, biedt de causaliteit een goed perspectief voor de discussie omtrent de gevolgen van falend directietoezicht tijdens de uitvoering van de werkzaamheden, omdat directietoezicht tijdens de uitvoering een gebrek (mede) kan veroorzaken.¹⁴⁷ Het is van belang om in dat perspectief de verschillende manieren waarop de directievoerder in de causaliteitsketen kan treden goed te onderscheiden, zodat van verschillende soorten handelingen van de directievoerder kan worden vastgesteld of hij daarmee bijdraagt aan het gebrek. Er kunnen vier verschillende soorten handelingen van de directievoerder onderscheiden worden, waarmee hij (mogelijk) een gebrek (mede) veroorzaakt. Ten eerste kan de directie nalaten toezicht te houden op een werk of een onderdeel daarvan. Ten tweede kan de directie wel onverplicht toezicht houden, maar daarbij

146 Chao-Duivis & Strang 2013, p. 106.

147 Chao-Duivis, noot bij RvA 30 mei 2006, nr. 27.704, *BR* 2007/15, p. 56. Asser/Van den Berg 7-VI 2017, nr. 111.

een gebrek niet opmerken. De derde optie is dat de opdrachtgever zich ertoe verplicht heeft toezicht (te laten) houden en dat hij bij dat verplichte toezicht een gebrek niet opmerkt. De vierde mogelijkheid is dat de toezichthouder een verkeerde aanwijzing geeft waardoor het werk of een onderdeel daarvan gebrekkig wordt.

Met Van den Berg ben ik van mening dat art. 6:101 BW geen normatieve toets vereist voorafgaande aan de toepassing van de causaliteitsmaatstaf.¹⁴⁸ Wel acht ik van belang, zoals Jansen stelt, dat de inhoud van de overeenkomst tussen partijen van invloed kan zijn op de toepassing van eigen schuld.¹⁴⁹

De toezichthouder laat na (op een onderdeel) tijdens de uitvoering toezicht te houden waardoor een gebrek niet door hem wordt opgemerkt

In de situatie waarin de toezichthouder nalaat om toezicht te houden, ziet, zoals Chao-Duivis uiteen heeft gezet¹⁵⁰, de Raad van Arbitrage de directie nog wel in de causale keten staan, maar de meeste auteurs niet.

Voor de opvatting van de Raad van Arbitrage kan naar mijn mening pas grond bestaan indien wordt uitgegaan van een verplichting tot directievoering. Hoe kan immers een directievoerder, die niet verplicht was tot het houden van toezicht, in de causale keten staan zonder dat hij toezicht heeft gehouden? In dat geval zou er geen doen of nalaten zijn waaraan het causale aandeel van de opdrachtgever kan worden gekoppeld. Over de verplichtheid van directietoezicht zijn verschillende standpunten ingenomen in de literatuur. Uit par. 3 lid 2 van de UAV blijkt echter dat, anders dan Broekema-Engelen en Van Cassel menen¹⁵¹, de aannemer geen

148 Van den Berg beargumenteert (zie de vorige subparagraaf) m.i. overtuigend dat een dergelijke toets op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad niet toegepast hoeft te worden. Dit neemt niet weg dat hierna slechts in een beperkt aantal gevallen toepassing van eigen schuld mogelijk zal blijken.

149 Het door Jansen aangehaalde arrest HR 2 februari 1962, NJ 1964, 329 (Ove Skou) biedt hier een voorbeeld van. De aard van de bewakingsovereenkomst verzette zich er, in de situatie dat de benadeelde zelf ook niet goed had gewaakt, tegen dat de aanspraak op schadevergoeding op grond van eigen schuld verminderd werd. Uitgangspunt van de bewakingsovereenkomst was als het ware dat de bewaking door de benadeelde zelf onvoldoende zou zijn. Onder deze omstandigheden was het niet mogelijk dat het bewakingsbedrijf een beroep deed op eigen schuld. Uit de overwegingen in dit arrest dat de tussen partijen gesloten overeenkomst niet inhield dat de benadeelde maatregelen moest nemen tegen de afwending van gevaren die zich bij plichtsverzuim van het bewakingsbedrijf zouden kunnen voordoen en dat de door de benadeelde niettemin genomen maatregel in de verhouding met het bewakingsbedrijf niet aan de benadeelde kan worden toegerekend, zou ik in het licht van de latere door Van den Berg aangehaalde jurisprudentie niet willen afleiden dat onder alle omstandigheden een preliminaire toets dient plaats te vinden of er sprake is geweest van een schending van een contractuele norm door de benadeelde.

150 Chao-Duivis, noot bij RvA 30 mei 2006, nr. 27.704, BR 2007/15, p. 56.

151 Broekema-Engelen & Van Cassel 2009, p. 65.

aanspraak kan maken op directietoezicht. Hij kan hoogstens op grond van die bepaling¹⁵² aanspraak maken op bijbetaling, indien door het niet aanwijzen van een directie meer van de aannemer wordt verwacht dan redelijkerwijs van hem kan worden gevegd.¹⁵³ Het is de vraag of er überhaupt meer van de aannemer wordt gevegd door afwezigheid van directietoezicht. Welke extra werkzaamheden dient de aannemer dan te verrichten? Het toezicht is slechts een controle van de activiteiten van de aannemer, die overbodig is indien de aannemer de opdracht op een correcte manier uitvoert. Nu de aannemer geen aanspraak kan maken op directievoering, kan niet worden ingestemd met het jurisprudentie van de Raad van Arbitrage op dit punt.

Indien de opdrachtgever, of namens hem de toezichthouder, en de aannemer uitdrukkelijk een of meer controlemomenten afspreken, maar deze controles niet plaatsvinden, ligt er een fout bij de toezichthouder. Deze komt immers de afspraak om op een bepaald moment toezicht te houden niet na. De vertraging die hierdoor ontstaat kan derhalve aan de toezichthouder (en in de rechtsverhouding tussen opdrachtgever en aannemer aan de opdrachtgever) toegerekend worden. Wanneer echter de aannemer doorbouwt, zonder de toezichthouder alsnog te laten controleren, kan betoogd worden dat de fout vanuit causaliteitsperspectief alsnog (deels) bij de aannemer komt te liggen. Door het doorbouwen zonder dat controle heeft plaatsgevonden, wordt de eventuele latere schade namelijk veroorzaakt door het zonder die controle doorbouwen.¹⁵⁴ De aannemer had ook kunnen wachten met doorbouwen, zonder dat dit hem verweten zou kunnen worden door de opdrachtgever, en aanspraak kunnen maken op vergoeding van vertragingsschade.

De toezichthouder houdt onverplicht toezicht maar merkt een gebrek niet op

De tweede situatie is het meest complex. Enerzijds zijn er situaties denkbaar waarin de toezichthouder ten onrechte een onderdeel van het werk goedkeurt, terwijl het gebrek duidelijk zichtbaar was en dus geconstateerd had kunnen worden door de toezichthouder. Anderzijds zijn er ook situaties denkbaar waarin een gebrek zodanig verborgen was, dat het de toezichthouder niet kan worden verweten dat hij het niet heeft opgemerkt. Naar de huidige regeling in de UAV 2012 is dit een relevant onderscheid.

Buiten twijfel staat dat indien de opdrachtgever of een namens hem optredende toezichthouder op de hoogte raakt van een uitvoeringsfout van de opdrachtn-

152 ‘Indien de opdrachtgever niet een of meer personen wil aanwijzen om als directie op te treden, is hij verplicht hiervan vóór de uitvoering van het werk schriftelijk mededeling te doen aan de aannemer. Indien door het niet aanwijzen of niet vervangen van een of meer personen om als directie op te treden meer van de aannemer wordt verlangd dan redelijkerwijs van hem kan worden gevegd, heeft hij recht op bijbetaling.’

153 Zie eerder par. 4.1.1.1.

154 Noot van M.A.B. Chao-Duivis bij RvA 30 mei 2006, no. 27.704, BR 2007, p. 55.

mer, hij de opdrachtnemer hierop zal moeten attenderen.¹⁵⁵ In veel gevallen zal echter geen sprake zijn van daadwerkelijke wetenschap bij de opdrachtgever of de namens hem optredende toezichthouder. In een dergelijk geval kan toezicht contraproductief werken, zo bleek in par. 4.1.1.1, wanneer de aannemer een verweermiddel tegen aansprakelijkheid kan ontlenen aan het toezicht. Er wordt dan immers een prikkel tot naleving van de eisen uit de overeenkomst weggenomen, hetgeen afbreuk doet aan een belangrijk beginsel van goed toezicht.¹⁵⁶

Wel zou vanuit een oogpunt van goed toezicht denkbaar kunnen zijn dat, wanneer de aannemer als gevolg van het onverplicht gehouden toezicht in een nadeliger positie komt te verkeren, een (beperkt) deel van de schade voor rekening van de opdrachtgever blijft, doordat de aannemer een beroep doet op eigen schuld. Van den Berg stelt hiervoor, m.i. terecht, 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.¹⁵⁷

Ook uit de burgerlijke rechtspraak blijkt dat onder omstandigheden met een beroep op eigen schuld de schade voor een gedeelte voor rekening van de opdrachtgever kan blijven.¹⁵⁸ Die rechtspraak moet echter beperkt worden geïnterpreteerd. In het betreffende arrest van de Hoge Raad was namelijk sprake van een fout die op het eerste gezicht duidelijk was en was sprake van deskundige bijstand.

Het vaststellen van het veroorzakingsaandeel van beide partijen zal afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval. Daarbij geldt dat het arrest van het Hof Amsterdam inzake de foutieve notariële akte¹⁵⁹ dat volgde op bovengenoemd arrest van de Hoge Raad, in dit verband niet richtinggevend kan zijn, omdat er in een bouwproces doorgaans een groter verschil in omvang van de werkzaamheden is tussen toezichthoudend opdrachtgever en opdrachtnemer. Het arrest maakt echter wel duidelijk dat een billijkheidscorrectie ten gunste van de opdrachtgever, zoals ook door Van den Berg is betoogd¹⁶⁰, op zijn plaats is, omdat aan de opdrachtnemer, die bij uitstek deskundig is, tegen betaling is opgedragen om het werk tot stand brengen. De aannemer is daarom primair verantwoordelijk voor de deugdelijkheid van het werk.

155 Asser/Van den Berg 7-VI 2017, nr. 113. Zie eerder ook par. 4.1.1.5.

156 Zie par. 4.1.1.5.

157 Asser/Van den Berg 7-VI 2017, nr. 111.

158 HR 13 januari 2006, *NJ* 2006/59.

159 Hof Amsterdam 18 januari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP3812. Op grond van het veroorzakingsaandeel van beide partijen kwam het Hof tot een verdeling van 50%-50%. Na een billijkheidscorrectie kwam 75% van de schade voor rekening van de opdrachtgever.

160 Zie eerder par. 4.2.2.3.2.

De toezichthouder houdt verplicht toezicht maar merkt een gebrek niet op

Een andere situatie dan hierboven besproken doet zich voor indien de opdrachtgever zich in de overeenkomst verplicht heeft toezicht te (laten) houden op de uitvoering van het werk. Het opnemen van een dergelijke bepaling impliceert dat het te houden toezicht niet slechts ter bescherming van de belangen van de opdrachtgever plaats zal vinden, maar ook in het belang van de opdrachtnemer. Indien het toezicht namelijk alleen ter bescherming van het belang van de opdrachtgever bedoeld is, zou deze laatste zich niet jegens de aannemer tot het toezicht verplichten. Het zou dan voldoende zijn om zich het recht voor te behouden om toezicht te houden.

Uit het voorgaande volgt dat bij verplicht toezicht de toezichthouder zich bij de uitvoering van het toezicht mede moet laten leiden door de belangen van de aannemer. In termen van causaliteit blijft echter het zwaartepunt liggen bij de activiteiten van de aannemer, omdat die gemeten naar aard van de werkzaamheden, de inzet van personen, middelen en tijd omvangrijker zijn en daardoor invloedrijker zijn met betrekking tot het bereiken van de doelstellingen van het bouwproces.

Desalniettemin zou gesteld kunnen worden dat bij verplicht toezicht een bepaalde 'gedeelde verantwoordelijkheid' ontstaat. Omdat de opdrachtgever zich verplicht heeft tot het houden van toezicht, kan de aannemer, afhankelijk van de betreffende contractuele regeling, mogelijk ook aanspraken doen gelden over de invulling van die verplichting. Dit betekent dat de aannemer dan mogelijk tegenover de opdrachtgever aanspraak kan maken op een uitvoering van alle drie de elementen van het toezicht. De gedeelde verantwoordelijkheid betekent uiteraard ook dat de opdrachtgever tegenover de aannemer aanspraak blijven maken op een goede uitvoering van de aan hem opgedragen werkzaamheden.

Indien zich een fout voordoet in het werk van de aannemer, die niet geconstateerd wordt door de tot het houden van toezicht verplichte opdrachtgever of de namens hem optredende toezichthouder is een gedeeltelijke toerekening van de schade aan de opdrachtgever mogelijk, indien de opdrachtgever de op hem rustende verplichting niet (geheel en/of deugdelijk) is nagekomen. Aangezien ook de aannemer in het geval van een fout van zijn kant de overeenkomst niet deugdelijk is nagekomen, en het zwaartepunt van de verantwoordelijkheid voor een goede uitvoering van het werk zowel wat betreft de aard als de omvang van de werkzaamheden bij de aannemer ligt, zou de schade in beginsel slechts voor een klein gedeelte aan de opdrachtgever moeten kunnen worden gerekend.

Het in deze subparagraaf ingenomen standpunt is niet in tegenspraak met de criteria van goed toezicht. Die beginselen krijgen namelijk een andere lading wanneer de opdrachtgever zich verplicht tot het houden van toezicht. Een dergelijke verplichting is alleen te verklaren wanneer het toezicht niet alleen in het belang van de opdrachtgever, maar ook in het belang van de aannemer wordt uitgevoerd. Daarmee veranderen de aard en het doel van het toezicht, de door de toezicht-

houder te hanteren uitgangspunten bij de uitvoering van het toezicht (zoals het identificeren van relevante risico's) en is ook de effectiviteit van het toezicht niet alleen gekoppeld aan het belang van de opdrachtgever, maar ook aan dat van de opdrachtnemer.

Het is evenwel gelet op de criteria van goed toezicht verstandiger om bij een verplichting tot het houden van toezicht in de overeenkomst op te nemen dat dit in beginsel geen verlies van aanspraken van de opdrachtgever tot gevolg zal hebben. De aannemer behoudt dan de volledige prikkel om deugdelijk te presteren.¹⁶¹

De toezichthouder geeft een aanwijzing aan de aannemer die een gebrek tot gevolg heeft

Over deze situatie bestaat in de rechtspraak en literatuur overeenstemming. Door het geven van foute aanwijzingen treedt de directievoerder duidelijk in de causale keten. Het gebrek ontstaat doordat de aannemer de aanwijzing van de directievoerder opvolgt. Omdat de aannemer in beginsel gehouden is aanwijzingen van de opdrachtgever of diens directievoerder op te volgen¹⁶², ligt toerekening van de schade aan de opdrachtgever dan in de rede. Slechts wanneer de aannemer zijn waarschuwingsplicht¹⁶³ heeft geschonden, treedt hij weer in de causale keten, waardoor een gebrek mogelijk (mede) aan hem kan worden toegerekend.

4.2.2.4.2 Toezicht bij de oplevering: rechtsverwerking

Het leerstuk van de rechtsverwerking biedt een goed perspectief voor de discussie omtrent de gevolgen van falend toezicht tijdens de oplevering. Het verlies van de

161 Vgl. art. 2:105 lid 3 PEL SC.

162 Zie par. 6 lid 2 UAV 2012: De aannemer is verplicht het werk uit te voeren volgens de door de directie te verstrekken en de door haar goed te keuren tekeningen. Hij is verplicht de orders en aanwijzingen op te volgen, die hem door de directie worden gegeven.

163 Par. 6 lid 14 UAV 2012: Indien de constructies, werkwijzen, orders en aanwijzingen, bedoeld in § 5, tweede lid, dan wel de bouwstoffen of hulpmiddelen, bedoeld in § 5, derde lid, klaarblijkelijk zodanige fouten bevatten of gebreken vertonen, dat de aannemer in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid zou handelen door zonder de directie daarop te wijzen tot uitvoering van het desbetreffende onderdeel van het werk over te gaan, is hij voor de schadelijke gevolgen van zijn verzuim aansprakelijk. Het in dit lid bepaalde is van overeenkomstige toepassing op de in § 5, vierde lid, en deze paragraaf, zeventwintigste lid, bedoelde gevallen. Art. 7:754 BW: De aannemer is bij het aangaan of het uitvoeren van de overeenkomst verplicht de opdrachtgever te waarschuwen voor onjuistheden in de opdracht voor zover hij deze kende of redelijkerwijs behoorde te kennen. Hetzelfde geldt in geval van gebreken en ongeschiktheid van zaken afkomstig van de opdrachtgever, daaronder begrepen de grond waarop de opdrachtgever een werk laat uitvoeren, alsmede fouten of gebreken in door de opdrachtgever verstrekte plannen, tekeningen, berekeningen, bestekken of uitvoeringsvoorschriften.

aanspraken van de opdrachtgever op de aannemer berust immers op de aanvaarding van een gebrekkig werk en niet op een causaal verband tussen handelen van de directievoerder en het ontstaan van een gebrek. Zowel par. 12 van de UAV 2012 als art. 7:758 lid 3 van het BW kent een bepaling die aansprakelijkheid van de aannemer uitsluit voor niet verborgen gebreken. Een verschil in formulering tussen de UAV en de wet op het punt van toezicht bij de oplevering is dat in de UAV een taalkundig ruimer criterium is geformuleerd dat gehanteerd wordt om te bepalen of een gebrek onderkend had *kunnen* worden dan in de wet. Naar mijn opvatting verdient het criterium dat de wet hanteert, gebreken die ontdekt hadden *moeten* worden, de voorkeur, om dezelfde redenen als genoemd onder 4.1.1.3.1. In gevallen waarin de UAV van toepassing zijn, zal echter van het in par. 12 gehanteerde criterium moeten worden uitgegaan. In par. 4.1.1.3.1 bleek al dat arbiters van de Raad van Arbitrage de precieze bewoordingen van de UAV op dit punt vaak loslaten en dat het onderscheid tussen de beide formuleringen in de praktijk minder scherp aanwezig is.

Met betrekking tot de vraag of de opdrachtgever verplicht is om toezicht te houden bij de oplevering van een werk, kwam in par. 4.1.1.3.1 aan de orde dat sprake is van een door rechtsverlies gesanctioneerde onderzoeksplicht. Het niet onderzoeken van het werk leidt tot verlies van de aanspraak die de opdrachtgever zou hebben gehad op de aannemer voor gebreken die hij ontdekt zou hebben, indien hij wel onderzoek zou hebben gepleegd. Verdedigbaar is dat ook bij toepasselijkheid van de UAV 2012 van een gehoudenheid tot keuring van het werk kan worden uitgegaan, gezien het bepaalde in par. 9 en 10 omtrent opnemings- en goedkeuring van het werk.¹⁶⁴

Men kan zich afvragen, zoals Chao-Duivis¹⁶⁵ en Bruggeman¹⁶⁶ hebben gedaan, of de regelingen van de UAV 2012 en art. 7:758 lid 3 BW wel tot een gewenst resultaat leiden. Er wordt een vergaande consequentie verbonden aan het niet constateren van een gebrek bij oplevering, terwijl de aannemer er geen substantieel nadeel van zou ondervinden als de aansprakelijkheid verlengd zou worden tot na oplevering.¹⁶⁷ Sommige gebreken zullen gemakkelijker tijdens de eerste periode van gebruik blijken dan tijdens het onderzoek bij oplevering. Een langere ter-

164 Par. 9 lid 5: Wordt niet binnen acht dagen na de opnemings- en schriftelijke mededeling, of het werk al dan niet is goedgekeurd, aan de aannemer verzonden dan wel, in het geval bedoeld in het vierde lid, een overeenkomstig aantekening in het dagboek of wekrapport geplaatst, dan wordt het werk geacht op de achtste dag na de opnemings- en schriftelijke mededeling te zijn goedgekeurd.

Par. 10 lid 1: Het werk wordt als opgeleverd beschouwd, indien het overeenkomstig het bepaalde in § 9 is of geacht wordt te zijn goedgekeurd.

165 Chao-Duivis 2007, p. 57-58.

166 Bruggeman 2010, p. 445-446.

167 Zie Van den Berg 1993, aangehaald in par. 4.2.2.3.2. Chao-Duivis 2015a wijst erop dat een verlenging van aansprakelijkheid voor zichtbare gebreken de relevantie van de oplevering niet wegneemt.

mijn waarbinnen de opdrachtnemer na oplevering nog zou kunnen protesteren, zou aan de genoemde bezwaren tegemoet kunnen komen. Daarbij zou wel het uitgangspunt van art. 6:89 BW in aanmerking moeten worden genomen, dat de opdrachtgever binnen een redelijke tijd onderzoek doet of het werk gebreken bevat en dat binnen bekwame tijd na ontdekking van een fout (of het moment dat die redelijkerwijs ontdekt had moeten worden) geprotesteerd moet worden.¹⁶⁸ Daarmee wordt voorkomen dat het belang van de aannemer uit het oog wordt verloren, wiens taak immers zwaarder wordt en wiens voorzieningen kostbaarder worden, indien hij na voltooiing van het werk op een onzeker toekomstig tijdstip gebreken zou moeten herstellen die bij de oplevering van het werk veel gemakkelijker hadden kunnen worden verholpen.¹⁶⁹ Een dergelijke regeling zou, zoals Bruggeman heeft betoogd, ook beter aansluiten bij de PEL SC. De PEL SC bepalen immers in art. 2:105 lid 1 dat aanvaarding van het werk door de opdrachtgever de aannemer niet bevrijdt van aansprakelijkheid.

Een dergelijke benadering zou ook beter aansluiten bij de rechtspraak van de Hoge Raad over art. 6:89 BW en art. 7:23 BW. In die rechtspraak worden, onder meer door toepassing van nadeelvereiste, de belangen van de crediteur meegewogen.¹⁷⁰ De Hoge Raad noemt de volgende omstandigheden die in concrete gevallen kunnen worden meegewogen bij de beantwoording van de vraag of binnen bekwame tijd is geklaagd:

‘4.2.4 Voorts heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de onderzoeks- en klachtplicht van de koper niet los kunnen worden gezien van de aard van de gekochte zaak en de overige omstandigheden, omdat daarvan afhankelijk is wat de koper kan en moet doen om een eventueel gebrek op het spoor te komen en aan de verkoper mededeling te doen van een

168 Van een dergelijke onderzoeksplicht zou, zoals bij koop (art. 7:23 lid 1 laatste zin) kunnen worden afgeweken bij consumenten, nu deze over het algemeen in een zwakkere positie ten opzichte van de professionele wederpartij verkeert.

169 Zie Asser/Thunnissen, nr. 562 over het belang dat de aannemer heeft bij het snel verkrijgen van zekerheid omtrent de aanspraken die de opdrachtgever nog kan maken op herstel van gebreken.

170 Tjittes & Kampman 2013, p. 97. Zie HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600: ‘4.2.6 Zoals volgt uit hetgeen hiervoor is overwogen, is bij de beantwoording van de vraag of tijdig is geklaagd op de voet van art. 6:89 BW ook van belang of de schuldenaar nadeel lijdt door het late tijdstip waarop de schuldeiser heeft geklaagd. In dit verband dient de rechter rekening te houden met enerzijds het voor de schuldeiser ingrijpende rechtsgevolg van het te laat protesteren zoals in art. 6:89 BW vermeld - te weten verval van al zijn rechten ter zake van de tekortkoming - en anderzijds de concrete belangen waarin de schuldenaar is geschaad door het late tijdstip waarop dat protest is gedaan, zoals een benadeling in zijn bewijspositie of een aantasting van zijn mogelijkheden de gevolgen van de gestelde tekortkoming te beperken. De tijd die is verstreken tussen het tijdstip dat bekendheid met het gebrek bestaat of redelijkerwijs diende te bestaan, en dat van het protest, vormt in die beoordeling weliswaar een belangrijke factor, maar is niet doorslaggevend.’

met voldoende mate van waarschijnlijkheid vastgestelde tekortkoming. Naarmate de koper op grond van de inhoud van de koopovereenkomst en de verdere omstandigheden van het geval sterker erop mag vertrouwen dat de zaak beantwoordt aan de overeenkomst, zal van hem minder snel een (voortvarend) onderzoek mogen worden verwacht, omdat de koper in het algemeen mag afgaan op de juistheid van de hem in dit verband door de verkoper gedane mededelingen, zeker als die mogen worden opgevat als geruststellende verklaringen omtrent de aan- of afwezigheid van bepaalde eigenschappen van het gekochte. De vereiste mate van voortvarendheid wat betreft de onderzoekspllicht zal voorts afhangen van de ingewikkeldheid van het onderzoek. Bij dit alles is in belangrijke mate mede bepalend of de belangen van de verkoper zijn geschaad, en zo ja, in hoeverre. Als die belangen niet zijn geschaad, zal er niet spoedig voldoende redenen zijn de koper een gebrek aan voortvarendheid te verwijten. In dit verband kan de ernst van de tekortkoming meebrengen dat een nalatigheid van de koper hem niet kan worden tegengeworpen (HR 25 maart 2011, LJN BP8991, [G/H], rov. 3.3.2.).¹⁷¹

Interessant is voorts dat de Hoge Raad overweegt dat de ernst van de tekortkoming kan meebrengen dat een nalatigheid van de koper hem niet kan worden tegengeworpen.¹⁷² Tjittes en Kampman achten dit oordeel te billijken. In geval van ernstige tekortkoming zal de verkoper immers ook weten of behoren te weten dat de door hem geleverde zaak non-conform is.¹⁷³ Een soortgelijke denklijn volgde het Hof Arnhem in een uitspraak uit 2014 ten aanzien van art. 7:758 lid 3 BW:

‘5.25 Nu [geïntimeerde] betoogt dat hij zelf niet op de hoogte was van de (eventuele) gebreken, kan hij niet aan [opdrachtgever] tegenwerpen dat het gaat om voor [opdrachtgever] kenbare gebreken.

5.26 Het beroep op artikel 7:758 lid 3 BW faalt derhalve.’¹⁷⁴

Concluderend kan gesteld worden dat de jurisprudentie die is gevormd ten aanzien van art. 6:89 BW en art. 7:23 BW een genuanceerder beeld geeft ten aanzien van het verlies van een beroep op het gebrek in een prestatie. Door, zoals in de literatuur is betoogd, bij de beoordeling van de tijdigheid van een klacht over een tekortkoming meer aandacht te geven aan het nadeel dat voor de aannemer verbonden is aan het late moment van klagen, wordt een evenwichtiger resultaat bereikt dan onder de huidige regeling, waarin aansprakelijkheid gekoppeld is aan een klacht ten tijde van de oplevering.

171 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600.

172 Tjittes & Kampman 2013, p. 93 verwijzen op dit punt niet alleen naar HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, maar ook naar HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8991.

173 Ibid. p. 94.

174 Hof Arnhem-Leeuwarden 1 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5243.

4.2.3 Aansprakelijkheid van de toezichthouder jegens de opdrachtgever

Voor de aansprakelijkheid van de toezichthouder jegens de opdrachtgever is allereerst de overeenkomst en de wettelijke regeling op dit punt van belang. Vervolgens zal in deze paragraaf worden ingegaan op de rechtspraak, de literatuur en mijn eigen opvatting.

4.2.3.1 Hoofdlijn: de arbitrale rechtspraak

De arbitrale rechtspraak over de aansprakelijkheid van de toezichthouder jegens de opdrachtgever spist zich met name toe op de eerste twee van de drie elementen van toezicht: het verzamelen van informatie en het beoordelen van de verzamelde informatie.¹⁷⁵

De aansprakelijkheid van de toezichthouder wordt in de rechtspraak bepaald door hetgeen volgens arbiters van de toezichthouder verwacht mocht worden gezien de mate en de omvang van het overeengekomen toezicht.¹⁷⁶ Het maakt voor de vraag of de toezichthouder een gebrek had kunnen onderkennen een belangrijk verschil of het toezicht op incidentele basis plaats vond of intensiever en mogelijk zelfs dagelijks plaatsvond.¹⁷⁷ De wijze van toezicht zoals in het concrete geval overeengekomen is kortom van groot belang.¹⁷⁸

Ook bij intensief toezicht echter, is het mogelijk dat er uitvoeringsfouten aan de aandacht van de toezichthouder ontsnappen, omdat het niet mogelijk is om (letterlijk) alles tot in detail te controleren.¹⁷⁹ Omgekeerd is het ook mogelijk dat de uitvoeringsfout dusdanig evident was, dat die ook bij een beperkte vorm van toezicht hadden moeten worden ontdekt door de toezichthouder.¹⁸⁰

De intensiteit van het toezicht vormt derhalve een belangrijk uitgangspunt voor de beantwoording van de vraag of de toezichthouder een gebrek had dienen te

175 Zie de definitie van toezicht in par. 1.5.

176 Het komt dus in de eerste plaats aan op uitleg van de overeenkomst tussen opdrachtgever en toezichthouder met betrekking tot de vraag in welke mate er op grond van de overeenkomst toezicht moest worden gehouden, zie bijv. AIBk 10 juni 2013, nr. 1200-0630, r.o. 17-18, AIBk 9 augustus 2013, nr. 1200-0621, r.o. 22-23.

177 Vgl. RvA 10 juni 1988, nr. 12.971, *BR* 1988, p. 783, AIBk 17 januari 2000, nr. 1197-2085, *BR* 2000, p. 974.

178 Arbiters relateren hun oordeel over de vraag of een gebrek had kunnen worden opgemerkt dan ook vaak aan de overeengekomen intensiteit van het toezicht, zie bijv. AIBk 10 juni 2013, nr. 1200-0630, r.o. 73, RvA en AIBk 18 februari 1994, nr. 15.050, *BR* 1994, p. 973.

179 Vgl. AIBk, 18 oktober 2000, nr. 1198-1110: 'Overigens kan zelfs regelmatig toezicht niet voorkomen dat de aannemer uitvoeringsfouten maakt.'

180 AIBk en CvG KIVI 5 juni 2008, nrs. 1200-0257 en 13.100528, r.o. 30, 44.

onderkennen. Daarnaast zijn er een aantal beoordelingsmaatstaven te destilleren uit de rechtspraak.¹⁸¹

De toezichthouder zal in ieder geval hebben in te staan voor zijn deskundigheid.¹⁸² Gebrek aan kennis waarvan een toezichthouder naar het oordeel van arbiters op de hoogte zou moeten zijn, komt voor zijn rekening. De toezichthouder dient ook te zorgen dat hij de juiste informatie ontvangt van de aannemer om goed toezicht te kunnen houden. Indien hij bijvoorbeeld niet de uitvoeringsdetails van de aannemer ontvangt die hij nodig heeft, zal hij actie dienen te ondernemen.¹⁸³ De toezichthouder zal zich ook niet snel kunnen beroep op het niet expliciet uitgenodigd zijn door de aannemer om belangrijke momenten bij te wonen, omdat in beginsel aan de toezichthouder zelf is om actief op de hoogte te blijven van de voortgang van de bouw.¹⁸⁴

De inhoud van een toezichtverplichting kan ook gekleurd worden door de samenloop met ontwerpwerkzaamheden. Indien het ontwerp afkomstig is van een partij die ook het toezicht op het ontwerp uitoefent, dan zijn er omstandigheden denkbaar waarin extra zorgvuldigheid verwacht mag worden bij het toezicht. Dit kan het geval zijn als het ontwerp kritische punten bevat, die derhalve grotere risico's in de uitvoering opleveren dan gebruikelijk is.¹⁸⁵ De samenloop van een ondeugdelijk ontwerp met onvoldoende toezicht door een en dezelfde adviseur kan voorts een factor van betekenis zijn voor de ernst van de tekortkoming door de adviseur.¹⁸⁶

Tot slot kan op basis van de rechtspraak nog een opmerking worden gemaakt met betrekking tot de derde deelactiviteit van toezicht: het interveniëren als de beoordeling van de verzamelde informatie daar aanleiding toe geeft.¹⁸⁷ Van de

181 Zie voor een overzicht van de rechtspraak Van Wijngaarden en Chao-Duivis, Serie Bouw- en aanbestedingsrecht 9, nrs. 503-506.

182 Zie AIBk 25 juli 1997, nr. 196-0981, *BR* 2000, p. 704, m.nt. M.A.M.C. van den Berg: 'De naleving van KOMO-keur en andere attesten is een verplichting die in beginsel op de aannemer rust. Dat neemt evenwel niet weg dat de architect die de directie en de oplevering verzorgt ook kennis van deze attesten moet hebben om te kunnen vaststellen of de aannemer aan zijn verplichtingen heeft voldaan. De architect heeft te kennen gegeven van het bestaan van verwerkingsvoorschriften en attesten niet op de hoogte te zijn geweest. In zoverre is hij mitsdien ten opzichte van zijn opdrachtgever tekortgeschoten.'

183 RvA en CvG KIVI 9 november 2005, nrs. 24.064 en 13.100524 r.o. 27. Dit oordeel blijft in hoger beroep overigens niet in stand omdat appellarbiters tot de conclusie komen dat er geen sprake is van ontwerp- of uitvoeringsfouten, RvA 14 januari 2010, nrs. 71.082 en 71.106, r.o. 61.

184 Vgl. RvA 12 juli 2004, nr. 23.894, r.o. 28.

185 RvA en CvG KIVI 9 november 2005, nrs. 24.064 en 13.100524, r.o. 27.

186 AIBk 27 augustus 1990, *BR* 1991, p. 723.

187 Zie de definitie van toezicht in par. 1.5.

toezichthouder verwacht worden dat hij adequaat reageert op tekortkomingen van de aannemer.¹⁸⁸

4.2.3.2 Literatuur

Adriaansens heeft in 1995 een analyse gemaakt van de jurisprudentie met betrekking tot de aansprakelijkheid van de directievoerder jegens zijn opdrachtgever. Hoewel aansprakelijkheid van de directievoerder afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, signaleert hij een viertal factoren dat meerdere malen een rol speelde in de jurisprudentie.¹⁸⁹ De eerste factor is de overeenkomst, die bepaalt in welke mate er toezicht plaatsvindt. De overeenkomst is daarmee bepalend voor de vraag welke gebreken de directievoerder had moeten ontdekken. Ten tweede is de aard van het werk van betekenis. Bij een restauratie mag bijvoorbeeld van de directievoerder op bepaalde aspecten extra nauwlettendheid verwacht worden. Ten derde kan de bijzondere positie van de architect als vertrouwensman een rol spelen bij de beantwoording van de vraag welke gebreken een directievoerder had moeten ontdekken.¹⁹⁰ Tot slot kan het gedrag of de deskundigheid van de opdrachtgever van belang zijn.

188 In Rb. Den Haag 19 december 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY7544 werd dit als volgt verwoord:

‘4.4 [B] kan zich daarbij niet verschuilen achter fouten van het volgens hem ondeskundige Oost-Europese personeel van de door [A] (tegen de adviezen van [B] in) uitgekozen goedkoopste aannemer WR Onderhoud. [A] betoogt terecht dat, indien [B] niet met WR Onderhoud wilde samenwerken en alleen met de hem bekende en door hem zelf voorgestelde duurdere aannemers, [B] in dat geval de opdracht tot bouwbegeleiding van [A] niet had moeten accepteren. Nu hij dat tegen betaling wel heeft gedaan, behoorde hij als goed bouwbegeleider WR Onderhoud en [A] waar mogelijk en nodig in ieder geval tijdig te waarschuwen dat de verbouwing op relevante misliep en moest hij de desbetreffende bouwfase zo nodig stilleggen opdat een praktische oplossing tussen [A] en WR Onderhoud voor het bouwprobleem zou kunnen worden getroffen, in plaats van WR Onderhoud zonder relevante waarschuwing aan [A] door te laten gaan met de volgende bouwfase in de hoop dat alles naderhand nog wel goed zou komen. Daarvoor huurt een particuliere opdrachtgever als [A] nu juist een deskundig te achten bouwbegeleider als [B] tegen betaling in.

4.5 Die plicht tot tijdig waarschuwen en ingrijpen bij grove fouten, die nu nog slechts met veel breekwerk achteraf kunnen worden hersteld, heeft [B] als bouwbegeleider geschonden. Voor de daardoor veroorzaakte en daaraan toe te rekenen eerste categorie schadeposten van [A] is [B] aansprakelijk.’

Vgl. in ander verband CvG KIVI 27 juni 2007, *TBR* 2008/97.

189 Adriaansens 1995, p. 183-184.

190 Van Wijngaarden & Chao-Duvis 2014, nr. 425 zijn in algemene zin van mening dat er geen bijzondere betekenis moet worden toegekend aan het gebruik van het begrip vertrouwensman of vertrouwenspositie.

Van Gulijk stelt op basis van jurisprudentie dat op de directievoerende architect een inspanningsverbintenis rust.¹⁹¹ Dit betekent dat een architect die met regelmaat de bouwplaats heeft bezocht (en die niet gehouden was tot dagelijks toezicht) niet aansprakelijk is voor het niet ontdekken van een niet geheel waterdicht afgewerkte mof in een standleiding.¹⁹² Een architect die onvoldoende toezicht heeft gehouden kan wel aansprakelijk worden gehouden door diens opdrachtgever.¹⁹³

In beginsel zal een directievoerend architect derhalve regelmatig de bouwplaats moeten bezoeken.¹⁹⁴ De architect zal daarbij acht moeten slaan op de aard en omvang van het werk.¹⁹⁵ Bepaalde gebeurtenissen zullen meer of minder toezicht vereisen dan andere gebeurtenissen, omdat ze meer of minder risico's met zich brengen.¹⁹⁶ Een directievoerder zal zelf dienen te bepalen welke momenten hij bij moet wonen en daarin een actieve houding aannemen.¹⁹⁷

Dagelijks of permanent toezicht zal, indien nodig, door partijen overeengekomen moeten worden.¹⁹⁸ Van de directievoerder mag echter wel verwacht worden dat hij de opdrachtgever waarschuwt, indien de opdracht hem onvoldoende tijd of honorering biedt om op een goede manier toezicht te kunnen houden.¹⁹⁹

4.2.3.3 Eigen opvatting

De verhouding tussen de opdrachtgever en de namens hem optredende toezichthouder is aansprakelijkheidsrechtelijk minder complex dan die tussen de opdrachtgever en de aannemer op wie toezicht wordt gehouden. Het toezicht is niet een factor van belang die op verschillende manieren kan worden meegenomen bij de vaststelling van aansprakelijkheid voor bepaalde gebreken, maar vormt in de verhouding tussen de opdrachtgever en de toezichthouder de kern van de overeenkomst.

Voldoet de toezichthouder niet aan de in de overeenkomst opgenomen verplichting van goed en zorgvuldig toezicht, dan is er sprake van een tekortkoming. In deze verhouding kunnen dus de criteria van goed toezicht²⁰⁰ in het aansprakelijk-

191 Van Gulijk 2008, p. 107.

192 Van Gulijk 2008, p. 107 verwijst hier naar RvA en AIBk 18 februari 1994, nr. 15.050, BR 1994, p. 972.

193 Van Gulijk 2008, p. 107 verwijst hier naar AIBk 25 oktober 1989, BR 1990, p. 561.

194 AIBk 4 september 1989, BR 1990, p. 482 e.v., r.o. 2.1.

195 Van Gulijk 2008, p. 106.

196 Van Gulijk 2008, p. 118 geeft als voorbeeld de fundering van het werk en het toepassen van nieuwe of risicovolle materialen.

197 Chao-Duivis 2010, p. 10.

198 Van Gulijk 2008, p. 106.

199 Chao-Duivis 2010, p. 10.

200 Zie par. 3.7.2.

heidsrecht aan bod komen, zoals al in enige mate blijkt uit de hierboven weergegeven literatuur en jurisprudentie.

Voorop staat dat de contractuele omschrijving van het uit te voeren toezicht bepalend is voor de vraag met het oog op welk effect het toezicht wordt uitgevoerd²⁰¹, welke risico's daarbij van belang zijn²⁰² en hoe intensief het toezicht moet zijn gelet op de tijd en middelen.²⁰³

In het kader van de onafhankelijkheid van de toezichthouder kan men zich afvragen of het wenselijk is dat een architect die verantwoordelijk is voor het ontwerp ook toezicht te laten houden op de uitvoering daarvan. In dat geval moet namelijk voorkomen worden dat aspecten van de ontwerpverantwoordelijkheid van de architect een rol kunnen spelen in de beoordeling die hij van het werk maakt als toezichthouder.²⁰⁴

Naarmate een intensievere vorm van toezicht is opgedragen, zal de toezichthouder meer controles uitvoeren. Een 100% controle zal echter uit overwegingen van efficiëntie en praktische aard niet mogelijk zijn. Goed toezicht vereist daarom van de toezichthouder een risicogestuurde inzet van de toezichtcapaciteit²⁰⁵, omdat daarmee een maximaal resultaat wordt bereikt als het gaat om het voorkomen van gebreken en daaruit voortvloeiende schade. De toezichthouder moet daarbij bovendien het belang van de opdrachtgever in het oog houden.

Ook het uitgangspunt dat de toezichthouder in moet staan voor voldoende deskundigheid, kan vanuit het oogpunt van de criteria van goed toezicht worden onderschreven.²⁰⁶

Tot slot kan ook voor het adequaat reageren op tekortkomingen van de aannemer steun worden gevonden in de criteria van goed toezicht.²⁰⁷

4.2.4 Aansprakelijkheid van de toezichthouder jegens een derde

Het komt niet vaak voor dat een door de opdrachtgever ingeschakelde toezichthouder wordt aangesproken door een derde. Enige jurisprudentie hierover is nog niet gevonden.²⁰⁸ Dit wekt geen verbazing, nu het aansprakelijk stellen van andere partijen in voorkomende gevallen meer in de rede ligt.

201 Beginsel 1.

202 Beginsel 7.

203 Beginsel 8 en 6.

204 Beginsel 2.

205 Beginsel 7.

206 Beginsel 3.

207 Beginsel 9.

208 Strang, in: *GS Onrechtmatige daad*, VIII.2, aant. 2.5.3.

Het aansprakelijkheidsrecht kent immers al de opstalbezitter als de centraal aansprakelijke persoon. Die is op grond van art. 6:174 lid 1 BW aansprakelijk in het geval zijn opstal niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen, waardoor die opstal gevaar voor personen of zaken oplevert en dit gevaar zich vervolgens verwezenlijkt.²⁰⁹ Het ligt voor benadeelden voor de hand om de opstalbezitter op grond van de in art. 6:174 lid 1 BW opgenomen risico-aansprakelijkheid aan te spreken.

Daarnaast is in veel gevallen de aannemer de partij die direct de schade veroorzaakt bij derden en ligt een mogelijke aansprakelijkheid van de aannemer derhalve meer voor de hand dan aansprakelijkheid van een door de opdrachtgever ingeschakelde adviseur die toezicht houdt.²¹⁰

De aansprakelijkheid van de toezichthouder jegens een derde heeft dan ook betrekkelijk weinig aandacht gekregen in de literatuur.²¹¹ Dit wil echter niet zeggen dat de aansprakelijkheid van de toezichthouder jegens een derde uitgesloten is. Bedacht moet echter worden dat de toezichthouder in het belang van de opdrachtgever toezicht houdt en dat voor aansprakelijkheid jegens een derde de schending van een zorgvuldigheidsnorm jegens die derde noodzakelijk is.

4.3 TOEZICHT LEIDT TOT EEN NEGATIEF OORDEEL OVER DE NALEVING; BELEMMERING VAN WERKZAAMHEDEN

Indien toezicht tot een negatief oordeel over de naleving leidt, kan er ook een juridisch geschil ontstaan, indien de opdrachtnemer het niet met dat negatieve oordeel eens is.

Voor de opdrachtnemer kan het gevolg van een negatief oordeel over de naleving zijn, dat hij het werk niet kan opleveren zonder aanpassingen te doen, of dat bij een geschilbeslechtende instantie moet worden bepaald of het negatieve oordeel juist is. Dit brengt voor de aannemer nadelige consequenties met zich mee, zoals vertragingsschade.

Indien het negatieve oordeel over de naleving onjuist blijkt te zijn, zal de aannemer compensatie kunnen vorderen van de opdrachtgever voor de geleden scha-

209 De uitzondering hierop, 'tenzij aansprakelijkheid op grond van de vorige afdeling zou hebben ontbroken indien hij dit gevaar op het tijdstip van het ontstaan ervan zou hebben gekend', wordt hier buiten beschouwing gelaten, omdat die in slechts zeer weinig gevallen kan worden toegepast.

210 Naast de aannemer wordt ook met enige regelmaat de opdrachtgever aangesproken, zo blijkt uit de jurisprudentie, zie Strang, in: *GS Onrechtmatige daad*, VIII.2, aant. 2.5.2.

211 Chao-Duvis 2016a p. 253 besteedt hier wel kort aandacht aan.

de.²¹² Voor zover de toezichthouder hier een verwijt treft, kan de opdrachtgever vervolgens de toezichthouder aanspreken.

4.4 CONCLUSIE EN BEANTWOORDING DEELVRAAG

In dit hoofdstuk stond de volgende deelvraag centraal:

Op welke wijze is het privaatrechtelijk bouwtoezicht op dit moment geregeld, hoe worden deze regelingen beoordeeld in rechtspraak en literatuur en in hoeverre is dit in overeenstemming met beginselen van goed bouwtoezicht?

Bij de beantwoording van deze deelvraag bleek dat op een aantal onderdelen de regelingen met betrekking tot privaatrechtelijk bouwtoezicht niet voldoen aan de criteria van goed toezicht zoals geformuleerd in paragraaf 3.7. Dit geldt met name voor de gevolgen van het toezicht voor de aansprakelijkheid van de aannemer na oplevering. Problematisch in het kader van de criteria van goed toezicht is dat het beginsel van aansprakelijkheid van de toezichthouder en het beginsel van de effectiviteit van het toezicht kunnen conflicteren. Indien degene op wie toezicht wordt gehouden immers aanspraak kan maken op een verschuiving van de aansprakelijkheid van hem naar de toezichthouder, dan zal hij minder geprikkeld worden om zijn werkzaamheden overeenkomstig de contractuele eisen uit te voeren.

Aan de hand van een causaliteitsperspectief, en met oog voor de vraag of het toezicht verplicht of onverplicht plaatsvond, kan een benadering worden gekozen die beter recht doet aan de beginselen van goed toezicht. Ik onderscheid de volgende vier situaties.

1) De toezichthouder laat na (op een onderdeel) tijdens de uitvoering toezicht te houden waardoor een gebrek niet door hem wordt opgemerkt.

Uitgaande van onverplichtheid van directietoezicht is er geen aan de opdrachtgever toe te rekenen omstandigheid, op grond waarvan de opdrachtgever aanspraken kan verliezen jegens de aannemer.

2) De toezichthouder houdt onverplicht toezicht maar merkt een gebrek niet op.

In deze situatie geldt dat de er wel onverplicht toezicht is gehouden (dit is niet nagelaten zoals in de vorige situatie), maar een gebrek is desondanks niet opgemerkt. In deze situatie zou de opdrachtgever geen aanspraken jegens de aannemer moeten verliezen, tenzij de toezichthouder in de causale keten is getreden. Daarvan is sprake wanneer hij bij de aannemer een vertrouwen heeft gewekt dat de aannemer op de juiste wijze werkzaam was, dit vertrouwen gerechtvaardigd was en de aannemer op dit vertrouwen heeft voortgebouwd.

212 Vgl. par. 23 lid 16 UAV-GC 2005.

3) De toezichthouder houdt verplicht toezicht maar merkt een gebrek niet op.

In het geval de toezichthouder verplicht was om toezicht te houden, ontstaat een andere situatie dan hiervoor onder 2 beschreven. De verplichting om toezicht te houden bestaat namelijk jegens de aannemer, waardoor er een gedeelde verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van het werk ontstaat. In deze situatie kan de opdrachtgever aanspraken verliezen jegens de aannemer. Omdat hiermee de ratio van toezicht ondermijnd wordt, is het verstandig om in de overeenkomst te bepalen dat de opdrachtgever in beginsel geen aanspraken verliest als gevolg van het toezicht.

4) De toezichthouder geeft een aanwijzing aan de aannemer die een gebrek tot gevolg heeft

In deze situatie maakt de toezichthouder de primaire fout en kan de aannemer hoogstens een verwijt gemaakt worden wanneer deze zijn waarschuwingsplicht heeft geschonden. De opdrachtgever is derhalve in beginsel aansprakelijk jegens de aannemer.

Voor een voorstel tot een nieuwe formulering van de wettelijke bepaling over aansprakelijkheid na oplevering, baseer ik mij enerzijds op het voorstel van Chao-Duvis vermeld in par. 4.1.1.3.4 en in aanvulling daarop wordt gelet op hetgeen aan de orde kwam bij par. 4.2.2.4.2 aansluiting gezocht bij art. 6:89 BW en art. 7:23 BW. Een nieuwe bepaling zou zich kunnen beperken tot de volgende formulering:

De aannemer is aansprakelijk voor tekortkomingen die bij de oplevering van het werk aanwezig zijn en welke aan hem zijn toe te rekenen.

De mogelijkheid van een beroep op art. 6:89 BW zal de aansprakelijkheid van de aannemer in enige mate uithollen, maar het lijkt niet wenselijk voor de overeenkomst van aanneming van werk af te wijken van het algemene verbintenisrecht. Bovendien geldt nu ook al na oplevering dat art. 6:89 BW kan worden tegengeworpen aan de opdrachtgever die te lang gewacht heeft met klagen. Om een en ander duidelijk te maken voor partijen die de bepaling betreffende aansprakelijkheid na oplevering in de praktijk toe zouden moeten passen, zou ervoor kunnen worden gekozen om, evenals dat gedaan is bij de regeling van koop, de klachtplicht die voortvloeit uit art. 6:89 BW te herhalen in de bepaling over aansprakelijkheid van de aannemer na oplevering. Een dergelijke aanvulling kan dan voorts gebruikt worden om de onderzoeksplicht van consumenten te beperken en zou als volgt kunnen luiden:

De opdrachtgever kan na oplevering op een tekortkoming in het werk geen beroep meer doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de aannemer heeft geprotesteerd. Bij een overeenkomst met een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf moet het protest binnen bekwame tijd na de ontdekking geschieden.

Publiekrechtelijk toezicht op het bouwproces vanuit een juridisch perspectief

In dit hoofdstuk worden aansprakelijkheden voor publiekrechtelijk toezicht op het bouwproces behandeld. Eerst ga ik kort in op het publiekrechtelijke en privaatrechtelijke kader van publiekrechtelijk bouwtoezicht. In de paragrafen 5.3 en 5.4 zullen verschillende situaties worden onderscheiden, waarin de gemeente aansprakelijk zou kunnen worden gesteld. Paragraaf 5.5 is gewijd aan het publiekrechtelijk toezicht dat wordt uitgevoerd door private toezichthouders. Waar mogelijk zullen de beginselen van goed toezicht worden betrokken bij de juridische beoordeling van de verschillende aansprakelijkheidsrechtelijke situaties. Daarmee wordt de volgende deelvraag beantwoord:

Op welke wijze is het publiekrechtelijk bouwtoezicht op dit moment geregeld, hoe worden deze regelingen beoordeeld in rechtspraak en literatuur en in hoeverre is dit in overeenstemming met beginselen van goed bouwtoezicht?

5.1 HET PUBLIEKRECHTELIJKE KADER VAN HET PUBLIEKRECHTELIJKE TOEZICHT

Hieronder wordt achtereenvolgens kort aandacht besteed aan de Wabo en de Woningwet, het Bouwbesluit, de Bouwverordening, het bestemmingsplan en overige relevante regelgeving.

5.1.1 Het publiekrechtelijke kader: Wabo en Woningwet

Het is op grond van art. 2.1 Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) verboden om zonder vergunning een bouwwerk te bouwen. Uit artikel 2.10 lid 1 Wabo blijkt dat het bevoegd gezag, de gemeente, zich bij de beoordeling van de vergunningaanvraag baseert op de voorschriften die voorheen in art. 44 Woningwet 2007 waren opgenomen: het Bouwbesluit (sub a), het Gebruiksbesluit en de gemeentelijke bouwverordening (sub b), het bestemmingsplan, de beheersverordening of het exploitatieplan (sub c), de gemeentelijke welstandscriteria (sub d) en het Advies van de Commissie voor tunnelveiligheid (sub e). Hierbij is van belang dat bij de onder a en b genoemde gronden de toets wordt uitgevoerd of aanneme-

lijk is dat het bouwen van een bouwwerk waarop de aanvraag betrekking heeft aan de voorschriften voldoet.¹

In de Woningwet is een verbod opgenomen om te bouwen in strijd met de nieuwbouwwetregels van het Bouwbesluit, tenzij een omgevingsvergunning dit uitdrukkelijk toestaat. Als minimum gelden echter de regels voor bestaande bouw in het Bouwbesluit. Het is verboden te bouwen in strijd met die regels, ook al zou bij de vergunningverlening een fout zijn gemaakt en wel een vergunning zijn verleend voor bouwen in strijd met de regels voor bestaande bouw.² De Woningwet bepaalt voorts dat de gemeente een Bouwverordening vaststelt³ en dat de gemeente een welstandsnota vaststelt.⁴ Het is niet toegestaan te bouwen in strijd met deze lokale regelgeving. Het bevoegd gezag draagt zorg voor de handhaving van de Woningwet.

Bouwregelgeving

Uit artikel 2 Woningwet volgt dat het Bouwbesluit 2012 voorschriften bevat die zien op de veiligheid, gezondheid, bruikbaarheid, energiezuinigheid en het milieu. Het Bouwbesluit 2012 stelt daarbij functionele eisen (in zogenaamde aansturingsartikelen) en concrete, specifieke prestatie-eisen waaraan een bouwwerk moet voldoen.⁵ Een voorbeeld van een functionele eis is het aansturingsartikel 2.1 lid 1 Bouwbesluit 2012: “Een te bouwen bouwwerk is voldoende bestand tegen de daarop werkende krachten.” Bij de prestatie-eisen van het Bouwbesluit 2012 wordt veelal gebruik gemaakt van verwijzing naar technische voorschriften: de zogenaamde NEN-normen van het Nederlands Normalisatie Instituut. Een voorbeeld van een prestatie-eis is artikel 2.2 Bouwbesluit 2012: “Een bouwconstructie bezwijkt gedurende de in NEN-EN 1990 bedoelde ontwerplevensduur niet bij de fundamentele belastingscombinaties als bedoeld in NEN-EN 1990.”

Ruimtelijke voorschriften

Het krachtens de Wro vastgestelde bestemmingsplan is de belangrijkste bron van ruimtelijke voorschriften waaraan bouwen moet voldoen. Naast het bestemmingsplan kunnen ook nog andere planfiguren ruimtelijke voorschriften bevatten die een toetsingsgrond vormen voor de verlening van een omgevingsvergunning voor het bouwen, zoals de beheersverordening of het exploitatieplan., zoals het projectbesluit of de beheersverordening.

1 Zie over deze aannemelijkheidstoets De Haan 2017, p. 51-53.

2 Zie art. 1b lid 2 Woningwet.

3 Zie art. 8 Woningwet.

4 Art. 12a Woningwet.

5 Moesker & Neerhof 2017, par. 4.3.2.

Welstand

Andere voorschriften aan de hand waarvan publiekrechtelijk toezicht in het bouwproces plaatsvindt, zijn de gemeentelijke welstandscriteria. De welstandstoets is een toets op esthetische aanvaardbaarheid van het bouwplan.

Tunnelveiligheid

Als de bouwactiviteit een wegtunnel betreft, moet getoetst worden of is voldaan aan de norm in art. 6 lid 1 Wet aanvullende regels veiligheid wegtunnels.⁶

5.1.2 Regels omtrent toezicht

Het toezicht door de gemeente valt grofweg uiteen in twee fasen. De eerste fase loopt tot de verlening van de bouwvergunning. Grondslag voor de verlening van de vergunning is art. 2.10 Wabo, waarin een limitatief-imperatief stelsel is opgenomen van gronden waarop een vergunning moet worden geweigerd. De gemeente hoeft echter geen volledige zekerheid te verkrijgen over de vraag of de vergunningaanvraag wel of niet voldoet aan de in art. 2.10 opgenomen vereisten. Ten aanzien van de onder a en b in dat artikel genoemde gronden is een aannemelijkheidstoets opgenomen. De tweede fase van het toezicht vindt plaats gedurende de uitvoeringsfase van het bouwproces.

Belangrijk verschil tussen het toezicht in de vergunningsfase en in de uitvoeringsfase is dat het toezicht in de vergunningfase resulteert in een bestuursrechtelijk besluit: het verlenen of afwijzen van een bouwvergunning. Het toezicht in de uitvoeringsfase bestaat in beginsel slechts uit feitelijk handelen, maar kan wel leiden tot een bestuursrechtelijk besluit.

Tot slot is nog van belang hier te vermelden dat bij bevoegdheden tot oplegging van herstelsancties op het bevoegd gezag een beginselplicht tot handhaving rust. Deze beginselplicht is in de jurisprudentie als volgt geformuleerd:

‘Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, zal in een geval van overtreding van een wettelijk voorschrift, het bestuursorgaan dat bevoegd is om met bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag het bestuursorgaan weigeren dit te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet uitzicht op legalisatie bestaat. Voorts kan handhaving zodanig onevenredig zijn in verhouding tot

6 Deze bepaling luidt als volgt: De kans op slachtoffers in de tunnel is blijkens een risicoanalyse niet groter dan 0,1/N 2 per kilometer tunnelbuis per jaar. Waarbij «N» het aantal dodelijke slachtoffers onder de weggebruikers per incident is en waarbij dat aantal 10 of meer bedraagt.

de daarmee te dienen belangen, dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien.⁷

5.2 HET PRIVAATRECHTELIJKE KADER VAN HET PUBLIEKRECHTELIJKE TOEZICHT: DE ONRECHTMATIGE DAAD

Omdat de toezichthouder die in het publiekrechtelijke bouwtoezicht actief is, veelal geen contractuele relatie heeft met een potentiële benadeelde⁸, zal de grondslag van eventuele aansprakelijkheid voor falend toezicht gezocht moeten worden in de onrechtmatige daad. In deze paragraaf worden ter inleiding enkele opmerkingen over het leerstuk van de onrechtmatige daad gemaakt, zodat in de volgende paragrafen per deelonderwerp dieper op enkele aspecten van de onrechtmatige daad kan worden ingegaan en de algemene aspecten daar achterwege kunnen blijven. De onrechtmatige daad is in art. 6:162 in het BW vastgesteld:

- ‘1. Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden.
2. Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.
3. Een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.’

Uit deze bepaling volgen vijf materiële vereisten voor een onrechtmatige daad: onrechtmatige daad, toerekenbaarheid, schade, causaliteit en relativiteit. Voor de relativiteit is voorts art. 6:163 BW van belang:

‘Geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden.’

De vijf vereisten worden in de navolgende subparagrafen kort besproken.

5.2.1 Onrechtmatige daad

Uit par. 6:162 lid 2 BW volgt dat de wetgever drie verschillende categorieën van onrechtmatigheid hanteert: strijd met een wettelijke plicht, de inbreuk op een recht

7 Moesker & Neerhof 2017, p. 122.

8 Op dit moment wordt nog bijna al het publiekrechtelijk bouwtoezicht uitgevoerd door de gemeente. Wordt het publiekrechtelijk bouwtoezicht door een private partij uitgevoerd, zoals is voorgesteld in de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen, is er wel een contractuele relatie tussen de toezichthouder en zijn opdrachtgever die mogelijk de benadeelde is. Deze situatie wordt behandeld in par. 5.5.

en de strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (maatschappelijke zorgvuldigheid).

Bij toezicht is er doorgaans geen sprake van een concrete wettelijke verplichting die geschonden wordt en wordt de vraag gesteld of de toezichthouder voldoende zorgvuldig gehandeld heeft. Vaak wordt immers een publiekrechtelijke toezichthouder enige ruimte gelaten bij de uitvoering van het toezicht. Het criterium strijd met een wettelijke plicht komt pas in beeld als er sprake is van een gebonden bevoegdheid.⁹ Ook de wettelijke voorschriften met betrekking tot het verlenen van een bouwvergunning en het houden van bouwtoezicht laten ruimte voor een zorgvuldigheidsoordeel. Bij het verlenen van de vergunning komt het aan op het oordeel van het bevoegd gezag over de aannemelijkheid dat het bouwen voldoet aan de voorschriften.¹⁰ In de praktijk zullen zich met name problemen voordoen met betrekking tot de vraag of het bevoegd gezag voldoende zorgvuldig heeft geoordeeld.

Het tweede element van het vereiste van de onrechtmatige daad is dat er sprake moet zijn van een daad, dat wil zeggen een doen of een nalaten.

5.2.2 Toerekenbaarheid

Het tweede materiële vereiste voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad is toerekenbaarheid. Dit vereiste houdt in dat de onrechtmatige daad toegerekend kan worden aan degene die wordt aangesproken door de benadeelde. Toerekening is blijkens art. 6:162 lid 3 BW mogelijk indien de onrechtmatige daad te wijten is aan de schuld van de dader of aan een oorzaak die krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.

De toezichthandelingen kunnen worden verdeeld in feitelijk handelen en het nemen van besluiten. Feitelijk handelen, zoals het bijwonen van de storting van een fundering, geschiedt door een ambtenaar van de gemeente, het nemen van besluiten, zoals de verstrekking van een vergunning, geschiedt door een orgaan van de gemeente, het college van burgemeester en wethouders. In het laatste geval blijkt een uit de rechtspraak over vernietigde besluiten, dat een onjuist besluit, behoudens uitzondering moet worden toegerekend aan de overheid, ook als die geen verwijt treft.¹¹ Ook wanneer niet door een orgaan wordt gehandeld, maar door een persoon als ondergeschikte van een rechtspersoon wordt gehandeld, kan de daad toegerekend worden als deze in het maatschappelijk verkeer als gedraging van de rechtspersoon heeft te gelden.¹² De hoedanigheid van de dader en de aard van de gedraging in relatie tot die hoedanigheid zijn aanknopingspunten bij het

9 Busch 2007, p. 63.

10 Zie par. 5.1.1.

11 Di Bella 2014, p. 162.

12 Van der Helm 2003, p. 7-8. Van der Does & Snijders 2001, p. 58-59. Zie ook HR 6 april 1979, *NJ* 1980/34, *Knabbel en Babbel*, m. nt. Brunner.

vaststellen van de toerekenbaarheid van de daad aan de dader¹³, en zullen vrijwel altijd tot de conclusie leiden dat de toezichthandeling aan de gemeente kan worden toegerekend. De betreffende ambtenaar zal een functie uitoefenen bij de afdeling bouw- en woningtoezicht of een externe partij zijn die door de afdeling bouw- en woningtoezicht is ingeschakeld. Het toezicht op het bouwproces is bovendien typisch een taak die verricht wordt door een ambtenaar met een functie bij bouw- en woningtoezicht.

De vraag of het onrechtmatig handelen ook aan de individuele ambtenaar kan worden toegerekend en die ambtenaar dus ook persoonlijk aansprakelijk is¹⁴, blijft buiten beschouwing, omdat het gebrek aan rechtspraak laat zien dat die vraag in de praktijk niet van belang is. Benadeelden kiezen ervoor de gemeente aansprakelijk te stellen voor toezichtfouten, hetgeen niet onbegrijpelijk is, wanneer de financiële positie van een gemeente wordt afgezet tegen die van de gemiddelde ambtenaar. Bovendien kan de gemeente worden aangesproken op een geheel van handelingen, terwijl een individuele ambtenaar wellicht maar een deel van die handelingen heeft verricht.

5.2.3 Schade

Het derde vereiste voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad is schade. De benadeelde moet schade hebben geleden die vergoed kan worden. Er kan een onderscheid worden gemaakt tussen vermogensschade en ander nadeel.¹⁵ In de literatuur wordt vervolgens wat vermogensschade betreft onderscheid gemaakt tussen personenschade (bij letsel aan personen), zaakschade (bij beschadiging of vernietiging van een zaak) en zuivere vermogensschade (vermogensschade die uit andere schade bestaat).¹⁶ Dit onderscheid kan relevant zijn bij het vaststellen van de causaliteit en voor de vraag of er ruimte is voor rechterlijke matiging.¹⁷ Voorts kan dit onderscheid, samenhangen met vragen rond het relativiteitsvereiste.

De verschillende soorten vermogensschade kunnen alle drie intreden als gevolg van gebrekkig uitgevoerd gemeentelijk bouwtoezicht. Hierna zullen bij de bespreking van causaliteit en relativiteit de verschillende schadesoorten terugkomen.¹⁸

13 Van der Does & Snijders 2001, p. 59.

14 Zie daarover in algemene zin onder meer Van der Helm 2003.

15 Artikel 6:95 BW. Vergoeding van 'ander nadeel', zoals aantasting van de eer en goede naam, is minder relevant voor de aansprakelijkheid voor gebrekkig bouwtoezicht.

16 Hartlief 2003, p. 202.

17 Hartlief 2003, p. 202.

18 De overige in 6:96 lid 2 genoemde vermogensschade komt ook voor vergoeding in aanmerking maar is voor dit onderzoek minder van belang.

5.2.4 Causaal verband

In rechtspraak en literatuur wordt bij het vereiste van causaliteit onderscheid gemaakt worden tussen causaal verband in de fase van vestiging van aansprakelijkheid en in de fase van de bepaling van de omvang van aansprakelijkheid.¹⁹

Causaal verband en de vestiging van aansprakelijkheid

De eerste fase houdt in dat er in beginsel een *conditio sine qua non*-verband (csqn-verband) moet kunnen worden vastgesteld tussen daad en schade. Dit betekent dat in het geval van bouwtoezicht vast moeten komen te staan dat de schade niet zou zijn ingetreden indien de gemeente niet op gebrekkig wijze toezicht had gehouden. Het vaststellen van een csqn-verband kan enige voeten in de aarde hebben, als bijvoorbeeld sprake is van schade als gevolg van het niet naleven van bouwtechnische voorschriften. Dan zal een technisch onderzoek moeten plaatsvinden, waaruit blijkt wat de oorzaak van de schade precies is en voorts zal duidelijk moeten worden welke toezichtshandelingen de gemeente op welke wijze heeft verricht. In geval van schade als gevolg van het niet naleven van ruimtelijke voorschriften, zijn de feiten die hebben geleid tot de schade naar verwachting doorgaans eenvoudiger vast te stellen.

Causaal verband en de omvang van aansprakelijkheid

De tweede fase houdt een normatief oordeel in over de vraag welke schadegevolgen redelijkerwijs aan de daad kunnen worden toegerekend. Art. 6:98 BW bepaalt hierover:

‘Voor vergoeding komt slechts in aanmerking schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend.’

Bij de redelijke toerekening volgens art. 6:98 BW kunnen verschillende gezichtspunten worden gehanteerd.²⁰ Toerekening is eerder en/of meer gerechtvaardigd naarmate het gevolg naar ervaringsregels waarschijnlijker is, naarmate het gevolg minder verwijderd is van de onrechtmatige daad, indien verkeers- en veiligheidsnormen zijn geschonden die met het oog op de voorkoming van ongevallen zijn opgesteld, naarmate de schuld aan het schadeveroorzakend gebeuren groter is, naarmate de schade ernstiger van aard is en indien de schade is toegebracht tijdens bedrijfsuitoefening.²¹

19 Hartlief 2003, p. 215.

20 Brunner 1981, p. 210-217 en daarover Hartlief 2003, p. 220-221.

21 Ibid.

Het door sommigen van belang geachte ‘*floodgates*-argument’²², zou kunnen worden meegewogen in dit onderdeel van het causaal verband. Met het ‘*floodgates*-argument’ wordt bedoeld op de redenering dat het (overheids)aansprakelijkheidsrecht niet te ver mag uitdijen, omdat dit maatschappelijk niet gewenst is.²³ Dit argument, dat rechtspolitiek van aard is, kan een plaats krijgen in de beoordeling van het causaal verband met betrekking tot de omvang van de aansprakelijkheid, omdat de aard van de aansprakelijkheid expliciet genoemd wordt in de wet. De bijzondere aspecten van de toezichthoudersaansprakelijkheid kunnen dus worden meegewogen²⁴, evenals de schuld aan het schadeveroorzakend gebeuren en de mate waarin het gevolg verwijderd is van de onrechtmatige daad.

Voorts blijkt uit de hierboven geformuleerde gezichtspunten dat de vraag relevant is of de door de toezichthouder overtreden norm een veiligheidsnorm is, omdat een positieve beantwoording van die vraag een indicatie is voor een ruimere toerekening.²⁵ Voor een gedeelte van de taak van gemeentelijk bouw- en woningtoezicht zou betoogd kunnen worden dat de norm tot zorgvuldige uitvoering daarvan een veiligheidsnorm is. Voor zover namelijk wordt toegezien op de naleving van veiligheidsnormen, worden er veiligheidsbelangen beschermd door zorgvuldig toezicht.

Tot slot kan van de verschillende schadesoorten gezegd worden dat personenschade eerder dan zaakschade en zaakschade eerder dan zuivere vermogensschade causaal wordt toegerekend.²⁶

5.2.5 Relativiteit

Omdat het relativiteitsoordeel in een aantal spraakmakende gevallen een belangrijke rol heeft gespeeld in de rechtspraak over toezichthoudersaansprakelijkheid²⁷, is dit vijfde vereiste voor een onrechtmatige daad veelvuldig onderwerp geweest in de literatuur en wordt het hier uitgebreid besproken. Achtereenvolgens wordt hier ingegaan op de wettelijke bepaling en de wetsgeschiedenis, de kritiek in de literatuur op het relativiteitsvereiste, problemen rond het vaststellen van het beschermingsbereik van een norm. Tot slot volgt een conclusie.

22 Zoals A-G Spier en minder expliciet de Hoge Raad in HR 7 mei 2004, *NJ* 2006, 281, *Duwbak Linda*.

23 Het is de vraag of de vrees die ten grondslag ligt aan dit argument wel terecht is. Het onderzoek van Van Dam wijst in ieder geval niet in die richting. Van Dam 2006, p. 153.

24 Zie ook Giesen 2005, p.175-176.

25 Zie bijv. HR 2 november 1979, *NJ* 1980, 77.

26 Volgens de deelregels van Brunner, zie Brunner 1981 en Hartlief 2003, p. 220-221.

27 Zie onder meer HR 7 mei 2004, *NJ* 2006, 281, *Duwbak Linda*. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 129 waar gesteld wordt dat vergaande keuzes over wel of niet aansprakelijk op dit vereiste worden gebaseerd.

5.2.5.1 De wettelijke bepaling en de wetsgeschiedenis

Allereerst vereist art. 6:162 BW dat alleen wanneer een onrechtmatige daad jegens een ander wordt gepleegd de schade vergoed moet worden. Onvoldoende is dat de daad in algemene zin onrechtmatig is, omdat de daad ook in de relatie tussen dader en benadeelde onrechtmatig dient te zijn. Art. 6:163 BW werkt het relativiteitsvereiste verder uit en bepaalt dat geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden. Er kunnen dus drie elementen van relativiteit in de wettelijke bepalingen worden onderscheiden:

- er moet sprake zijn van persoonlijke relativiteit. De daad moet onrechtmatig zijn jegens de benadeelde. De benadeelde moet met andere woorden onder het beschermingsbereik van de geschonden norm vallen;
- er moet verder sprake zijn van zakelijke relativiteit. De schade die is geleden moet eveneens onder het beschermingsbereik van de geschonden norm vallen;
- er moet ook sprake zijn van relativiteit met betrekking tot het ontstaan van de schade. De wijze waarop schade in ontstaan moet ook onder het beschermingsbereik van de norm vallen.²⁸

Aan al deze drie vereisten moet worden voldaan voor er sprake kan zijn van een succesvolle vordering uit hoofde van onrechtmatige daad.

De negatieve formulering die de wetgever heeft gekozen in art. 6:163 BW lijkt ervoor te pleiten om niet te snel tot het oordeel te komen dat relativiteit in de weg staat aan aansprakelijkheid.²⁹ Dit kan namelijk alleen wanneer de geschonden norm niet strekte tot bescherming. De minister van Justitie stelde bij de parlementaire behandeling van de invoering van boek 6 BW dat het gewijzigd ontwerp ervan uitgaat

‘dat een norm in beginsel strekt ter bescherming van allen die als gevolg van overtreding ervan schade kunnen lijden en dat wel ter bescherming tegen alle schade die aan de dader op de voet van artikel 6.1.9.4 als een gevolg van die overtreding kan worden toegerekend. Voor een beroep op het onderhavige artikel moet derhalve komen vast te staan dat de betreffende norm de eiser in het gegeven geval niet beschermt tegen de schade zoals hij deze heeft geleden.’³⁰

Er dienen met andere woorden negatieve aanwijzingen te zijn om te kunnen concluderen dat relativiteit aan aansprakelijkheid in de weg staat. Den Hollander wijst er echter terecht op dat uit dit citaat niet blijkt dat sprake moet zijn van negatieve aanwijzingen *in de wetsgeschiedenis* en stelt voorts dat het onwaarschijnlijk is dat

28 PG Boek 6, p. 637, Asser-Hartkamp/Sieburgh 6-IV, nr. 131, Lindenberg 2007, p. 10.

29 Van Dam 2006, p. 124.

30 PG Boek 6, p. 638.

de wetgever een generiek vermoeden van relativiteit beoogd heeft in het leven te roepen.³¹ De rechter dient volgens hem daarom een neutraal vertrekpunt te kiezen.³²

5.2.5.2 Kritiek in de literatuur op de relativiteit

In de discussie over de relativiteit bij aansprakelijkheid voor gebrekkig overheids-toezicht, verdient de algemene rol van het relativiteitsvereiste aandacht. De opvatting over het relativiteitsvereiste bij gebrekkig overheids-toezicht in het bouwproces, wordt namelijk gekleurd door de bredere zienswijze op het relativiteitsvereiste.

Het meest vergaande en fundamentele bezwaar tegen het relativiteitsvereiste is dat het overbodig zou zijn.³³ Aansprakelijkheid zou, voor zover dat nodig is, niet door toepassing van het relativiteitsvereiste beperkt hoeven te worden, omdat daarvoor de figuur van de causaliteit bestaat.³⁴ Tegen dit meest fundamentele bezwaar is ingebracht dat te veel bescherming aan zou normen kunnen worden ontleend, indien de benadeelde, zijn geschonden belang en het ontstaan van de schade niet onder het beschermingsbereik van de geschonden norm zou hoeven te vallen. Bepaalde belangen zullen soms evident niet onder het beschermingsbereik van een wettelijke norm vallen en dan kan het relativiteitsvereiste een nuttige functie vervullen. Het lijkt niet ondenkbaar om in dergelijke gevallen aansprakelijkheid via de band van de causaliteit te laten afstuiten, maar dan zullen er relativiteitachtige elementen mee gaan spelen in de beoordeling van de causaliteit.³⁵ De relativiteitsafweging wordt dan met andere woorden niet los gelaten. Het belang van het relativiteitsvereiste wordt bovendien al voldoende genuanceerd door de correctie-Langemeijer. Ook wanneer belangen niet onder het beschermingsbereik van een wettelijke norm vallen, zullen de normadressaten zich zorgvuldig jegens eventuele benadeelden moeten gedragen, omdat benadeelden via de correctie-Langemeijer toch hun schade kunnen verhalen, indien er een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm is geschonden die wel strekt tot bescherming van het geschonden belang.

Een minder fundamenteel bezwaar tegen het relativiteitsvereiste is dat dit slechts een rol kan spelen bij aansprakelijkheid op grond van schending van een wettelijke plicht.³⁶ Bij de schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm, zou het relatieve aspect van de onrechtmatige daad namelijk al ingebakken zitten in die ongeschreven norm.³⁷ In deze opvatting speelt dus wel het beschermingsbe-

31 Den Hollander 2016, p. 116. Zie ook HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9317, *NJ* 2008, 491, r.o. 3.3.2.

32 Den Hollander 2016, p. 118.

33 Van Dunné 2007.

34 Van Dunné 2007.

35 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 143.

36 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 135.

37 Giesen 2005, p. 169.

reik van de norm een rol, maar wordt het beschermingsbereik betrokken in het onrechtmatigheidsoordeel en niet in het relativiteitsoordeel. Voor deze opvatting is veel te zeggen. Het is immers moeilijk voorstelbaar dat de dader onzorgvuldig heeft gehandeld jegens de benadeelde, waardoor die is geschaad in zijn belangen, maar dat die benadeelde niet beschermd werd door de zorgvuldigheidsnorm die de dader geacht werd na te leven. De conclusie dat het beschermingsbereik van de zorgvuldigheidsnorm er niet toe doet kan echter niet getrokken worden.³⁸ De vraag welke belangen beschermwaardig zijn, is hoe dan ook van belang bij strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt, maar krijgt een plaats bij een ander vereiste, namelijk dat van de onrechtmatigheid. Daarmee wordt duidelijk dat het vaststellen van de relativiteit van een zorgvuldigheidsnorm een sterk normatief karakter heeft. Het gaat om de vraag of de dader een bepaalde zorgvuldigheidsnorm jegens een ander in acht had moeten nemen. Dit ligt anders bij de relativiteit van een wettelijke norm, omdat bij het vaststellen daarvan een beroep kan worden gedaan op de bedoelingen van de wetgever. Alleen wanneer de zorgvuldigheidsnorm die geschonden is 'absoluut' wordt geformuleerd, is ruimte voor een zelfstandig relativiteitsoordeel bij schending van een zorgvuldigheidsnorm.

Van belang is voorts dat een zorgvuldigheidsnorm alleen in relatieve zin is geschonden, wanneer de dader bedacht moest zijn op de geschonden belangen van de benadeelde. De Hoge Raad overwoog daarover in het arrest *Staat/Shell*³⁹ als volgt:

'Schendt hij een belang van een ander waarop hij niet bedacht behoefde te zijn, dan is derhalve niet voldaan aan het relativiteitsvereiste, zodat het mogelijk is te zeggen dat de dader niet onrechtmatig heeft gehandeld jegens die ander; men kan dan evenwel even goed, zo niet beter zeggen dat de dader (in zoverre) niet onrechtmatig heeft gehandeld (vgl. HR 27 januari 1984, *NJ* 1984, 536). In dit opzicht bestaat een nauwe samenhang tussen onrechtmatigheid en relativiteitsvereiste.'⁴⁰

Een laatste te noemen bezwaar, waar Giesen op heeft gewezen, is dat het relativiteitsvereiste de reden dat een vordering wordt afgewezen kan verhullen.⁴¹ Indien het beschermingsbereik van een norm lastig is vast te stellen, zal het relativiteitsoordeel mogelijk gekleurd worden door de opvatting van de rechter over de wenselijkheid van aansprakelijkheid in het concrete geval. Dit is een ongewenste situatie, omdat de maatschappij en de betreffende rechtzoekenden in het bijzonder gebaat zijn bij een uitspraak waarin de argumenten die tot het rechterlijk oordeel leiden, zo helder mogelijk worden verwoord.

38 Lindenbergh 2006, p. 7, Asser-Hartkamp/Sieburgh 6-IV, nr. 135.

39 HR 30 september 1994, *NJ* 1996, 196, *Staat/Shell*.

40 HR 30 september 1994, *NJ* 1996, 196, *Staat/Shell*, r.o. 3.8.4.

41 Giesen 2005, p. 170.

5.2.5.3 De literatuur over het vaststellen van het beschermingsbereik

Hoe wordt door de rechter vastgesteld wat het beschermingsbereik van een norm is. In de analyse van Den Hollander maakt de Hoge Raad onderscheid tussen ‘de prealabele vraag naar het beschermingsdoel van een norm en de vervolg of hoofdvraag naar de beschermingsomvang daarvan.’⁴² De prealabele vraag heeft volgens Den Hollander betrekking op het onderscheid tussen algemene en individuele belangen. De beantwoording van die prealabele vraag moet dan ook duidelijk maken of de norm op de schending waarvan de benadeelde zich beroept überhaupt kan worden ingeroepen ter bescherming van enig individueel belang in plaats van een algemeen belang. Bij de daaropvolgende vraag naar de beschermingsomvang gaat het erom of het concrete geschade belang valt in de categorie van individuele belangen die de norm beoogt te beschermen. Den Hollander concludeert op basis van de jurisprudentie dat de Hoge Raad zich terughoudend opstelt in de zaken waarin het zwaartepunt van het relativiteitsoordeel ligt bij de prealabele vraag naar het beschermingsdoel van een wettelijke norm en zodoende vaak niet aan de tweede vraag toekomt.⁴³

Aan het hierboven geschetste vaststellen van het beschermingsbereik door de rechter kleven enkele praktische problemen. Het beschermingsbereik van een wettelijke norm zal, om verschillende redenen, vaak niet eenvoudig zijn vast te stellen. Een eerste probleem is dat de wetgever vaak niet veel of geen woorden besteedt aan het beschermingsbereik van een wetsartikel.⁴⁴ Soms wordt in de parlementaire stukken zelfs bewust een kwestie onbesproken gelaten, om een meerderheid achter een wetsvoorstel te krijgen. Bovendien zijn er meerdere wetgevers. Een Kamerlid kan een andere opvatting hebben en met een andere intentie instemmen met een wetsvoorstel dan een Minister.⁴⁵

Een tweede probleem is dat de parlementaire stukken die betrekking hebben op wettelijke regelgeving in bepaalde gevallen erg oud zijn. Het afleiden van het beschermingsbereik van een wettelijke norm kan dan in de woorden van Schueler ‘geschiedvervalsing’ worden.⁴⁶ Het huidige aansprakelijkheidsrecht kent immers fundamentele verschillen met het aansprakelijkheidsrecht van bijvoorbeeld honderd jaar geleden. De intenties van de wetgever kunnen daarom niet letterlijk geïnterpreteerd worden naar een geschil dat volgens het huidige aansprakelijkheidsrecht beslecht wordt.

Ten derde is, zoals door Schueler is betoogd, het onderscheid tussen algemene en individuele belangen bij het vaststellen van het beschermingsbereik problema-

42 Den Hollander verwijst hier naar Lankhorst 1992.

43 Den Hollander 2016, p. 137.

44 PG Boek 6 BW, p. 632. Van Dam 2010, p. 236.

45 Scheltema Handelingen NJV 2005, p. 43.

46 Schueler 2006, p. 300.

tisch, omdat die belangen vaak in elkaar overlopen.⁴⁷ Het algemene belang van bijvoorbeeld veilig scheepvaartverkeer zal overlap vertonen met individuele belangen van veilig scheepvaartverkeer. Het aanbrengen van een scheiding tussen die algemene en individuele belangen, is dan, zeker wanneer daar in de parlementaire stukken geen duidelijke aanwijzingen in te vinden zijn, niet goed meer mogelijk.

5.2.5.4 Conclusie

Geconcludeerd kan worden dat relativiteitsoverwegingen van belang zijn om vast te stellen of de dader jegens de benadeelde een onrechtmatige daad heeft gepleegd. De fundamentele kritiek op het relativiteitsvereiste moet dan ook worden afgewezen. De praktische punten van kritiek, omtrent de vaststelling van het beschermingsbereik, plaatsen de beoordeling van de aansprakelijkheid voor bouwtoezicht wel voor enige problemen. Wellicht kunnen de criteria van goed toezicht zoals geformuleerd in par. 3.7.2 voor een extra aanknopingspunt zorgen in de beoordeling van de relativiteit. Toepassing van het relativiteitsvereiste sluit in ieder geval aan bij het belang dat wordt toegekend aan het doel van toezicht in de criteria van goed toezicht.

5.3 GEBREKKIGE VERGUNNINGVERLENING: TEN ONRECHTE IS VERGUNNING VERLEEND

In deze paragraaf worden verschillende situaties behandeld die met elkaar gemeen hebben dat er schade is ontstaan mede doordat de gemeente ten onrechte een vergunning heeft verleend. Achtereenvolgens wordt ingegaan op de situatie waarin een vergunning wordt vernietigd of ingetrokken en het fysieke bouwproces is gestart, vervolgens op de situatie dat een vergunning wordt vernietigd of ingetrokken en het fysieke bouwproces nog niet is gestart en tot slot wordt ingegaan op een ten onrechte verleende vergunning die niet wordt vernietigd of ingetrokken.

5.3.1 Vergunning vernietigd of ingetrokken; fysieke bouwproces reeds gestart

Zowel de vergunninghouder als een derde kunnen schade oplopen. De aansprakelijkheid jegens de vergunninghouder wordt behandeld in subparagraaf 5.3.1.1 en aansprakelijkheid jegens een derde in subparagraaf 5.3.1.2.

5.3.1.1 Aansprakelijkheid jegens vergunninghouder

Indien de vergunninghouder heeft gebouwd, maar de bouwvergunning later toch nog wordt vernietigd, dan is het mogelijk dat het gebouwde moet worden afgebroken of aangepast. Dit levert vanzelfsprekend schade op voor de vergunninghouder. Een vordering tot vergoeding van dit type schade is in het verleden meermalen voor de rechter gekomen.

47 Ibid.

5.3.1.1.1 Hoofdlijn in de rechtspraak

In het arrest Grubbenvorst/Caldenbroich⁴⁸ had de gemeente een bouwvergunning verleend die een aantal dagen later al voor vernietiging werd voorgedragen door Gedeputeerde Staten (GS). De gemeente had namelijk verzuimd om goedkeuring te vragen aan GS. Enkele maanden later volgde een schorsing van de vergunning door de Kroon. Ongeveer een jaar na de verlening van de vergunning werd deze vervolgens vernietigd door de Kroon. Caldenbroich vordert vergoeding van schade als gevolg van het verzuim om goedkeuring aan GS te vragen.

De Hoge Raad oordeelt dat de gemeente onrechtmatig handelde door een gebrekkige vergunning te verlenen. In het arrest wordt ook een criterium genoemd voor eventuele eigen schuld van de vergunninghouder. Bij een redelijke grond voor twijfel aan de regelmatigheid van de vergunningverlening kan al sprake zijn van eigen schuld bij de vergunninghouder, wanneer die is begonnen met bouwen. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval beperkt deze eigen schuld de aanspraak van de vergunninghouder op een schadevergoeding. De schade die voor vergoeding in aanmerking komt bestaat slechts uit de schade die de vergunninghouder heeft geleden tengevolge van het feit dat hij er op heeft vertrouwd dat de vergunning niet aan vernietiging bloot stond. Gederfde winst en de kosten voor het verkrijgen van de vergunning komen dus niet voor vergoeding in aanmerking.

In het arrest Schuttersduin⁴⁹ van de Hoge Raad uit 1994 wordt de aansprakelijkheid van de gemeente verder beperkt:

‘De houder van een bouwvergunning die – zoals hier - reeds met bouwen begint, vóórdat definitief is vast komen te staan dat de vergunning niet meer kan worden vernietigd op grondslag van een door een belanghebbende krachtens de wet tegen de verlening van die vergunning ingesteld bezwaar of beroep, handelt op eigen risico en kan niet naderhand de gemeente waarvan B&W de vergunning afgaven, aanspreken uit onrechtmatige daad, wanneer een ingesteld bezwaar of beroep tot vernietiging van de vergunning heeft geleid. Dit is slechts anders indien van de zijde van de gemeente bij de vergunninghouder het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat een ingesteld of nog in te stellen bezwaar of beroep niet tot vernietiging zal leiden.’

Het criterium van de redelijke twijfel dat in het arrest Grubbenvorst/Caldenbroich werd geformuleerd is met dit arrest op een strikte manier ingevuld of zelfs gewijzigd.⁵⁰

48 HR 15 juni, 1979, *NJ* 1980, 261, m. nt. Scheltema, *BR* 1979, 760.

49 HR 29 april 1994, *NJ* 1997, 396 m. nt. Scheltema, *BR* 1994, 773, m. nt. Koeman. Zie eerder ook Rb. Utrecht, 8 juni 1988, *BR* 1988, 682, waarin echter nog de redelijke grond tot twijfel als criterium werd gehanteerd.

50 Schild en Schollen zijn bijvoorbeeld van mening dat dit een wijziging van het criterium uit Grubbenvorst/Caldenbroich inhoudt, Schild & Schollen 2009, p. 247. Hoekstra interpreteert dit als een nadere invulling van het criterium, zie Hoekstra 2009, 53.

5.3.1.1.2 Literatuur

Het arrest Schuttersduin is niet onverdeeld positief ontvangen in de literatuur. Annotator Koeman sprak bijvoorbeeld de hoop uit dat de correctie die de Hoge Raad heeft aangebracht ten op zichte van Grubbenvorst in de toekomst ongedaan zou worden gemaakt. Het punt van onvrede is dat de Hoge Raad een te strikt criterium hanteert. Alle activiteiten vóór het onherroepelijk worden van de vergunning zijn voor het eigen risico van de vergunninghouder, ook wanneer schorsingsverzoeken zijn afgewezen. Koeman betoogt in zijn annotatie dat het criterium van Grubbenvorst/Caldenbroich ook in de zaak Schuttersduin goed bruikbaar was geweest en waarschijnlijk tot een zelfde uitkomst zou hebben geleid.⁵¹ Ook anderen dan Koeman hebben aangedrongen op een minder rigide risicoverdeling.⁵²

Scheltema heeft in zijn annotatie bij het arrest Schuttersduin betoogd dat de onterechte verlening van een bouwvergunning überhaupt niet onrechtmatig kan zijn jegens de aanvrager.⁵³ Die aanvrager kreeg immers waar hij om vroeg en dat was zelfs meer dan waar hij recht op had. Eventueel onrechtmatig handelen van de gemeente bestaat volgens Scheltema dan ook pas wanneer de gemeente naast het verlenen van de vergunning ook 'gerechtvaardigd vertrouwen' wekt dat een bezwaar of beroep niet tot vernietiging zal leiden.⁵⁴ Scheltema acht de benadering van de Hoge Raad dan ook rechtssystematisch de juiste, omdat in het algemeen geldt dat niet zonder meer mag worden afgegaan op een gunstige beslissing van een overheidsorgaan waartegen nog een rechtsgang open staat.⁵⁵

Schueler betwijfelt of de rigide schadeverdeling van het arrest Schuttersduin wel tot de meest rechtvaardige uitkomst leidt.⁵⁶ Hij wijst op de consequentie dat gemeenten vergunningen mogen afgeven zonder in te staan voor de rechtmatigheid daarvan. Als mogelijke verklaring voor de rigide risicoverdeling van de Hoge Raad wijst Schueler op de mogelijke problemen die ontstaan bij het construeren van een oplossing vanuit de idee van schuld-aansprakelijkheid. Een grotere fout van de gemeente leidt dan namelijk ook tot grotere schuld bij de vergunninghouder, die had moeten inzien dat hij niet op de rechtmatigheid van de vergunning had mogen vertrouwen.⁵⁷

Schlössels toont zich eveneens kritisch. Hij acht het onbevredigend dat de Hoge Raad niet aannemelijk maakt waarom een bouwvergunning die eerst voor recht-

51 Annotatie Koeman bij HR 29 april 1994, *BR* 1994, 773, p. 775-776.

52 Hennekens, annotatie *Gst* 6993, 4, B.J. Schueler, in: *AB Klassiek* 2003, nr. 31, Teunissen 1997, p. 359-364.

53 HR 29 april 1994, *NJ* 1997, 396, m.nt. M. Scheltema, p. 2164.

54 HR 29 april 1994, *NJ* 1997, 396, m.nt. M. Scheltema, p. 2164.

55 HR 29 april 1994, *NJ* 1997, 396, m.nt. M. Scheltema, p. 2164.

56 Schueler 1997, p. 73.

57 Een soortgelijk probleem doet zich ook voor bij het privaatrechtelijke toezicht. Hoe groter de fout van de opdrachtnemer, hoe meer ook van de opdrachtgever kan worden gezegd dat hij of zijn directievoerder die fout hadden moeten opmerken.

matig wordt gehouden, maar later wordt vernietigd niet als medeoorzaak van de schade kan worden aangemerkt.⁵⁸ Hij veronderstelt dat de wens om overheidsaansprakelijkheid te beperken hiervan de oorzaak is.

Neerhof wijst er op dat het relativiteitsvereiste in dit geval geen rol speelt, hoewel de normen die bepalen of de vergunning mocht worden verleend, niet strekken tot bescherming van de vergunninghouder. Jegens de vergunninghouder zijn immers andere normen in het geding, zoals het (materiële) zorgvuldigheidsbeginsel of het rechtszekerheidsbeginsel.⁵⁹

Schild en Schollen spreken van een hard en fast rule die is geïntroduceerd in vergelijking met de maatstaf van 'de redelijke twijfel' uit het arrest Grubbenvorst/Caldenbroich.⁶⁰ Tegenover de kritische ontvangst in de literatuur stellen zij dat de regel wel de 'charme van de eenvoud' heeft en veel duidelijkheid biedt.⁶¹

Ook de door de Hoge Raad in het Schuttersduin arrest genoemde uitzonderingsbepaling roept vragen op in de literatuur. Wat moet worden verstaan onder het wekken van gerechtvaardigd vertrouwen dat een ingesteld of nog in te stellen bezwaar of beroep niet tot vernietiging zal leiden? Een voor de vergunninghouder gunstige beslissing op het bezwaarschrift van een derde niet, zo stelt Teunissen.⁶² Een mededeling met de strekking dat de vergunning naar de stellige overtuiging van de gemeente in beroep stand zal houden, is in de interpretatie van Schild en Schollen wel een geval dat moet worden verstaan onder de uitzonderingsbepaling.⁶³ Het aan de gemeente vragen om een dergelijke verklaring af te geven, kan wellicht dus soelaas bieden voor de vergunninghouder.

5.3.1.1.3 Eigen opvatting

Sinds het arrest Schuttersduin is de civielrechtelijke regel dat een houder van een niet onherroepelijke bouwvergunning bouwt op eigen risico.⁶⁴ Op het eerste gezicht doet het vreemd aan dat een vergunninghouder er rekening mee moet houden dat er gebreken kleven aan de bouwvergunning die hem is verleend. Van een zorgvuldig gemeentebestuur mag immers verwacht worden dat een rechtmatige bouwvergunning verleend wordt. Toch heeft de Hoge Raad de regel gevestigd dat eventuele schade die ontstaat door bouwen met een niet onherroepelijke vergunning volledig moet worden toegerekend aan het handelen van de vergunninghouder. Hierdoor is geen ruimte voor een schadeverdeling naar evenredigheid, terwijl ook een aan de gemeente toe te rekenen omstandigheid de schade heeft veroorzaakt.

58 Schlössels 2003, p. 540.

59 Neerhof 2007a, p. 143.

60 Schild & Schollen 2009, p. 247.

61 Ibid.

62 Teunissen 1997, p. 359-364.

63 Schild & Schollen 2009, p. 248-249.

64 Schild & Schollen 2009, p. 247. Zie ook HR 19 december 2003, *NJ* 2004, 151.

Een mogelijke rechtvaardiging voor de risicoverdeling die de Hoge Raad in het arrest Schuttersduin aanneemt ligt niet in de mate waarin, maar in de wijze waarop vergunninghouder en gemeente hebben bijgedragen tot de schade. De gemeente heeft de taak om soms zeer ingewikkelde besluiten te nemen, die veel voorbereiding en uitwerking vereisen. Bovendien zal niet altijd vooraf duidelijk zijn of de rechter tot eenzelfde afweging zal komen als de gemeente, hetgeen de taak van de gemeente kan compliceren. De vergunninghouder daarentegen kan mogelijke schade op een eenvoudige wijze voorkomen door stil te zitten gedurende de periode dat een vergunning nog niet onherroepelijk is. Dit verschil brengt met zich dat in de praktijk een vergunninghouder te allen tijde in staat zal zijn om schade te vermijden en dat dit voor een gemeente in de praktijk moeilijker zal blijken te zijn. Deze rechtvaardiging zou, nu het hier een element van verwijtbaarheid betreft, als een toepassing van de billijkheidscorrectie kunnen worden beschouwd, nu deze overweging de mate van verwijtbaarheid van het handelen van de gemeente en de vergunninghouder betreft. Ook al hebben zowel de gemeente als de vergunninghouder een veroorzakingsaandeel, toch wordt de schade volledig aan de vergunninghouder toegerekend.⁶⁵

Een mogelijkheid tot (gedeeltelijke) aansprakelijkheid van de gemeente kan voorts bestaan in het geval dat de gemeente ten onrechte niet meldt aan de vergunninghouder dat er bezwaar is ingediend tegen zijn vergunning en de vergunninghouder ten onrechte niet uitnodigt voor een hoorzitting.⁶⁶

Criteria van goed toezicht

Hoe dient de rechtspraak beoordeeld te worden uit het oogpunt van goed toezicht? De regel die volgt uit het arrest Schuttersduin voorkomt dat er een negatief effect uitgaat van het toezicht op de naleving van bouwvoorschriften, omdat de vergunninghouder eerst zal moeten afwachten of de beoordeling van de toezichthouder juist is. In zoverre voldoet deze regeling aan de criteria van goed toezicht.

5.3.1.2 Aansprakelijkheid jegens derde

Indien de vergunninghouder heeft gebouwd, maar de bouwvergunning later toch nog wordt vernietigd, is het mogelijk dat een derde schade heeft geleden, door bijvoorbeeld een waardedaling van een bouwwerk dat die derde in eigendom heeft.

65 In de literatuur wordt dit aspect echter meegewogen in de aan de billijkheidscorrectie voorafgaande causaliteitstoets. Doordat sprake is van een hoogst onvoorzichtige gedraging van de benadeelde, heeft die gedraging als de enige rechtens relevante oorzaak te gelden, zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013, nr. 109.

66 Rb. Overijssel 3 augustus 2016, ECLI:NL:ROVE:2016:3107, r.o. 5.17.

5.3.1.2.1 Hoofddlijn in de rechtspraak

In 1999 deed het Hof Den Haag uitspraak in een zaak waarin omwonenden van de gemeente vergoeding vorderden van schade die was geleden doordat een vergunninghouder gebruik had gemaakt van zijn bouwvergunning, die later vernietigd werd wegens strijd met het bestemmingsplan.⁶⁷ De betreffende omwonenden waren ook degenen die het beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak ingesteld, zodat na vernietiging de bouwvergunning in de civiele zaak jegens hen als onrechtmatig gold.

De gemeente voerde in deze zaak aan dat de schade niet een gevolg was van het verlenen van een later vernietigde vergunning, maar van het door de vergunninghouder aanvangen met de bouw voordat de vergunning onherroepelijk was geworden. Het Hof ging hier niet in mee en oordeelde dat de omwonenden in een zodanige verhouding tot de gemeente staan, dat de schade die als gevolg van de door de gemeente ten onrechte afgegeven vergunning optreedt, niet voor rekening van omwonenden moet blijven.⁶⁸ Dat mogelijk ook de vergunninghouder onrechtmatig heeft gehandeld jegens de omwonenden, heeft volgens het Hof niet tot gevolg dat de schade niet ook aan de onrechtmatige besluiten van de gemeente moet worden toegerekend.⁶⁹

Interessant is voorts dat het Hof oordeelt dat het bestemmingsplan en het verbod om zonder vergunning te bouwen, “beogen de belangen te dienen die door het bestemmingsplan worden beschermd, waaronder de belangen van omwonenden”.⁷⁰ Hiermee maakt het Hof duidelijk dat de individuele belangen van omwonenden onder het beschermingsbereik van de normen van het bestemmingsplan vallen en dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan.

5.3.1.2.2 Eigen opvatting

In de uitspraak van het Hof Den Haag wordt terecht geoordeeld dat de gemeente aansprakelijk was jegens de omwonenden. Dat in de relatie tussen de gemeente en de vergunninghouder eventuele schade van de vergunninghouder op grond van eigen schuld voor diens rekening dient te blijven, betekent niet dat omwonenden hun schade ook slechts op de vergunninghouder kunnen verhalen.

Criteria van goed toezicht

In par. 3.7.2 werd als aansprakelijkheidsrechtelijk uitgangspunt geformuleerd dat de toezichthouder aansprakelijk gesteld kan worden indien er als gevolg van gebrekkig toezicht schade ontstaat. Deze ‘juridische accountability’ prikkelt de

67 Hof Den Haag 21 januari 1999, *NJ* 2000, 75.

68 Hof Den Haag 21 januari 1999, *NJ* 2000, 75, r.o. 5.5.

69 Hof Den Haag 21 januari 1999, *NJ* 2000, 75, r.o. 5.4.

70 Hof Den Haag 21 januari 1999, *NJ* 2000, 75, r.o. 5.3.

toezichthouder tot goed toezicht. Met het in het arrest van het Hof Den Haag geformuleerde uitgangspunt kan derhalve ingestemd worden vanuit het oogpunt van de criteria van goed toezicht.

5.3.2 Vergunning vernietigd of ingetrokken; fysieke bouwproces nog niet gestart

Indien er nog geen start is gemaakt met de bouwwerkzaamheden, hebben derden nog geen schade kunnen lijden als gevolg van die werkzaamheden. Alleen de vergunninghouder kan in deze situatie schade lijden, doordat er vertraging optreedt in zijn bouwproject. In de volgende paragrafen wordt onderzocht aan welke voorwaarden voldaan moet zijn voor vergoeding van de schade.

5.3.2.1 Aansprakelijkheid jegens vergunninghouder

In de volgende paragrafen wordt onderzocht aan welke voorwaarden voldaan moet zijn voor vergoeding van de schade die een vergunninghouder lijdt door intrekking of vernietiging van een bouwvergunning indien er nog geen start is gemaakt met de bouwwerkzaamheden. Eerst wordt ingegaan op de rechtspraak, vervolgens op de literatuur en tot slot op mijn eigen opvatting.

5.3.2.1.1 Hoofdlijn: Rechtspraak

Een belangrijk arrest in dit verband is het arrest Barneveld/Berkenhorst⁷¹. De omstandigheden in dit arrest weken af van die in de onder paragraaf 5.3.1.1.1 besproken arresten Grubbenvorst/Caldenbroich en Schuttersduin. In de zaak Barneveld/Berkenhorst had de vergunninghouder juist niet gebouwd, maar had deze moeten wachten met bouwen omdat de gemeente in eerste instantie een onrechtmatige vergunning had verleend.

De gemeente had in de zaak Barneveld/Berkenhorst een procedurele fout gemaakt bij het verlenen van de vrijstelling van het bestemmingsplan, hetgeen erkend werd door het college van burgemeester en wethouders. Het college trok het bestreden besluit in. Een nieuw aangevraagde bouwvergunning werd vervolgens wel verleend en na een afgewezen verzoek om voorlopige voorziening ook onherroepelijk. De vertragingsschade die Berkenhorst stelde te lijden als gevolg van het gemeentelijk handelen bestond uit extra bouwkosten en gederfde inkomsten uit de verhuur van de geplande recreatiewoningen gedurende een seizoen.

De rechtbank oordeelde in eerste instantie dat de gemeente geen schade hoefde te vergoeden. Het Hof en vervolgens de Hoge Raad kwamen tot het oordeel dat de gemeente onrechtmatig heeft gehandeld jegens de vergunninghouder en door hem geleden vertragingsschade moest worden vergoed. De rechtbank had een afwijkend oordeel over de causaliteitsvraag, omdat de rechtbank betwijfelde of de

71 HR 10 april 2009, *TBR* 2009/205, m. nt. G.M. van den Broek.

gemeente wel een rechtmatige vrijstelling had kunnen verlenen. Er zou daarom geen oorzakelijk verband bestaan tussen de geleden schade en het onrechtmatig besluit tot verlening van de aanvankelijke vergunning. Volgens het in cassatie niet bestreden oordeel van het Hof had in eerste instantie echter wel een rechtmatige bouwvergunning kunnen worden verleend, waardoor de geleden schade een gevolg was van de onrechtmatige vergunningverlening.

Een beroep op de formele rechtskracht van de vergunning kan de gemeente niet baten naar het oordeel van de Hoge Raad. Als hoofdregel geldt dat een onrechtmatig besluit dat wordt vernietigd, slechts onrechtmatig is jegens degenen die er beroep tegen hebben ingesteld. In dit geval had de Berkenhorst dat niet gedaan, omdat met het besluit Berkenhorst de gevraagde vergunning werd verleend. Van een aanvrager die een vergunning krijgt, mag niet worden verwacht dat hij daartegen beroep instelt om de onrechtmatigheid daarvan vast te stellen.

5.3.2.1.2 Literatuur

Annotator Mok⁷² kan zich vinden in de uitspraak van de Hoge Raad. Berkenhorst had geen enkel belang bij het instellen van bezwaar of beroep tegen de vergunning. Het zou tot willekeur leiden indien in dit geval Berkenhorst zich niet op de onrechtmatigheid zou kunnen beroepen en in het geval Berkenhorst wel een toevallig belang had gehad bij bezwaar of beroep dit wel had gekund. Bovendien zou zich volgens Mok anders een tegenstrijdige situatie hebben voorgedaan, waarin de vergunning wel formele rechtskracht heeft jegens Berkenhorst, maar waarin de vergunning vanwege de schorsing en intrekking niet door Berkenhorst gebruikt zou mogen worden. Mok pleit er dan ook voor dat een uitspraak die een besluit onrechtmatig verklaart *erga omnes* werkt.⁷³ Een onrechtmatig besluit krijgt dan jegens niemand formele rechtskracht.

Ook door Hoekstra is verdedigd dat de vergunninghouder het intrekkingbesluit niet aan zou hebben moeten vechten, zoals door A-G Keus wel is betoogd.⁷⁴ Het intrekken van een vergunning valt namelijk al als een erkenning van onrechtmatigheid door de gemeente te beschouwen.

Schild en Schollen zijn het uit het oogpunt van rechtszekerheid eens met de beslis-sing van de Hoge Raad om niet van de vergunninghouder te vergen om, alleen als waarborg voor een eventueel recht op schadevergoeding, tegen een begunstigende beschikking op te komen.⁷⁵

72 M.R. Mok, annotatie bij HR 10 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2598, *NJ* 2009, 515.

73 *Ibid.*

74 Hoekstra 2009, 53.

75 Schild & Schollen 2009, p. 244.

5.3.2.1.3 Eigen opvatting

De Hoge Raad heeft terecht geoordeeld dat de formele rechtskracht van een vergunning niet kan worden tegengeworpen aan degene aan wie de vergunning is verleend. Het zou (vanuit proceseconomisch oogpunt) een zeer onwenselijke situatie zijn, indien van de aanvrager van een vergunning zou worden verwacht een begunstigende beschikking aan te vechten, omdat anders geen schadevergoeding zou kunnen worden verkregen voor eventuele vertragingsschade.

5.3.3 Ten onrechte verleende vergunning niet vernietigd of ingetrokken

Ook indien een onterecht verleende vergunning niet wordt vernietigd of ingetrokken kunnen zich juridische vragen voordoen.

Indien een derde schade lijdt als gevolg van bouwen met een ten onrechte verleende onherroepelijke bouwvergunning, rijst de vraag of die derde de gemeente aansprakelijk kan stellen voor fouten die gemaakt zijn bij de vergunningverlening. Hieronder wordt eerst de rechtspraak en literatuur op dit punt uiteengezet, waarna een eigen opvatting wordt geformuleerd.

5.3.3.1 Hoofdlijn: formele rechtskracht in de rechtspraak

De hoofdlijn in de rechtspraak wordt gevormd door de leer van de formele rechtskracht, die voortvloeit uit de bevoegdheidsverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter. Indien er bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsmiddelen openstaan tegen een door een bestuursorgaan genomen besluit en deze middelen niet hebben geleid tot vernietiging van het besluit, volgt uit de leer van de formele rechtskracht dat de burgerlijke rechter uit moet gaan van de rechtmatigheid van inhoud en totstandkoming van het besluit.⁷⁶

De Hoge Raad heeft in de loop der tijd wel een aantal uitzonderingen op de leer van de formele rechtskracht aanvaard.⁷⁷ Er wordt een uitzondering gemaakt voor situaties waarin het aan het bestuursorgaan te wijten is dat de benadeelde geen bezwaar of beroep heeft aangetekend, omdat het bestuursorgaan de benadeelde op dat punt op het verkeerde been heeft gezet of zijn informatieplicht niet is nagekomen. Daarnaast is een uitzondering mogelijk indien het bestuursorgaan de onrechtmatigheid van het besluit heeft erkend.⁷⁸

76 Standaardarrest is HR 16 mei 1986, AB 1986/573, NJ 1986, 723, *Heesch/Van de Akker*.

77 'Voor een zelfstandig oordeel van de burgerlijke rechter is slechts plaats in individuele gevallen, waarin de belanghebbende door toedoen van het overheidsorgaan een onrecht is aangedaan dat onevenredig groot is in verhouding tot het belang om, ter wille van cohesie van de rechtsorde, de bestaande competentieverdelingen te eerbiedigen.' A-G Koopmans in zijn conclusie bij HR 13 november 1992, NJ 1993, 639 m.nt. M. Scheltema.

78 Noot Van Ravels bij HR 23 februari 2007, AB 2009, 30, X/DNB.

Een belangrijke uitspraak over de formele rechtskracht van vergunningen is de uitspraak van de Rechtbank Den Haag in de zaak over de vuurwerkcramp in Enschede.⁷⁹ Daarin oordeelde de rechtbank dat de verleende milieuv vergunningen formele rechtskracht toekomt. Een uitzondering op grond van ‘de aard van de gestelde normschending, de teloorgang van de betrokken inrichting en de aard en ernst van de voor omwonenden en overheid voorzienbare schade’ wordt door de rechtbank niet aanvaard.⁸⁰ Omdat de omwonenden geen beroep bij de bestuursrechter hadden ingesteld, was de gemeente niet aansprakelijk voor de verlening van een milieuv vergunning die, zo bleek later, niet plaats had mogen vinden. Het oordeel van de rechtbank is bevestigd door het Hof Den Haag.⁸¹

5.3.3.2 Literatuur

Voor de leer van de formele rechtskracht wordt in de literatuur een aantal argumenten aangedragen⁸²:

- het voorkomen dat de burgerlijke rechter inzake vragen waarover ook de bestuursrechter tot oordelen is geroepen, tot een ander oordeel komt dan deze (concordantiegedachte of rechtseenheid),
- de beoordeling of een besluit in overeenstemming is met het bestuursrecht, komt bij uitstek toe aan de bestuursrechter (specialiteitsgedachte), anders bestaat het risico dat de burger gaat ‘forumshoppen’,
- het belang van de rechtszekerheid, de rechtsgeldigheid van een besluit moet vaststaan na verloop van de bestuurlijke termijnen,
- en het belang van een efficiënte rechtsbedeling, waarbij alleen de daarvoor aangewezen colleges zich bezighouden met de rechtsontwikkeling op dat gebied.

Door verschillende auteurs is aangevoerd dat de leer van de formele rechtskracht alleen kan worden toegepast indien de benadeelden ook in bestuursrechtelijke zin belanghebbende waren bij het besluit tot verlening van de bouwvergunning. Giesen stelt dat de rechtbank in de zaak over de vuurwerkcramp zich af had moeten vragen of de eisers hebben kunnen ageren tegen de vergunning. Dit hoeft niet het geval te zijn, indien de eiser pas naast de vuurwerkopslag is gaan wonen toen de vergunning al verleend was en de bezwaartermijn al verstreken was.⁸³ Schueler noemt als voorbeeld treinpassagiers die bedolven raken onder een instortend viaduct.⁸⁴ De treinpassagiers zullen waarschijnlijk niet bestuursrechtelijk belangheb-

79 Rb. Den Haag 24-12-2003, *NJ* 2004, 230, *vuurwerkcramp Enschede*.

80 Rb. Den Haag 24-12-2003, *NJ* 2004, 230, *vuurwerkcramp Enschede*, r.o. 3.3.3.

81 Hof Den Haag 24 augustus 2010, *Gst.* 2010, 104.

82 Zie Mok & Tjittes 1995, p. 385, Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2011, p. 711. Zie ook HR 3 februari 2006, *AB* 2006, 225.

83 Giesen 2005, p. 83.

84 Schueler 2005, p. 177 e.v.

bende geweest zijn bij het besluit tot verlening van de bouwvergunning voor het viaduct.

Een principieel bezwaar is door Albers en Heinen tegen de leer van de formele rechtskracht aangevoerd. Zij stellen dat indien een besluit in objectieve (bestuursrechtelijke) zin geldig is, daarmee nog niet in alle opzichten tegen een ieder (in privaatrechtelijke zin) rechtmatig is.⁸⁵

Barkhuysen en Diepenhorst hebben de vraag opgeworpen of toepassing van de leer van de formele rechtskracht in overeenstemming is met de procedurele eisen die het EVRM stelt, indien een van de daaruit voortvloeiende materiële verplichtingen is geschonden. Er wordt dan immers niet voldaan aan de eis van een effectief rechterlijk systeem dat een adequaat rechtsherstel kan bieden.⁸⁶ Het EHRM beoordeelt of de Staat een verwijt kan worden gemaakt en zal daarbij waarschijnlijk niet toestaan dat de Staat zich ‘verschuilt’ achter het niet in bezwaar of beroep komen van de benadeelde.⁸⁷

Door Kortmann is gewezen op de onwenselijke consequenties die de leer van de formele rechtskracht heeft in schrijnende gevallen.⁸⁸ In sommige gevallen kan het benadeelde derden redelijkerwijs niet worden tegengeworpen dat ze geen bezwaar en beroep hebben ingesteld. Na de verlening van een technisch complexe bouwvergunning kan het niet tijdig instellen van bezwaar door een ondeskundige belanghebbende bijvoorbeeld tot gevolg hebben dat mogelijke schade die voortvloeit uit de vergunningverlening niet meer voor vergoeding in aanmerking zal komen voor de burgerlijke rechter.

In de loop van de tijd hebben veel auteurs zich in de discussie rond de leer van de formele rechtskracht gemengd. Voor een overzicht van voor- en tegenstanders van de leer zoals die in de rechtspraak wordt toegepast, wordt verwezen naar de annotatie van Van Ravels bij het arrest *X/DNB*.⁸⁹ Door de tegenstanders is gewezen op een alternatief voor de leer van de formele rechtskracht: het wel of niet aannemen van eigen schuld. Indien het de benadeelde derde redelijkerwijs kan worden verweten dat hij geen beroep heeft ingesteld, levert dit eigen schuld op. Kan het de benadeelde redelijkerwijs niet worden verweten, dan is er geen eigen schuld.⁹⁰

85 Albers & Heinen 2008, p. 682.

86 Barkhuysen & Diepenhorst 2005, p. 314-315.

87 Ibid.

88 Kortmann 2006, p. 172.

89 Zie de noot van Van Ravels bij HR 23 februari 2007, *AB* 2009, 30, *X/DNB*, punt 14.

90 Kortmann 2006, p. 179-184.

5.3.3.3 Eigen opvatting⁹¹

Uit de rechtspraak naar aanleiding van de vuurwerkramp in Enschede blijkt dat de formele rechtskracht kan leiden tot schrijnende gevallen. De personen die uiteindelijk schade hebben geleden kan niet altijd in redelijkheid verweten worden dat ze geen bezwaar hebben aangetekend en daaropvolgend beroep hebben ingesteld. Van een burger kan niet verwacht worden dat hij binnen korte periode bezwaar aantekent op gronden die voor specialisten in een dergelijk tijdsbestek al moeilijk te doorzien zijn. Het uitsluiten van een mogelijkheid tot schadevordering, omdat niet binnen enkele weken bezwaar is ingediend, zou tot niet aanvaardbare gevolgen leiden. Strikte toepassing van deze leer bij de in strijd met bouwregelgeving verleende vergunning is daarom naar mijn mening niet goed verdedigbaar. Er zijn bij de naleving van bouwvoorschriften grote belangen in het spel, omdat bij niet-naleving levensgevaarlijke situaties en schade van grote omvang kunnen ontstaan. Bovendien is een vordering uit onrechtmatige daad niet gericht op de geldigheid van het besluit, waardoor de rechtszekerheid niet in het geding komt. Een benadeelde die schade heeft geleden door het instorten van het gebouw is niet meer geïnteresseerd in het aantasten van een vergunning, maar in vergoeding van de schade.

De oplossing waarin de formele rechtskracht van een betreffende vergunning alleen wordt tegengeworpen aan een benadeelde indien er sprake is van eigen schuld verdient de voorkeur boven een strikte toepassing van de formele rechtskracht. Alleen wanneer de benadeelde die geen bezwaar aantekent redelijkerwijs een verwijt treft is toepassing van de formele rechtskracht op zijn plaats. De benadeelde zal bijvoorbeeld geen verwijt treffen indien bijvoorbeeld zeer gespecialiseerde technische kennis vereist is om een fout in een verleende bouwvergunning op te merken.

5.4 FALEND UITVOERINGSTOEZICHT

Omdat het uitvoeringstoezicht anders dan de vergunningverlening, vaak slechts uit feitelijk handelen van de gemeente bestaat, kan het handelen van de gemeente in beginsel volledig ter beoordeling aan de burgerlijke rechter worden voorgelegd. Het toetsingskader wordt gevormd door de criteria van de onrechtmatige daad: onrechtmatigheid, causaliteit, toerekenbaarheid, schade, relativiteit.⁹² De discussie in rechtspraak en literatuur spitst zich, zoals hieronder zal blijken, met name toe op de onrechtmatigheid en de relativiteit.

Het onrechtmatigheidscriterium betreft de vraag of de toezichthouder onrechtmatig heeft gehandeld. Art. 6:163 BW noemt drie onrechtmatigheidscategorieën: in-

91 Deze eigen opvatting is (deels) ontleend aan hetgeen ik hierover eerder schreef in mijn masterscriptie 'De civielrechtelijke aansprakelijkheid voor publiekrechtelijk bouwtoezicht in Nederland en Engeland' (te raadplegen via <<http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=96104>>).

92 Art. 6:162 jo. 6:163 BW.

breuk op een recht, strijd met een wettelijke plicht en strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Uit de rechtspraak valt op te maken, dat er een zorgvuldigheidscriterium dient te worden aangelegd om een vordering tot schadevergoeding wegens gebrekkig toezicht te beoordelen.⁹³

Strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, is in dit verband inderdaad de meest geschikte invulling van het onrechtmatigheidscriterium.⁹⁴ Het gaat om de vraag of gemeentelijk bouwtoezicht, dat wettelijke taken en bevoegdheden toegekend heeft gekregen, op een zorgvuldige wijze zijn taak heeft vervuld.

In de hierna volgende paragrafen wordt ingegaan op gebrekkig bouwtoezicht tijdens de uitvoeringsfase als onrechtmatige daad van de gemeente.

5.4.1 Aansprakelijkheid jegens vergunninghouder: niet opmerken van fouten

Hieronder wordt eerst ingegaan op de hoofdlijn in de rechtspraak betreffende de aansprakelijkheid van de gemeente jegens de vergunninghouder bij het niet opmerken van fouten. Vervolgens worden opvattingen uit de literatuur weergegeven en daarna wordt een eigen opvatting geformuleerd.

5.4.1.1 Hoofdlijn in de rechtspraak

In 1982 werd de gemeente door de rechtbank Roermond aansprakelijk gehouden voor een fout in het bouwtoezicht.⁹⁵ In die zaak, aangespannen door de vergunninghouder, had de gemeente ten onrechte het bouwpeil goedgekeurd. Toen het bouwpeil tijdens het bouwproces onjuist bleek, werd de bouw stopgezet. Vervolgens is een wijziging van de bouwvergunning aangevraagd, waardoor het gebouw een gewijzigde opzet kreeg. Een wijziging van de opzet was voordeliger dan de reeds gestorte vloer uit te breken. De gemeente werd aansprakelijk geacht voor 'de schade die het gevolg is van de vertraging in de bouw nu ten gevolge van de onjuiste verleende goedkeuring een onderbreking in de bouw noodzakelijk is geweest terwijl de bouwwerkzaamheden ongestoord voortgang hadden kunnen vinden wanneer het juiste peil ineens was aangegeven en goedgekeurd.'

In een procedure tegen de gemeente Woudrichem⁹⁶, naar aanleiding van ernstige scheurvorming aan een gebouw als gevolg van een foute funderingsmethode, had de rechtbank geoordeeld dat het bouwtoezicht dat in de desbetreffende artikelen van de Woningwet⁹⁷ aan de gemeente is opgedragen de strekking had het algemeen

93 HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008, 527, *Vie d'Or*.

94 Zie onder meer Giesen 2005, p. 100.

95 Rb. Roermond 23 december 1982, *BR* 1983, p. 533.

96 Hof Den Haag 7 februari 1989, *BR* 1989, p. 637.

97 Destijds de artikelen 85, 86 en 87 van de Woningwet.

belang te beschermen en niet om de aanvrager of houder van een bouwvergunning te vrijwaren tegen schade, die voortvloeit uit een door de aanvrager zelf ingediend ondeugdelijk bouwplan. Dit zou echter anders kunnen zijn, indien “de gemeente met betrekking tot dat bouwtoezicht in zo ernstige mate zou zijn te kort geschoten, dat zij op grond daarvan jegens de bouwer schadeplichtig zou zijn”.⁹⁸ In hoger beroep overwoog het hof dat van een dergelijk geval bijvoorbeeld sprake zou kunnen zijn bij “het over het hoofd zien van een zodanige zwakte in de ontworpen constructie dat gevaar voor plotselinge instorting zou bestaan.”⁹⁹ Ook volgens het hof was van een dergelijk ernstig tekortschieten in dit geval geen sprake, maar aansprakelijkheid jegens de vergunninghouder wegens het niet constateren van gebreken in het bouwplan of gebrekkig toezicht tijdens de uitvoering was dus niet onmogelijk.

Ook de rechtbank Haarlem¹⁰⁰ oordeelde dat de gemeente niet aansprakelijk was voor schade als gevolg van de verzakking van een woning van een vergunninghouder. Volgens de rechtbank had de eiser als aanvrager van de vergunning “een eigen verantwoordelijkheid voor de deugdelijkheid van het bouwplan, die hij niet via een schadevordering als de onderhavige kan afwentelen op de gemeente als toezichthoudend orgaan”. Voorts werd in deze zaak overwogen dat de normen die de gemeente in acht moet nemen geschreven zijn ter bescherming van publieke belangen en niet ter bescherming van de privébelangen van de aanvrager. Voor het argument dat er tijdens de uitvoering onvoldoende toezicht is gehouden, gelden de hierboven aangehaalde overwegingen volgens de rechtbank evenzeer.

In dezelfde zin oordeelt de rechtbank Maastricht in 2003: “Het bouwtoezicht door een gemeente is immers ter bescherming van het algemeen belang aan haar opgedragen en niet om te controleren of de bouwer zodanig bouwt dat hij zichzelf geen schade toebrengt, zodat schending van de bij dat bouwtoezicht in acht te nemen zorgvuldigheid - in casu daarin bestaande dat (ook) de controlerend ambtenaar niet heeft opgemerkt dat werd gebouwd op basis van de eerste constructietekening - niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals die door [B.] is gesteld te zijn geleden. De rechtbank verwijst in dit verband naar het bepaalde in artikel 6:163 van het Burgerlijk Wetboek.”¹⁰¹

In een meer recente uitspraak kwam opnieuw de aansprakelijkheid van de gemeente jegens de vergunninghouder onder de oude Woningwet aan de orde.¹⁰² In 2002 stortte een gedeelte van het parkeerdek van het Motel in Tiel in. Het motel stelde onder andere de gemeente aansprakelijk voor onvoldoende toezicht gedurende de bouw van het motel in de jaren 1982-1986. Het Hof Arnhem overweegt dat de normen op grond waarvan de gemeente destijds toezicht hield niet de

98 Hof Den Haag 7 februari 1989, *BR* 1989, p. 637, r.o. 4.

99 Hof Den Haag 7 februari 1989, *BR* 1989, p. 637, r.o. 4.

100 Rb. Haarlem 29 augustus 1989, *BR* 1990, p. 311.

101 Rb. Maastricht 22 januari 2003, *ECLI:NL:RBMAA:2003:AF4026*, r.o. 2.5.

102 Hof Arnhem 3 mei 2010, *ECLI:NL:GHARN:2010:BM5137*.

strekking hebben een in beginsel onbeperkte groep van potentieel getroffen en te beschermen tegen de vermogensschade die kan ontstaan doordat de onveiligheid van een bouwwerk bij het toezicht door de overheid niet aan het licht is gekomen. Het Hof laat deze aan de jurisprudentie van de Hoge Raad¹⁰³ ontleende passage volgen door een tweetal interessante overwegingen:

‘Dat de wetgever een dergelijke vergaande (overheids)aansprakelijkheid voor ogen stond is te minder aannemelijk nu met het gemeentelijke toezicht op de naleving van bouwvoorschriften niet steeds een sluitende controle op de naleving daarvan zal kunnen worden gegarandeerd. In ieder geval zal niet kunnen worden aangenomen dat met de wet een dergelijke aansprakelijkheid is voorzien ten aanzien van de vergunninghouder zelf, op wie immers primair de verantwoordelijkheid rust om de geldende bouwvoorschriften na te leven.’

5.4.1.2 Literatuur

Van Rossum concludeert dat er uit de jurisprudentie drie redenen naar voren komen die de terughoudende opstelling van de rechter verklaren wanneer de aansprakelijkheid van de gemeente jegens de vergunninghouder aan de orde komt.¹⁰⁴ Ten eerste strekt het toezicht van de gemeente volgens Van Rossum tot bescherming van het algemeen belang en niet van het belang van de vergunninghouder. Ten tweede wordt door de burgerlijke rechter van een bevoegdheid tot toezicht en handhaving uitgegaan en niet van een verplichting.¹⁰⁵ Tot slot blijkt uit de rechtspraak dat de gemeente in zeer ernstige mate moet zijn tekortgeschoten om tot aansprakelijkheid te kunnen komen.

Van Dam stelt dat het wel mogelijk is dat een gemeente (Bouwen- en Woningtoezicht) aansprakelijk is jegens een vergunninghouder voor inadequaat toezicht, maar vermeldt daarbij dat rechters in het algemeen niet geneigd zijn om “aan te nemen dat een gemeente een vergunninghouder tegen zijn eigen fouten of vergissingen moet beschermen”.¹⁰⁶

Blomberg wijst, evenals Drion in zijn preadvies¹⁰⁷, op de vaste lijn in de jurisprudentie dat de gemeente niet jegens de vergunninghouder aansprakelijk is voor niet ontdekte gebreken, omdat niet voldaan is aan het relativiteitsvereiste.¹⁰⁸

Giesen wijst in het kader van de aansprakelijkheid van de toezichthouder jegens een benadeelde die zichzelf schade toebrengt vooral op de eigen schuld van de

103 HR 7 mei 2004, *NJ* 2006, 281, *Duwbak Linda*.

104 Van Rossum 2005, p. 48.

105 Van Rossum verwijst hier naar Hof Amsterdam 28 juni 1962, *NJ* 1964, 228.

106 Van Dam 2006, p. 103.

107 Drion 2005, p. 27.

108 Blomberg 2007, p. 208-209.

benadeelde.¹⁰⁹ In specifieke gevallen is volgens hem niet zonder meer sprake van eigen schuld.

Moesker gaat in zijn noot bij het arrest van het Hof Arnhem¹¹⁰ in 2011 niet uitdrukkelijk in op de hierboven gesignaleerde lijn in de jurisprudentie. Nadat hij het bredere kader van de aansprakelijkheid voor gemeentelijk bouwtoezicht heeft geschetst concludeert hij dat wel dat hoe dan ook in deze zaak “het relativiteitsvereiste (in de benadering van het hof)” in de weg zou hebben gestaan aan aansprakelijkheid van de gemeente.

5.4.1.3 Eigen opvatting

Met de vaste rechtspraak dat gebrekkig bouwtoezicht in beginsel niet tot aansprakelijkheid jegens de vergunninghouder kan leiden voor zover het gaat om niet ontdekte fouten, kan worden ingestemd.

De in de jurisprudentie gevolgde argumentatie is dat toezicht niet plaatsvindt ten behoeve van de vergunninghouder.¹¹¹ De vergunninghouder is namelijk zelf primair verantwoordelijk voor de naleving van normen en toezicht dient niet om hem tegen de nadelige gevolgen van zijn eigen falen te beschermen. Op de naleving door de vergunninghouder wordt, zo blijkt uit de jurisprudentie, door de gemeente toezicht gehouden ten behoeve van het algemeen belang dat gediend is met handhaving. Deze toepassing van het relativiteitsvereiste zorgt ervoor dat de vergunninghouder niet via een omweg langs de burgerlijke rechter een bescherming zou kunnen ontfangen aan het toezicht, die niet strookt met het doel van het toezicht. Indien het relativiteitsvereiste op deze manier wordt toegepast, wordt niet toegekomen aan toerekening van de schade aan de benadeelde op grond van eigen schuld.¹¹²

Hoewel met de algemene lijn in de rechtspraak kan worden ingestemd, geldt dit niet voor de eerste, algemeen geformuleerde zin van de hierboven geciteerde overweging van het Hof Arnhem.¹¹³ Uit die zin lijkt te volgen dat volgens het Hof aansprakelijkheid van de toezichthouder niet mogelijk zal zijn, of tenminste niet aannemelijk, indien met het toezicht geen sluitende controle kan worden gegarandeerd. Deze opmerkelijke argumentatie roept de vraag op hoe het ontbreken van een garantie op sluitende controle door toezicht aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad onmogelijk kan maken. Bepalend voor de vraag of voldaan is

109 Giesen 2005, p. 179.

110 Hof Arnhem 3 mei 2010, m.nt. Moesker *TBR* 2011/32.

111 Zie naast de hierboven genoemde uitspraken ook bijvoorbeeld Hof Den Haag 22 maart 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP8578, r.o. 7.3 over het beschermingsbereik van milieunormen en milieutoezicht. Dit strekt zich wel uit tot goederen buiten de inrichting, maar niet tot goederen binnen de inrichting.

112 Art. 6:101 BW.

113 Hof Arnhem 3 mei 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BM5137.

aan het onrechtmatigheids criterium is of het bouwtoezicht op voldoende zorgvuldige wijze is uitgevoerd. Ook indien de wetgever inderdaad niet de bedoeling had een sluitende controle te doen plaatsvinden, is het aannemelijk dat de wetgever wel de bedoeling heeft gehad dat de taak van de gemeente om toezicht te houden op een zorgvuldige manier uitgeoefend zou worden. Ook bij een niet gegarandeerd sluitende controle is immers onzorgvuldigheid mogelijk als gevolg waarvan schade ontstaat. Evenzo is bij een niet gegarandeerd sluitende controle een zorgvuldig toezicht mogelijk als gevolg waarvan schade wordt voorkomen.

De overweging zou ook betrekking kunnen hebben op het relativiteitsvereiste. Het Hof refereert namelijk expliciet aan de bedoeling van de wetgever. Het zou echter te kort door de bocht zijn om de relativiteit niet of minder aannemelijk te achten, indien geen sluitende controle is beoogd. De relativiteit heeft in het kader van toezicht immers in essentie betrekking op het beschermingsbereik van het toezicht als zodanig en niet op de wijze waarop de bescherming wordt gepoogd te realiseren.

Bovendien zal in bijna geen enkele toezichtverhouding een sluitende controle plaats kunnen vinden, omdat dit uit overwegingen van efficiency vaak niet mogelijk of wenselijk is. Een sluitende controle impliceert immers dat een volledige controle plaats zal vinden van alle relevante informatie of alle relevante handelingen.

Een overweging betreffende de omvang van de toezichtactiviteiten kan wel een rol spelen in het kader van het causaal verband. Indien het toezicht niet sluitend is, zal moeten worden aangetoond dat de schade ook zou zijn opgetreden indien het toezicht wel op zorgvuldige wijze zou hebben plaatsgevonden.¹¹⁴ Ook met betrekking tot de redelijke toerekening kan de omvang van het toezicht een rol spelen. Bij geringe toezichtactiviteiten kan er sprake zijn van een ver verwijderd verband. Ook kan de schuld aan het schadeveroorzakend gebeuren kleiner zijn.¹¹⁵

De uitspraak van het hof Den Haag in de zaak tegen de gemeente Woudrichem roept de vraag op of het antwoord op de relativiteitsvraag anders zal kunnen uitvallen, indien er sprake is van ernstige onzorgvuldigheid aan de kant van de gemeente. Vanuit dogmatisch oogpunt lijkt het antwoord op die vraag ontkennend te moeten zijn. De relativiteit van de geschonden norm zou dan immers afhankelijk worden gesteld van de mate waarin de norm is geschonden.

De uitspraak van de rechtbank Roermond wijkt enigszins af van de lijn in de overige jurisprudentie. De gemeente wordt weliswaar niet aansprakelijk geacht voor de kosten die gemoeid waren met het verder afgraven of de gewijzigde opzet van

114 Een *conditio sine qua non*-verband is vereist voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad.

115 De mate waarin het gevolg verwijderd is van de onrechtmatige daad en de mate van schuld aan het schadeveroorzakend gebeuren zijn twee van de deelregels van Brunner. Zie ook Hartlief 2003, p. 220-221.

de bouw, maar wel voor de schade als gevolg van vertraging, die is ontstaan doordat de gemeente de bouw een tijdje heeft stilgelegd. Verschil tussen deze posten is dat een gewijzigde opzet of verder afgraven sowieso nodig was geweest, maar dat een vertraging had kunnen worden vermeden, indien het bouwpeil niet onterecht was goedgekeurd.

Overigens oordeelt het Hof Arnhem dat de normen op grond waarvan de gemeente toezicht hield, niet de strekking hebben 'een in beginsel onbepaalde groep van potentieel getroffen personen te beschermen tegen de vermogensschade die kan ontstaan doordat de onveiligheid van een bouwwerk bij het toezicht door de overheid niet aan het licht is gekomen'¹¹⁶. Zonder nadere motivering lijkt hiermee en passant ook de mogelijkheid van verhaal door derden-benadeelden te worden uitgesloten voor zover het vermogensschade betreft.

Criteria van goed toezicht

De relevante beginselen van goed toezicht betreffen de effectiviteit van toezicht en de aansprakelijkheid van de toezichthouder.¹¹⁷ In dit geval dient het beginsel dat toezicht effectief dient te zijn te prevaleren. Daaruit volgt dat vanuit het oogpunt van goed toezicht aansprakelijkheid van de toezichthouder jegens de vergunninghouder voor het niet opmerken van fouten achterwege dient te blijven. Als de mogelijkheid van aansprakelijkheid van de toezichthouder jegens de vergunninghouder wel wordt aangenomen, dan verdwijnt de prikkel bij de vergunninghouder om zelfstandig de publiekrechtelijke bouwvoorschriften na te leven.

5.4.2 Aansprakelijkheid jegens vergunninghouder: belemmering van werkzaamheden; onterechte handhaving

Over aansprakelijkheid van de gemeente jegens de vergunninghouder voor vertragingsschade als gevolg van toezicht op de uitvoering of handhaving gedurende de uitvoeringsfase is geen civielrechtelijke jurisprudentie bekend.¹¹⁸ Toch wordt vertraging door belemmering van werkzaamheden in de literatuur als mogelijk probleem getypeerd.¹¹⁹

Een dergelijke belemmering van werkzaamheden zal eerder problematisch zijn, wanneer die onevenredig is gelet op de verhouding tussen het belang dat met het toezicht wordt gediend en de lasten van het toezicht die door de vergunninghou-

116 Hof Arnhem 3 mei 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BM5137, r.o. 4.17.

117 1) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat er een positief effect uitgaat van het toezicht op de naleving van voorschriften.

2) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat de toezichthouder aansprakelijk gesteld kan worden indien er als gevolg van gebrekkig toezicht schade ontstaat en dat aansprakelijkheid eerder aan de orde is bij wetenschap van niet-naleving.

118 Jurisprudentie heb ik in ieder geval nog niet gevonden.

119 De Planque 1984, p. 678, Van der Heijden 2009, p. 38.

der worden ervaren.¹²⁰ Als algemene norm voor bestuursrechtelijk optreden is het evenredigheidsbeginsel vastgelegd in art. 3:4 Awb en als specifieke norm voor toezichtshandelingen in art. 5:13 Awb. De invulling van het evenredigheidsbeginsel zal sterk casuïstisch zijn, omdat de omstandigheden van het geval zullen bepalen wat redelijkerwijs nodig is om goed toezicht te houden.

Met name bij de handhaving is denkbaar dat de vergunninghouder in zijn werkzaamheden belemmerd wordt. In de bestuursrechtspraak is er een beginselplicht tot handhaving ontwikkeld:

‘Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken.’¹²¹

Deze beginselplicht bevat echter ook uitzonderingen:

‘Slechts onder bijzondere omstandigheden mag van het bestuursorgaan worden gevergd dit niet te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet uitzicht op legalisatie bestaat. Voorts kan handhavend optreden zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien.’¹²²

Onevenredigheid van het handhavend optreden in verhouding tot de daarmee te dienen belangen wordt expliciet genoemd in de standaardformulering van de Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State.

Wanneer bestuursdwang wordt toegepast door de gemeente, zal de vergunninghouder, indien hij het met dat besluit niet eens is, bij de bestuursrechter beroep aan moeten tekenen. Wanneer de vergunninghouder zich niet tot de bestuursrechter heeft gewend, zal de burgerlijke rechter, zich daarbij baserend op de leer van de formele rechtskracht, uit moeten gaan van de rechtmatigheid van het besluit tot toepassing van bestuursdwang.¹²³ De formele rechtskracht betekent echter ook dat een vernietiging van het besluit om bestuursdwang toe te passen, tot gevolg heeft dat de burgerlijke rechter dat besluit onrechtmatig zal achten jegens de vergunninghouder.

Ook bij toezicht anders dan in de vorm van handhaving is het echter mogelijk dat er belemmering van werkzaamheden optreedt. Bij een rechterlijke beoordeling daarvan zal terughoudendheid betracht moeten worden bij het aannemen van aansprakelijkheid voor vertragingsschade als gevolg van toezicht op de uitvoering

120 Zie eerder par. 3.7.2.

121 Zie bijv. ABRvS 30 juni 2004, *JB* 2004, 293, m.nt. Albers.

122 Ibid.

123 Zie over de formele rechtskracht eerder paragraaf 5.3.3.

van het werk. Dat zou er namelijk toe kunnen leiden dat het toezicht minder effectief¹²⁴ wordt.

De bijzondere positie van de toezichthouder mag namelijk niet uit het oog worden verloren. Zijn handelwijze wordt enerzijds beïnvloed door zijn verplichting om te voorkomen dat ondeugdelijke bouwwerken verrijzen en anderzijds door de verplichting om de onder toezicht gestelde niet onevenredig in zijn werkzaamheden te belemmeren. Wanneer vanuit die laatste verplichting de ruimte van de toezichthouder teveel wordt ingeperkt, kan dat tot gevolg hebben dat de eerste verplichting niet gehaald wordt. Bovendien heeft de gemeentelijk toezichthouder een mate van beleids- en beoordelingsvrijheid bij de invulling van zijn toezichthoudende taak.

Een terughoudende benadering is dus geboden en zal naar alle waarschijnlijkheid ook door de burgerlijke rechter gevolgd worden, wanneer die een oordeel moet geven. Hiermee is echter niet uitgesloten dat in geval van een onmiskenbaar onevenredige benadeling, schadevergoeding op zijn plaats kan zijn.

Een ander mogelijk bezwaar voor aansprakelijkheid zou de relativiteitseis kunnen zijn. Evenmin als in de fase van vergunningverlening¹²⁵ mag aansprakelijkheid voor vertragingsschade jegens de vergunninghouder in de uitvoeringsfase wat mij betreft afstuiten op het relativiteitsvereiste. Het toezicht in de uitvoeringsfase wordt weliswaar niet ten behoeve van de vergunninghouder uitgevoerd, maar dit betekent niet dat de gemeente zich bij de uitvoering van het toezicht onzorgvuldig zou mogen gedragen jegens de vergunninghouder.

Criteria van goed toezicht

De hier besproken benadering sluit aan bij de beginselen van goed toezicht. In die beginselen kwam in par. 3.7.2 immers terug dat een adequate wijze van interveniëren moet worden gekozen, maar dat daarbij niet op onevenredige wijze de belangen worden geschaad van de partij op wie toezicht wordt gehouden.

5.4.3 Aansprakelijkheid jegens vergunninghouder: gemeentelijk bouwtoezicht heeft primaire taak in het bouwproces

In sommige gevallen worden door de afdeling bouw- en woningtoezicht taken uitgevoerd die niet het ontdekken van fouten tot doel hebben, maar die onderdeel uitmaken van het primaire bouwproces.

In een procedure voor de rechtbank Leeuwarden¹²⁶ was het volgende aan de orde. De afdeling bouwtoezicht Skâsterlan had, zoals in een bijlage bij de bouwvergunning was bepaald, de woning uitgezet die eiser heeft gebouwd. De woning is

124 Zie beginsel 1 in par. 3.7.1.

125 Neerhof 2007a, p. 143.

126 Rb. Leeuwarden 19 november 1997, *BR* 2000, p. 159 e.v.

echter door de afdeling bouwtoezicht verkeerd uitgezet, waardoor de woning ten opzichte van het bouwplan vijf meter is verschoven en enigszins om haar as is gedraaid.

Eiser heeft de gemeente aansprakelijk gesteld. De rechtbank gaat in de argumentatie van eiser mee. Een speciale afdeling van de gemeente is belast met het uitzetten van de woning en daarom mochten eiser en de aannemer er naar het oordeel van de rechtbank op vertrouwen dat die afdeling dat correct en foutloos zou doen. De gemeente heeft dus onrechtmatig gehandeld jegens de vergunninghouder.

Deze uitspraak van de rechtbank Leeuwarden hoeft niet te verbazen. In de rechtspraak wordt weliswaar zeer terughoudend omgesprongen met aansprakelijkheid voor gemeentelijk bouwtoezicht jegens de vergunninghouder, maar in deze zaak was het handelen van de gemeente niet zuiver het houden van toezicht, zoals dat gedefinieerd is in paragraaf 2.2. De gemeente keek namelijk niet toe bij het uitzetten van de woning, maar was zelf degene die de woning heeft uitgezet. In zoverre kan deze uitspraak dus weinig betekenen voor een begrip van de aansprakelijkheid van de gemeente voor een onzorgvuldige vervulling van haar toezichthoudende taken en vindt hier ook geen toetsing aan de criteria van goed toezicht plaats. Toch is deze uitspraak niet geheel betekenisloos. Bij het houden van toezicht hoort, zoals in de inleiding aan de orde is geweest, naast het verzamelen en beoordelen van informatie ook het zo nodig interveniëren van de toezichthouder. In die interveniërende rol is het mogelijk dat een toezichthouder slechts een bepaalde handelwijze afkeurt en de invulling van een alternatieve handelwijze overlaat aan de onder toezicht gestelde. Het is echter ook mogelijk dat de toezichthouder in zijn interveniërende rol een bepaalde handelwijze voorschrijft of zelf handelingen verricht. In een dergelijke situatie komt het handelen van de toezichthouder dicht bij de buurt van het handelen van de afdeling bouwtoezicht van de gemeente Skâsterlan in deze casus.

In de zaak Skâsterlan waren er specifieke omstandigheden, die terecht door de rechter worden genoemd. Er was een speciale afdeling van de gemeente belast met het uitzetten van de woning. Aangenomen mag worden dat wanneer de afdeling bouwtoezicht niet bij voorbaat al een bepaalde uitvoeringstaak of –beslissing krijgt toebedeeld, maar dit noodgedwongen gebeurt omdat de vergunninghouder zich niet aan de voorschriften houdt, dit tot een andere beoordeling zou kunnen leiden. Toch lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat aansprakelijkheid eerder aan de orde zou kunnen zijn, naarmate de toezichthouder minder als ‘echte toezichthouder’ aan de zijlijn staat en meer bij de uitvoering betrokken is.¹²⁷

127 Zie ook Van Zeben 1975, p. 421.

5.4.4 Aansprakelijkheid jegens derden: niet opmerken van fouten

In de volgende subparagraaf wordt de hoofdlijn in de rechtspraak behandeld. Volgens komen opvattingen uit de literatuur aan de orde. Tot slot wordt een eigen opvatting geformuleerd. In de verschillende subparagrafen wordt ook apart aandacht besteed aan de relativiteit als belangrijk deelonderwerp van aansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht.

5.4.4.1 Hoofdlijn in de rechtspraak

In deze paragraaf wordt achtereenvolgens de jurisprudentie betreffende aansprakelijkheid jegens derden voor gebrekkig bouwtoezicht en jurisprudentie over specifiek relativiteit behandeld.

5.4.4.1.1 Hoofdlijn in de rechtspraak: aansprakelijkheid jegens derden voor gebrekkig bouwtoezicht

De rechtspraak die betrekking heeft op de aansprakelijkheid jegens derden voor gebrekkig gemeentelijk bouwtoezicht op de uitvoeringswerkzaamheden heeft zijn aanvang genomen met de beroemde zaak over de Amsterdamse Vijzelstraat.¹²⁸ Het Hof overwoog in die zaak het volgende:

‘O. dat in de Woningwet en in juistgemelde Bouwverordening omtrent het van gemeentewege uit te oefenen toezicht en de van gemeentewege voor te schrijven veiligheidsmaatregelen aan het gemeentebestuur bevoegdheden worden toegekend, en niet jegens derden in acht te nemen verplichtingen worden opgelegd;

O. dat Amsterdam uiteraard verantwoordelijk is voor een juiste toepassing van deze bevoegdheden en zij daarvan geen misbruik mag maken, maar zij niet zonder meer aansprakelijk kan worden gesteld, wanneer zij verzuimt van de haar aldus toegekende bevoegdheden gebruik te maken;’

Slechts bijzondere omstandigheden kunnen volgens het oordeel in deze zaak aanleiding geven voor aansprakelijkheid. Aansprakelijkheid van de gemeente voor gebrekkig bouwtoezicht wordt dus zeer terughoudend benaderd door het hof in het Vijzelstraat arrest.

In 1990 volgde een arrest van het hof Amsterdam in een hoger beroep tegen een uitspraak van de rechtbank Utrecht.¹²⁹ De zaak betrof de val van een meisje uit een zolderraam, dat een doorvalbeveiliging miste. De ambtenaar had de eigenaar wel meegedeeld dat het raam van een doorvalbeveiliging moest worden voorzien, en rapporteerde dat het gebouw in overeenstemming was met de voorschriften, zonder dat een doorvalbeveiliging was aangebracht. De rechtbank oordeelde dat de

128 Hof Amsterdam 28 juni 1962, *NJ* 1964, 228.

129 Hof Amsterdam 9 augustus 1990, *BR* 1991, p. 308 en Rb. Utrecht 22 maart 1989, *BR* 1990, 306.

zolderverdieping ten onrechte door een ambtenaar van Bouw- en Woningtoezicht als in overeenstemming met de bouwverordening is aangemerkt:

‘Het behoort tot de plicht van de ambtenaar van Bouw- en Woningtoezicht strijd met de bouwvoorschriften te constateren. De omstandigheid dat hij zich van dit voorschrift ex artikel 203 lid 2 van de bouwverordening niet bewust is geweest, kan niet tot disculpatie strekken. Het niet nakomen van die plicht betekent, dat een met de bouwverordening in strijd zijnde situatie in stand blijft, hetgeen ook jegens derden tot aansprakelijkheid van de Gemeente voor geleden schade kan leiden.’¹³⁰

De rechtbank oordeelde overigens in het vervolg van de uitspraak dat er sprake was van een te ver verwijderd verband tussen het handelen van Bouw- en Woningtoezicht en het intreden van de schade. Het hof gaat in hoger beroep uitgebreider in op de kernvraag in een dergelijke situatie. Was de controlerend ambtenaar verplicht te onderzoeken of de ramen voldeden aan de normen? Het hof komt uiteindelijk tot de volgende conclusie:

‘In deze omstandigheden valt de fout om geen aandacht te besteden aan de ramen en in plaats daarvan zonder onderzoek van de ramen te vermelden dat de boerderij voldeed aan de eisen van de Bouwverordening als een onrechtmatige daad aan de gemeente toe te rekenen.’¹³¹

Uiteindelijk wordt door het hof de schade voor 50% toegerekend aan het meisje en daarnaast aan de gemeente en de eigenaar van de kinderboerderij.

In 1995 was er een arrest van wederom het hof Amsterdam.¹³² Het betrof een zaak waarin de gemeente onvoldoende had toegezien op naleving van vergunningsvoorwaarde die betrekking hadden op de bereikbaarheid van de woning van een derde voor bouwverkeer. In deze zaak waren omstandigheden aan de orde, waardoor de gemeente (extra) gehouden was om te controleren of de woning van de derde bereikbaar bleef. Nu de gemeente dit had nagelaten, was er sprake van onrechtmatig handelen door de gemeente en werd aan de gemeente een schadevergoedingsplicht opgelegd.¹³³

In 1998 volgde een uitspraak van de rechtbank Utrecht.¹³⁴ In de uitspraak wordt, onder verwijzing naar voorafgaande jurisprudentie gesteld dat een gemeente slechts onder bijzondere omstandigheden voor verzuimen of tekortkomingen in het bouwtoezicht aansprakelijk is. Naar het oordeel van de rechtbank waren dergelijke omstandigheden niet aan de orde. En bovendien was er sprake van een nog

130 R.o. 8 van Rb. Utrecht 22 maart 1989, *BR* 1990, 306.

131 R.o. 5.19 van Hof Amsterdam 9 augustus 1990, *BR* 1991/308.

132 Hof Amsterdam 28 december 1995, *BR* 1997, p. 678.

133 Hof Amsterdam 28 december 1995, *BR* 1997, p. 678, r.o. 4.7.

134 Rb. Utrecht 19 november 1998, *BR* 1999, p. 713.

niet bekend algemeen gebrek in een bouw materiaal.¹³⁵ De gemeente had dus niet bedacht hoeven zijn op de wijze waarop uiteindelijk schade is ontstaan.¹³⁶

In het Boeddha-arrest¹³⁷ kwam zeer nadrukkelijk het onderscheid tussen algemeen en concreet toezichtsfalen naar voren. Omdat de gemeente Hilversum geen klachten of waarschuwingen had, waaruit zou kunnen blijken dat de brandveiligheid in het restaurant Boeddha in het geding was, rustte er geen verplichting op de gemeente om in de vijf jaren tussen de laatste brandveiligheidscontrole en het moment van de brand het restaurant nogmaals te controleren op brandveiligheid. De gemeente was daarom niet aansprakelijk, toen derden schade leden als gevolg van een brand in het restaurant.

In een uitspraak van de rechtbank Utrecht bleek wel sprake van concreet toezichtsfalen.¹³⁸ Omdat omwonenden van een bouwperceel de gemeente meermalen hadden gewaarschuwd dat de bouwwerkzaamheden tot schade aan hun woning zou leiden, was er sprake van een bijzondere omstandigheid:

‘Met de gemeente is de voorzieningenrechter van oordeel, dat de literatuur en de rechtspraak op dit punt in het algemeen eensluidend zijn, namelijk, dat het hebben van een bevoegdheid nog niet met zich meebrengt, dat het niet gebruiken daarvan, in een situatie waarin dat had gekund, aansprakelijkheid met zich meebrengt in geval de kans dat schade optreedt zich verwezenlijkt. Eerst indien sprake is geweest van een in zeer ernstige mate tekortschieten, opzettelijk of roekeloos onjuist gegeven adviezen en/of een in redelijkheid geboden meer intensieve controle, kan aanleiding bestaan een overheidsorgaan, in dit geval een gemeente, aansprakelijk te achten wegens het niet gebruiken van zijn bevoegdheid.’

In de uitspraak van de rechtbank Den Haag over de vuurwerkramp in Enschede, wordt ook de nadruk gelegd op het onderscheid tussen algemeen en concreet toezichtsfalen. Met betrekking tot het concrete toezichtsfalen stelt de rechtbank ‘voorop dat bij de beoordeling van de vraag of het gemeentebestuur bij de uitoefening van zijn toezichts- en handhavingstaken beneden de maat is gebleven, moet worden uitgegaan van de kennis die de gemeente tot op het moment van de vuurwerkramp had of redelijkerwijs had moeten hebben. Of sprake is van gemeentelijk toezichts- of handhavingsfalen dat als onrechtmatig moet worden bestempeld, moet ook overigens worden getoetst aan de in rechtsoverwegingen 3.1.2 en 3.1.3 weergegeven criteria.’¹³⁹

135 Rb. Utrecht 19 november 1998, *BR* 1999, p. 713, r.o. 4.7.

136 Rb. Utrecht 19 november 1998, *BR* 1999, p. 713, r.o. 4.7.

137 HR 22 juni 2001, *Gst.* 2001, 7146, p. 400.

138 Vzng. Rb. Utrecht 26 augustus 2003, *JB* 2003, 304.

139 Rb. Den Haag 24 december 2013, *ECLI:NL:RBSGR:2003:AO0997, NJ* 2004, 230.

In 2004 verscheen een uitspraak van de rechtbank Rotterdam waarin falend toezicht van de Milieudienst Rijnmond behandeld werd.¹⁴⁰ De Milieudienst had geconstateerd dat CMI vele voorschriften die verband hielden met brandpreventie uit de milieuvergunning overtrad. Ondanks dreigen daartoe, blijft handhaving achterwege. Vervolgens brak brand uit en ging het gebouw van een aangrenzend bedrijf verloren. Dat bedrijf stelt niet alleen CMI aansprakelijk maar ook de gemeente. De rechtbank oordeelt, na weging van de Kelderluikcriteria, dat de Milieudienst onrechtmatig heeft gehandeld door niet op te treden.

In het arrest *Vie d'Or* van de Hoge Raad worden door de A-G in zijn conclusie verschillende gezichtspunten genoemd, aan de hand waarvan de zorgvuldigheidsnorm voor (financiële) toezichthouders wordt ingevuld.¹⁴¹

- a. Wettelijke taken en bevoegdheden van de toezichthouder
- b. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur
- c. Kelderluikcriteria
- d. Beleids- en beoordelingsvrijheid

In het arrest van het Haagse hof¹⁴² inzake de vuurwerkcramp Enschede wordt geoordeeld dat de gemeente Enschede niet onrechtmatig heeft gehandeld jegens de slachtoffers omdat het al dan niet handhavend optreden een discretionaire bevoegdheid is van de gemeente, die niet in alle gevallen tot handhaving verplicht is. Bovendien hebben omwonenden de gemeente niet verzocht om handhavend op te treden. Ook acht het hof van belang dat naleving van een deel van de overtreden voorschriften een massa-explosie niet zou hebben voorkomen. Voorts heeft de ramp drie dagen na een bezoek van de milieudienst van de gemeente plaatsgevonden. Indien de gemeente de overtredingen had geconstateerd en handhavend zou hebben opgetreden, zou dit er niet toe hebben kunnen leiden, gezien de termijnen die in acht dienen te worden genomen bij handhaving, dat de containers drie dagen later al zouden zijn verplaatst. De vordering van de eisers stuit dus voor een deel af op het ontbreken van causaal verband. De gemeente hoefde ook niet met spoed de containers te laten verplaatsen, omdat de gemeente er niet op bedacht hoefde te zijn dat er een risico bestond op massa-explosie.

5.4.4.1.2 Hoofdpijn in de rechtspraak: relativiteit

Met betrekking tot de relativiteitseis bij een onrechtmatige daad van toezichthouders zijn een aantal jaren geleden twee belangrijke arresten geweest door de Hoge Raad. Bij de beantwoording van de vraag of voldaan is aan het relativiteitsvereiste komt het volgens de Hoge Raad aan op het doel en de strekking van de geschonden norm, aan de hand waarvan moet worden onderzocht tot welke personen, tot welke schade en welke wijzen van ontstaan van schade de daarmee beoogde

140 Rb. Rotterdam 26 mei 2004, ECLI:NL:RBROT:2004:AR2320.

141 HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008, 527, conclusie A-G Timmerman r.o. 3.12-3.20.

142 Hof Den Haag 24 augustus 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN4316, *NJ* 2011/418.

bescherming zich uitstrekt. Uit de arresten Duwbak Linda¹⁴³ en Vie d'Or¹⁴⁴ van de Hoge Raad valt af te leiden welke vragen de Hoge Raad zich bij toezicht concreet stelt. Het arrest Duwbak Linda betrof schade die werd veroorzaakt door het zinken van de duwbak, die was voorzien van een keuringscertificaat van een inspecteur. Het arrest Vie d'Or betrof de deconfiture van een financiële instelling.

In het arrest Duwbak Linda oordeelt de Hoge Raad dat het toezicht niet de in beginsel onbepaalde groep van derden beschermt tegen vermogensschade die op vooraf veelal niet te voorzien wijze kan ontstaan. In het arrest Vie d'Or was het oordeel dat er een in beginsel bepaalde groep van benadeelden was (de polishouders) die voorzienbaar in hun vermogensbelangen waren getroffen, door een deconfiture van de verzekeraar. Met betrekking tot de relativiteitseis dat de benadeelde personen¹⁴⁵ onder het beschermingsbereik van de geschonden norm moeten vallen, richt de Hoge Raad zich op de beperktheid en bepaalbaarheid van de groep van benadeelde personen. Voor de eis dat de wijze van ontstaan onder het beschermingsbereik van de geschonden norm moet vallen is volgens de Hoge Raad van belang of die wijze van ontstaan vooraf te voorzien was. Het vereiste dat de geleden schade onder het beschermingsbereik van de geschonden norm valt, komt minder uitvoerig terug in de overwegingen van de Hoge Raad in de arresten Duwbak Linda en Vie d'Or. De Hoge Raad constateert slechts dat er sprake is van vermogensschade en vermogensbelangen.

In een zaak voor de rechtbank Arnhem was de instorting van een parkeerdek van een motel in Tiel aan de orde.¹⁴⁶ De gemeente werd niet aansprakelijk geacht voor de zuivere vermogensschade die een ondernemer had geleden, omdat die geen beurs kon organiseren in het hotel. De rechtbank overwoog als volgt omtrent de relativiteit:

'Het bouwtoezicht is aan de Gemeente opgedragen in het algemeen belang. Onder algemeen belang moeten nu evenals ten tijde van de bouw van Motel Tiel worden verstaan (deel)belangen als veiligheid, gezondheid, bruikbaarheid (en thans ook energiezuinigheid en milieu). Hiertoe behoren in beginsel geen particuliere belangen als dat van DIPP. Daarnaast beoogt de van toepassing zijnde bouwregelgeving letselschade te voorkomen en niet de door DIPP gestelde vermogensschade.'¹⁴⁷

143 HR 7 mei 2004, NJ 2006, 281, *Duwbak Linda*.

144 HR 13 oktober 2006, NJ 2008, 527, *Vie d'Or*.

145 Relativiteit ziet zowel op de persoon van de schadelijder, de schade die deze heeft geleden als de wijze van ontstaan van de schade, zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 131.

146 Rb. Arnhem 8 december 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AS3383.

147 Dit oordeel bleef in beroep in stand, zie Hof Arnhem 3 mei 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BM5137, r.o. 4.17.

Ook in een meer recente rechtszaak was de relativiteitsvraag in het kader van toezichthoudersaansprakelijkheid aan de orde.¹⁴⁸ In die zaak had een houder van een milieuvergunning in strijd met een wettelijke plicht nagelaten een aantal vergunningsvoorschriften na te leven. Toen er vervolgens brand uitbrak, en derden daarvoor schade leden, kwam de vraag aan de orde of de gemeente aansprakelijk kon worden gehouden voor die schade, omdat ze hadden nagelaten voldoende handhavend op te treden. De gemeente betoogde dat een eventuele handhavingsplicht ter zake van voorschriften, verbonden aan de milieuvergunning, beoogt de veiligheid van het milieu in algemene zin te bevorderen en niet strekt tot bescherming van het individuele vermogensbelang van derden die schade lijden doordat de vergunninghouder de vergunningsvoorschriften overtreedt. Ook stelde de gemeente niet een handhavingsverplichting op grond van de Brandweerwet te hebben van vergunningsvoorschriften ter zake van het voorkomen van brand en het beperken van brandgevaar. Het hof Den Haag oordeelt dat de stelling dat de Wet milieubeheer en de Brandweerwet 1985 er niet toe strekken economische belangen te beschermen als die van benadeelden, in zijn algemeenheid niet opgaat. Na onderzoek van de parlementaire geschiedenis concludeert het hof dat er geen grond is voor de stelling dat bescherming van goederen niet onder het bereik van de wetgeving valt.

5.4.4.2 Literatuur

In deze paragraaf wordt achtereenvolgens de literatuur betreffende aansprakelijkheid jegens derden voor gebrekkig bouwtoezicht en literatuur over specifiek relativiteit behandeld.

5.4.4.2.1 Literatuur: aansprakelijkheid jegens derden voor gebrekkig bouwtoezicht

Van Rossum gaat in haar preadvies in op de invulling van de zorgvuldigheidsnorm. Ze noemt vier gezichtspunten die van belang zijn:

- a. aard en doel van het toezicht;
- b. de bevoegdheden waarover de toezichthouder beschikt;
- c. de vraag of de toezichthouder, de beleidsvrijheid in aanmerking genomen, zijn toezichtsinstrumentarium voldoende heeft benut;
- d. de vraag of de toezichthouder aan zijn onderzoeksplicht heeft voldaan.

Voorts concludeert Van Rossum aan de hand van de beschikbare jurisprudentie dat de burgerlijke rechter in beginsel uitgaat van een bevoegdheid tot controle en/of daaropvolgende handhaving en niet van een verplichting.¹⁴⁹ Van Rossum benadrukt daarnaast het onderscheid dat in de rechtspraak gemaakt wordt tussen concreet en algemeen toezichtsfalen. Concreet toezichtsfalen kan eerder leiden tot aansprakelijkheid dan algemeen toezichtsfalen. Tot slot werpt zij de vraag op of er

148 Hof Den Haag 22 maart 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP8578.

149 Van Rossum 2005, p. 54.

een verzwaarde vorm van verwijtbaarheid dient te gelden als norm voor onzorgvuldig handelen van de overheidstoezichthouder.

Giesen noemt een aantal algemene gezichtspunten om de zorgvuldigheidsnorm mee in te vullen. Wettelijke taken en bevoegdheden, het doel van toezicht, Kelderluikcriteria, algemeen en concreet toezichtsfalen en (bestuursrechtelijke) handhavingsplichten zijn volgens hem van belang.¹⁵⁰ Afhankelijk van de omstandigheden van het geval spelen deze gezichtspunten een rol in de toetsing van het handelen van de toezichthouder aan de zorgvuldigheidsnorm.

Ook Van Dam is ingegaan op de vraag wat de bestuursrechtelijke beginselplicht tot handhaving civielrechtelijk betekent. Ter onderbouwing van een civielrechtelijke handhavingsplicht heeft hij aangevoerd dat deze voortvloeit uit het ongeschreven recht, het kennis- en kundeoverschot van de overheid, en de geringe afstand tussen vergunninghouder en overheid.¹⁵¹

Voorts heeft Van Dam onderzoek gedaan naar het toezichthoudersdilemma. Dit dilemma houdt in dat de toezichthouder rekening moet houden met zowel de belangen van derden, als de mogelijk daaraan tegenstrijdige belangen van degene op wie toezicht worden gehouden.¹⁵² Uit het onderzoek blijkt dat toezichthouders hun toezichts- en handhavingsbeleid niet aanpassen als gevolg van of uit vrees voor mogelijke aansprakelijkheidsclaims.¹⁵³

In de verschillende publicaties van Moesker over aansprakelijkheid van de gemeente jegens derden voor gebrekkig bouwtoezicht klinkt door dat een verregaande beperking van de aansprakelijkheid van de gemeente, bijvoorbeeld via het relativiteitsvereiste, niet past bij de verantwoordelijkheid die de gemeente op het gebied van bouwtoezicht heeft.¹⁵⁴ Nu de gemeente van de wetgever verantwoordelijkheden heeft gekregen in het bouwproces, past daarbij niet dat onzorgvuldigheid niet tot aansprakelijkheid zou kunnen leiden.

Busch heeft in een studie naar financiële toezichthouders onder meer de invulling van de zorgvuldigheidsnorm onderzocht.¹⁵⁵ Hij noemt een aantal gezichtspunten die van belang zijn: wettelijke verplichtingen, het doel van toezicht, tijdig en ade-

150 Giesen 2005, p. 114-116.

151 Van Dam 2002, p. 47-49.

152 Van Dam 2006, p. 25.

153 Ibid, p. 25, p. 68.

154 Moesker 1986, p. 24-31, Moesker 2007, p. 214-222. Hof Arnhem 3 mei 2010, *TBR* 2011/32, m. nt. Moesker.

155 Busch 2007, p. 66-81.

quaat handelen, beoordelings-¹⁵⁶ en beleidsvrijheid¹⁵⁷, de aard van het toezicht, geen wijsheid achteraf, het toezichthoudersdilemma, het legaliteitsbeginsel, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de Kelderluikcriteria.¹⁵⁸

De conclusie die Blomberg uit haar jurisprudentieonderzoek trekt is de volgende. Voor aansprakelijkheid is van belang of de gemeente op de hoogte was of behoorde te zijn van bepaalde feiten, in welke mate de schade voorzienbaar was en de omvang van de risico's en de kans dat die zich zouden verwezenlijken.¹⁵⁹

Neerhof heeft gewezen op de relevantie van verdragrechtelijke bepalingen, zoals artikel 2 en 8 EVRM. Die bepalingen kunnen een actief optreden van de overheid vergen.¹⁶⁰ Ook constateert hij dat concrete aanwijzingen van een illegale situatie van belang zijn voor rechtmatigheid indien de overheid van die aanwijzingen op de hoogte was of had moeten zijn. Met deze uitgangspunten bekritiseert Neerhof de uitspraken¹⁶¹ in de zaak rond de Enschedese vuurwerkramp, die hij als niet 'Öneryildiz-proof'¹⁶² beschouwd.

Albers en Heinen benadrukken dat de toezichthouder het wel erg bont moet maken, om civielrechtelijk aansprakelijk te zijn voor gebrekkig toezicht.¹⁶³ Zij signaleren evenals andere auteurs het onderscheid tussen algemeen en concreet toezichtsfalen. Concreet toezichtsfalen zal eerder tot aansprakelijkheid leiden dan algemeen toezichtsfalen, omdat er minder beleidsvrijheid is, indien de gemeente op de hoogte is van een concrete overtreding.¹⁶⁴ Daarnaast wijzen zij erop dat de burgerlijke rechter de invulling van de beleidsvrije toezichtbevoegdheden terughoudend toetst, terwijl de bestuursrechter uitgaat van een beginselplicht tot handhaving.¹⁶⁵

Met betrekking tot het arrest van het Hof Den Haag over de vuurwerkramp Enschede zijn Albers en Heinen van mening dat het Hof te terughoudend beoor-

156 Met beoordelingsvrijheid wordt bedoeld dat de toezichthouder zelf kan bepalen of aan de vereisten voor de uitoefening van een hem toekomende bevoegdheid is voldaan. Busch 2011, p. 7-8.

157 Met beleidsvrijheid wordt bedoeld dat de toezichthouder, als hij eenmaal heeft geoordeeld dat aan de vereisten voor de uitoefening van een hem toekomende bevoegdheid is voldaan, ook zelf de keuze heeft of hij een bepaalde bevoegdheid in wil zetten. Busch 2011, p. 8-9.

158 HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136, *Kelderluik*.

159 Blomberg 2007, p. 213.

160 Neerhof 2007, p. 184-200.

161 Ibid.

162 Naar een arrest van het EHRM waarin Turkije werd veroordeeld voor schending van artikel 2 EVRM (recht op leven). EHRM 18 juni 2002, *Öneryildiz t. Turkije I*, *NJCM* 2003, p. 54-73.

163 Albers & Heinen 2008, p. 674.

164 Ibid, p. 675.

165 Ibid, p. 676-677.

deelt of de gemeente kennis had moeten hebben van het risico op een explosie.¹⁶⁶ Bovendien wordt volgens Albers en Heinen aan de hand van die terughoudende maatstaf een verkeerde beoordeling gemaakt door het Hof, omdat SE Fireworks al verschillende malen voorschriften had overtreden. Bij die overtredingen was voorts ten onrechte niet handhavend opgetreden door de gemeente. Tot slot zijn Albers en Heinen van oordeel dat het beginsel van formele rechtskracht door het Hof te star is gehanteerd.

5.4.4.2.2 Literatuur: relativiteit¹⁶⁷

In de literatuur is verschillend gereageerd op de wijze waarop de Hoge Raad invulling heeft gegeven aan het relativiteitsvereiste bij overheidsaansprakelijkheid. Een aantal schrijvers vindt dat het relativiteitsvereiste een geschikt instrument om een te ver uitdijende aansprakelijkheid in de hand te houden. Andere schrijvers hebben juist afwijzend gereageerd op de toepassing van het relativiteitsvereiste door de Hoge Raad en vinden dat het relativiteitsvereiste juist teveel als een instrument worden ingezet om de overheidsaansprakelijkheid te beteugelen. Van beide gezichtspunten wordt hier onder een overzicht gegeven.

Instemming in de literatuur

Volgens annotator Hijma verdient de in essentie rechtspolitieke keuze die de Hoge Raad op het gebied van de relativiteit in het arrest *Duwbak Linda* maakt, bijval. Dat de Staat zich de veiligheid van het scheepvaartverkeer aantrekt, wijst er volgens hem niet op dat de Staat ook een extra loket voor schadelijders heeft willen openen.¹⁶⁸ Voorts hecht Hijma waarde aan het *floodgates*-argument. Voorkomen moet worden dat het aansprakelijkheidsrecht te ver uitdijt.

Van Maanen in 2004¹⁶⁹, Widdershoven¹⁷⁰ en Van Rossum¹⁷¹ zien evenals Hijma in het relativiteitsvereiste een geschikt instrument om toezichthoudersaansprakelijkheid binnen aanvaardbare proporties te houden. Zonder de rem van het relativiteitsvereiste zou de Staat als toezichthouder te snel aansprakelijk kunnen worden gehouden.

Ook Hartkamp en Sieburgh lijken in te stemmen met het oordeel van de Hoge Raad in het arrest *Duwbak Linda*. Hartkamp en Sieburgh wijzen aansprakelijk-

166 Albers & Heinen 2010, p. 502-503.

167 Dit is (deels) ontleend aan hetgeen ik hierover eerder schreef in mijn masterscriptie 'De civielrechtelijke aansprakelijkheid voor publiekrechtelijk bouwtoezicht in Nederland en Engeland' (te raadplegen via <<http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=96104>>).

168 Noot van Jac. Hijma bij HR 7 mei 2004, *NJ* 2006, 281, *Duwbak Linda*, onder punt 7.

169 Van Maanen 2004, p. 482-483.

170 Noot van R.J.G.M. Widdershoven bij HvJ EG 12 oktober 2004, *AB* 2005, 17.

171 Van Rossum 2005, p. 81-82.

heid van overheidstoezichthouders in beginsel niet af, maar zien de mogelijkheid daartoe eerder in de financiële sector, omdat het financiële toezicht niet alleen de strekking heeft het algemeen belang te beschermen maar ook de individuele belangen van bijvoorbeeld rekeninghouders.¹⁷² Hartkamp en Sieburgh zijn echter kritisch over de door de Hoge Raad aangenomen onbeperktheid van de groep van derden die schade kan lijden als gevolg van gebrekkig toezicht in de zaak Duwbak Linda.¹⁷³

Kritiek in de literatuur

Hartlief¹⁷⁴ en Tjittes¹⁷⁵ leggen de nadruk op de indamming van de overheidsaansprakelijkheid die de Hoge Raad blijkbaar heeft beoogd te bewerkstelligen. Ook stellen zij dat in het kader van een aansprakelijkheid van de gemeente jegens een derde de eventuele aansprakelijkheid van de primaire dader niet relevant is. De gemeente treft immers een zelfstandig verwijt indien het toezicht op gebrekkige wijze wordt uitgevoerd. Voorts vragen zij aandacht voor mogelijke positieve effecten van een ruimere aansprakelijkheid van de Staat. Die ruimere aansprakelijkheid kan namelijk meer druk zetten op de primaire daders op wier handelen de Staat toezicht houdt.

De kritiek van Giesen richt zich op de instrumentele benadering van de relativiteit als techniek om de aansprakelijkheid te kunnen beperken.¹⁷⁶ Volgens hem had het oordeel in het arrest Duwbak Linda evengoed anders uit kunnen vallen en is de beoordeling van de relativiteit in dat arrest gekleurd door het standpunt van de A-G en de Hoge Raad dat de toezichthouder in het soort gevallen als Duwbak Linda niet aansprakelijk dient te zijn. Giesen stelt dat een beperking van aansprakelijkheid die via de zorgvuldigheidsnorm wordt aangebracht de werkelijke reden van die beperking beter aan het licht brengt.

Schueler is kritisch over de ‘problematische’¹⁷⁷ benadering die de Hoge Raad in Duwbak Linda kiest. Het uitgangspunt van de relativiteitseis is ook volgens hem dat een norm in beginsel strekt tot bescherming van allen die als gevolg van overtreding ervan schade kunnen lijden.¹⁷⁸ Het gaat daarom al vrij ver dat de Hoge Raad verlangt dat er duidelijke aanwijzingen zijn dat de regeling mede strekt tot bescherming van individuele vermogensbelangen.¹⁷⁹ Daarmee wordt immers als uitgangspunt genomen dat een norm in beginsel niet beschermt, tenzij er duidelijke aanwijzingen dat dit wel het geval is. Bovendien wijst Schueler op de moei-

172 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 133.

173 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 134.

174 Hartlief 2005, p. 833.

175 Hartlief en Tjittes 2004, p. 2183.

176 Giesen 2005, p. 170.

177 Schueler 2006, p. 300

178 Schueler 2005, p. 99.

179 Schueler 2005, p. 100. Zie ook Schueler 2006, p. 300.

lijkheden die kunnen rijzen bij het bepalen van het beschermingsbereik van een wettelijke norm aan de hand van de parlementaire geschiedenis. In het geval van de Woningwet zouden dan documenten uit 1899 een rol spelen, een tijd waarin overheidsaansprakelijkheid voor een verkeerde uitoefening van publieke taken nog niet in de rechtspraak geaccepteerd was.¹⁸⁰ Een tweede probleem dat Schueler aansnijdt is dat niet altijd gedefinieerd kan worden of een norm strekt tot bescherming van het algemeen belang of individuele belangen, omdat het algemeen en individueel belang enigszins in elkaar kunnen overlopen.¹⁸¹ Het is dan niet goed mogelijk om een onderscheid te maken.

Uitgaande van de door de Hoge Raad in het arrest Duwbak Linda geformuleerde criteria, ziet Schueler geen mogelijkheden voor vergoeding van individuele vermogensbelangen op grond van onrechtmatig toezicht door de gemeente.¹⁸² Wel ziet Schueler nog een andere mogelijkheid. Wanneer bij de handhaving van bouwvoorschriften het beschermingsbereik van art. 3:4 Awb, de bestuursrechtelijke zorgvuldigheidsnorm, ruimer wordt getrokken dan het beschermingsbereik van de te handhaven bouwvoorschriften, kan wel aansprakelijkheid mogelijk zijn.¹⁸³

Over de uitspraak inzake het parkeerdek in Tiel reageert Schueler instemmend.¹⁸⁴ De belangen die de stichting had als contractant van het motel vallen, gelet op de bedoelingen die de wetgever heeft gehad bij het opstellen van de Woningwet, niet onder het beschermingsbereik van het aan de gemeente opgedragen bouwtoezicht.

Eenzelfde standpunt neemt Van Dunné in. Als bekend criticus van de relativiteitsleer is hij ronduit negatief over het arrest Duwbak Linda. Volgens hem is door de Hoge Raad een gekleurde invulling gegeven aan de bedoeling van de wetgever, teneinde de wildgroei van aansprakelijkheidsvorderingen in bedwang te houden. De relativiteitseis is naar het oordeel van Van Dunné hiervoor echter niet het geschikte instrument.¹⁸⁵ De causaliteit is volgens Van Dunné wel het geschikte instrument om te voldoen aan de rechtspolitieke wens om een te ver uitdijende aansprakelijkheidscultuur te vermijden.¹⁸⁶ Bovendien heeft Van Dunné kritiek op de wijze waarop de Hoge Raad in het arrest Duwbak Linda het wettelijk systeem met betrekking tot veiligheid van schepen weergeven. De Hoge Raad richt zich, in

180 Schueler 2006, p. 300.

181 Schueler 2006, p. 300.

182 Schueler 2005, p. 105.

183 Schueler 2005, p. 114.

184 Schueler 2006, p. 299.

185 Van Dunné 2007, p. 129.

186 Vgl. Verheij 2015, p. 39, waar gesteld wordt dat causaliteit en het relativiteitsverste dezelfde functie vervullen, nl. het stellen van een grens aan de omvang van de aansprakelijkheid. Art. 6:98 BW doet dit terugblikkend (kan deze schade kan toegerekend worden aan de aansprakelijke?) en art. 6:163 BW doet dit vooruitblikkend (valt de schade binnen het beschermingsbereik van de geschonden norm?), aldus Verheij.

navolging van A-G Spier, geheel op de Herziene Rijnvaartakte en het Reglement onderzoek schepen op de Rijn en ten onrechte niet op de Binnenschepenwet volgens Van Dunné.

Kritischer over het arrest Duwbak Linda was ook Van Maanen in een later commentaar.¹⁸⁷ De schade die optrad was volgens hem zaakschade, waarvan voorzienbaar was hoe die zou kunnen ontstaan. Van Maanen prefereert dan ook de lijn die door de Hoge Raad is gevolgd in *Vie d'Or*. Van Maanen stelt zelfs dat in het arrest Duwbak Linda schending van een wettelijke regel die evident beoogt de veiligheid van bepaalde personen te beschermen, niet tot de normale consequentie leidt dat de schade, voor zover onrechtmatig veroorzaakt, voor vergoeding in aanmerking komt.¹⁸⁸ Ook plaatst Van Maanen kritische kanttekeningen bij de 'onbeperkte groep van derden', de voorzienbaarheid van de schade en de aard van de schade.¹⁸⁹

Busch betwijfelt of er ooit van een onbeperkte groep van derden sprake zal zijn die schade kan lijden.¹⁹⁰ Hij is dan ook kritisch over het criterium van de 'onbeperktheid'.¹⁹¹ Voor het financiële toezicht op grond van de Wft geldt in ieder geval dat duidelijk is dat de bescherming van bijvoorbeeld polishouders door de wetgever bedoeld is.

Moesker waarschuwt voor een vicieuze cirkel bij de beoordeling van de relativiteit.¹⁹² Die kan namelijk ontstaan wanneer de wetgever in de parlementaire geschiedenis geen aanwijzingen geeft omtrent het beschermingsbereik van de wettelijke norm. De wetgever laat daarmee de beoordeling aan de rechter, die op zijn beurt echter weer terug zal vallen op de parlementaire geschiedenis waarin geen duidelijke aanwijzingen zijn te herkennen. Het risico ligt dan op de loer dat via een cirkelredenering al te makkelijk wordt geoordeeld dat niet voldaan is aan het relativiteitsvereiste.

Met betrekking tot de relativiteit van het bouwtoezicht is Moesker van mening, kijkend naar de considerans van de Woningwet, dat 'het in de Woningwet opgenomen bouw- en woningtoezicht (repressief) niet (mede) beoogt het individuele vermogensbelang van de betreffende burger te beschermen met name nu het daarbij veelal een in beginsel onbeperkte groep van derden betreft en het gaat om vermogensschade die op een vooraf veelal niet te voorziene wijze kan ontstaan.'¹⁹³

187 Van Maanen 2007, p. 127-140.

188 Van Maanen 2007, p. 130.

189 Van Maanen 2007, p. 130.

190 Busch 2010, p. 41-45.

191 Eveneens kritisch hierover zijn Van Dam 2010, p. 237, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 134.

192 Moesker 2007, p. 218-219.

193 Moesker 2007, p. 221.

Moesker is kritisch over deze uitkomst. Volgens hem past bij een verantwoordelijkheid in het bouwproces ook een mogelijke aansprakelijkheid bij een onzorgvuldige invulling van die verantwoordelijkheid. Moesker oppert daarom de correctie-Langemeijer als dogmatische uitweg waarmee het afstuiten op de relativiteitseis omzeild kan worden.¹⁹⁴

Albers en Heinen leveren een kritisch commentaar op het arrest Duwbak Linda.¹⁹⁵ De kritiek spitst zich toe op een aantal punten. Uit het zwijgen van de wetgever kan niet zomaar worden afgeleid dat een belang niet onder het beschermingsbereik van een norm valt. De wetgever richt zich immers primair op de technisch inhoudelijke aspecten van een wettelijke regelgeving en zal zich niet altijd realiseren dat er mogelijk naar aanleiding van de wettelijke regeling aansprakelijkheidsvragen ontstaan.¹⁹⁶ Ook was de potentiële groep benadeelden in de zaak Duwbak Linda volgens Albers en Heinen niet onbepaalbaar. Degenen die deelnemen aan het scheepvaartverkeer in de nabijheid van een ten onrechte goedgekeurd schip, zullen mogelijk schade kunnen ondervinden bij een ongeval.¹⁹⁷ Tot slot is ook de wijze van ontstaan van de schade in het geval van de zaak Duwbak Linda niet onvoorzienbaar. De Staat had als verantwoordelijke voor het afgeven van het keuringscertificaat goed kunnen voorzien dat een ten onrechte goedgekeurd schip schade kan aanrichten aan andere schepen.¹⁹⁸ Positiever zijn deze auteurs over het arrest Vie d'Or, omdat in dat arrest in hun ogen terecht wordt geoordeeld dat het relativiteitsvereiste aansprakelijkheid van DNB niet in de weg staat.¹⁹⁹

5.4.4.3 Eigen opvatting

Hieronder ga ik eerst in op mijn eigen opvatting met betrekking tot de zorgvuldigheidsnorm en vervolgens op de relativiteit.²⁰⁰

5.4.4.3.1 Zorgvuldigheidsnorm

In de vorige paragraaf is gebleken dat de gemeente bij het toezicht op het bouwproces zorgvuldig moet handelen. In de rechtspraak en literatuur is in de eerste plaats aandacht geweest voor de vraag hoe de zorgvuldigheidsnorm precies luidt. In de literatuur is wel verdedigd dat toezichthouders moeten voldoen aan de norm

194 Moesker 2007, p. 21 en Moesker 2011, p. 154.

195 Albers & Heinen 2008.

196 Albers & Heinen 2008, p. 680.

197 Albers & Heinen 2008, p. 680.

198 Albers & Heinen 2008, p. 680.

199 Albers & Heinen 2008, p. 679.

200 Deze eigen opvatting is (deels) ontleend aan hetgeen ik hierover eerder schreef in mijn masterscriptie 'De civielrechtelijke aansprakelijkheid voor publiekrechtelijk bouwtoezicht in Nederland en Engeland' (te raadplegen via <<http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=96104>>).

van een ‘redelijk handelend toezichthouder’.²⁰¹ De Hoge Raad legt een anders geformuleerde beoordelingsmaatstaf aan: ‘behoorlijk en zorgvuldig toezicht’.²⁰² De door de Hoge Raad gekozen formulering lijkt iets strenger voor de toezichthouder, maar de precieze formulering van de zorgvuldighedenorm lijkt mij niet zo relevant, aangezien die niet per se tot een andere uitkomst hoeft te leiden dan een anders geformuleerde norm. Het komt veel meer aan op de invulling van de norm²⁰³, waarbij de publiekrechtelijke context zal moeten worden meegewogen.²⁰⁴

Een eerste uitgangspunt bij deze invulling wordt, zo blijkt ook uit de criteria van goed toezicht genoemd in par. 3.7.2, gevormd door de wettelijke taken en bevoegdheden die de toezichthouder heeft gekregen.²⁰⁵ De bevoegdheden bepalen op welke wijze de toezichthouder zijn taak kan vervullen en een belangrijke vraag, ook een criterium van goed toezicht, is daarom of de toezichthouder op voldoende wijze zijn bevoegdheden heeft benut.²⁰⁶ Met de wettelijke taken en bevoegdheden hangen samen de aard en het doel van het toezicht. De preventieve of repressieve aard van het toezicht²⁰⁷ en de mate waarin proactiviteit²⁰⁸ wordt verwacht van de toezichthouder kunnen meewegen in de beoordeling van het gehouden toezicht.

Een aantal andere aspecten hangt samen met de belangenafweging die de toezichthouder moet maken. De toezichthouder zal in enige mate zijn bevoegdheden dienen te benutten, maar komt daarbij namelijk een zekere beoordelings- en beleidsvrijheid toe. Het opstellen van algemeen beleid en het toewijzen van een bepaalde hoeveelheid middelen aan (een deel van het) toezicht behoren tot de vrijheid van het bestuur. Voor zover het handelen van de overheid valt binnen de beoordelings- en beleidsvrijheid dient de rechter dit handelen terughoudend te toetsen. Dit blijkt uit het oordeel van de Hoge Raad in de zaak *Vie d’Or* over de beoordelings- en beleidsvrijheid van de Verzekeringskamer:

‘Deze beleids- en beoordelingsvrijheid brengt een terughoudende toetsing door de rechter mee. Het gaat niet erom of, achteraf oordelend, een andere beslissing beter ware geweest en of daardoor schade aan derden door een uiteindelijke deconfiture van de verzekeraar had kunnen worden voorkomen, maar of in de omstandigheden en met de

201 Giesen 2005, p. 106 e.v. die daarmee aansluiting zoekt bij de norm die geldt voor vrije beroepsbeoefenaren.

202 HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008, 527, *Vie d’Or*, r.o. 4.3.3. A-G Timmerman ging uit van de ‘redelijk handelend en redelijk bekwame toezichthouder’, zie overweging 3.8-3.9 van zijn conclusie.

203 Zie ook Van Dijk 2003, p. 191.

204 Zie voor een overzicht van gezichtspunten bij die invulling ook Busch 2007, p. 66-81.

205 Zie ook Giesen 2005, p. 114, Timmerman in overweging 3.13 van zijn conclusie bij HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008, 527, *Vie d’Or*.

206 Par. 3.6.1.1.

207 Moesker 2007, p. 221.

208 Par. 3.6.1.1.

kennis van toen de Verzekeringskamer in redelijkheid tot de desbetreffende beslissing heeft kunnen komen.²⁰⁹

Daarnaast kunnen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur de concrete belangenafweging normeren.²¹⁰

Het belangrijkste gezichtspunt vanuit het civielrechtelijke perspectief wordt gevormd door de Kelderluikcriteria.²¹¹ Deze criteria werden in het Kelderluikarrest voor het eerst toegepast. In het Kelderluikarrest was er sprake van gevaarzettend handelen, het laten openstaan van een kelderluik, waardoor het risico werd geschapen op een ongeval van een derde. Daarbij speelt naast het scheppen of verhogen van risico's ook het niet nemen van voorzorgsmaatregelen een rol. Het gebrekkig houden van toezicht kan ook het risico op schade in het leven roepen of verhogen. Bovendien houdt de uitvoering van het toezicht onder meer het nemen van voorzorgsmaatregelen in. Het is dus niet verwonderlijk dat de Kelderluikcriteria ook op het handelen van toezichthouders wordt toegepast. De vier Kelderluikcriteria die worden onderscheiden zijn: de aard en omvang van de schade, de voorzienbaarheid van het intreden van de schade, de aard van de gedraging van de toezichthouder en de bezwaarlijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen. Deze Kelderluikaspecten komen ook terug in de criteria van goed toezicht. Het toezicht moet immers risicogestuurd zijn en er moet ook oog zijn voor eventuele nadelige consequenties van handhaving.

De Kelderluikcriteria geven dus kort gezegd een afweging tussen de schade die voorzienbaar op kan treden en de kosten van het nemen van voorzorgsmaatregelen. Van het derde Kelderluikcriterium, de aard van de gedraging, is door Van Rossum gesteld dat die in het voordeel van toezichthouders mee zal wegen in de beoordeling van de zorgvuldigheid van toezichthouders.²¹² Het werk van toezichthouders brengt immers met zich mee dat de aard van de gedraging vaak een 'nalaten' zal zijn en geen 'doen'. De conclusie van Van Rossum kan echter niet zonder meer worden getrokken. De derde factor komt namelijk bij toezichthouders weinig gewicht toe, omdat de toezichthouder in het leven is geroepen om gevallen op te sporen waarbij zijn ingrijpen noodzakelijk is. Vervolgens is het uitdrukkelijk de taak van de (handhavings)toezichthouder om daadwerkelijk in te grijpen, indien dat nodig is. De overheidstoezichthouder is bovendien met wettelijke bevoegdheden

209 Vgl. r.o. 4.3.4 en 4.3.5. De Hoge Raad casseerde in dit geval het arrest van het Hof, dat uitging van een volledige toetsing op zorgvuldigheid. A-G Timmerman hecht in overweging 3.18-3.20 van zijn conclusie ook veel waarde aan de beleids- en beoordelingsvrijheid, en is daarbij in overweging 3.20 kritisch over de waarde die Van Rossum en Giesen toekennen aan de beleids- en beoordelingsvrijheid. De lijn van terughoudende toetsing die is gekozen in *Vie d'Or* wordt doorgezet in HR 17 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7678.

210 Schueler 2005, p. 177 e.v.

211 HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136.

212 Van Rossum 2005, p. 70-71.

toegerust op de uitvoering van deze taken. Van een toezichthouder, die wettelijke taken en bevoegdheden heeft om in te grijpen, mag dus meer en eerder ingrijpen worden verwacht dan van een willekeurige andere partij. Een andere uitleg zou afbreuk doen aan de essentie van het toezicht, omdat een passieve toezichthouder zich dan te makkelijk zou kunnen verschuilen achter zijn nalaten.

Als laatste civielrechtelijk gezichtspunt is de effectiviteit van de genomen maatregelen van belang. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad²¹³ blijkt dat bij toepassing van de Kelderluikcriteria niet alleen relevant is of er maatregelen zijn genomen, maar ook of deze maatregelen effectief zijn.²¹⁴

Een ander gezichtspunt is van meer feitelijke aard en betreft de vraag of de toezichthouder aan zijn onderzoeksplicht heeft voldaan.²¹⁵ Zoals bleek in paragraaf 2.2 bestaat toezicht uit het verzamelen van informatie, oordeelsvorming over deze informatie en een eventuele interventie naar aanleiding van dit oordeel. De voorgaande gezichtspunten hadden vooral betrekking op de keuze om wel of niet te interveniëren. Daarvoor is echter vereist dat de toezichthouder aan zijn onderzoeksplicht heeft voldaan door voldoende informatie te verzamelen. Vanuit publiekrechtelijk oogpunt moet er natuurlijk rekening worden gehouden met de vrijheid die een toezichthouder heeft om middelen in te zetten, maar van de toezichthouder mag toch gevraagd worden dat hij de risico's kende die hij behoorde te kennen.²¹⁶

Ook het toezichthoudersdilemma kan bij de invulling van de zorgvuldigheidsnorm in aanmerking worden genomen.²¹⁷ Dit dilemma bestaat eruit dat de toezichthouder rekening moet houden met zowel de belangen van derden, als de mogelijk daaraan tegenstrijdige belangen van degene op wie toezicht worden gehouden.²¹⁸ Hoewel uit onderzoek blijkt dat veel toezichthouders het dilemma niet ervaren²¹⁹, kan in specifieke gevallen wel met de moeilijke positie van de toezichthouder rekening worden gehouden.

Tot slot kunnen, zoals Neerhof heeft gesteld, ook vanuit verdragsrechtelijk perspectief verplichtingen die voortvloeien uit het EVRM een rol spelen. Invulling van de zorgvuldigheidsnorm door de hierboven genoemde gezichtspunten mag er

213 HR 28 mei 2004, *NJ* 2005, 105, *Jetblast*.

214 Hartlief 2004, p. 866-873.

215 Van Rossum 2005, p. 35-36.

216 Van Rossum 2005, p. 35-36.

217 Expliciet genoemd door de Hoge Raad in HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008, 527, *Vie d'Or*. Ook in het geval van bouwtoezicht is een toezichthoudersdilemma denkbaar. In bouwcontracten zijn bijvoorbeeld vaak termijnen opgenomen waarbinnen de bouwwerken voltooid moeten zijn. Een (langdurige) bouwstopt kan tot grote financiële schade leiden. De studie van Van Dam laat zien dat voor de toezichthouders die hij heeft geïnterviewd van weinig beïnvloeding sprake is.

218 Van Dam 2006a, p. 4.

219 Van Dam 2006, p. 25, p. 68.

niet toe leiden dat het Nederlandse recht in strijd komt met het EVRM. De rechter zal dus, wanneer er strijd is met het EVRM, de uit het EVRM voortvloeiende verplichtingen als gezichtspunten in zijn afweging moeten betrekken.

Een rangorde tussen de hierboven genoemde gezichtspunten is lastig te geven. Uit de specifieke omstandigheden van het geval zal moeten blijken welke gezichtspunten doorslaggevend zijn. Zo is het bijvoorbeeld belangrijk om te weten waar de fout uit bestaat. Toezicht kan onderverdeeld worden in het verkrijgen van informatie, het beoordelen van deze informatie en het ingrijpen naar aanleiding van de beoordeling.²²⁰ Sommige gezichtspunten spelen in het ene onderdeel een rol en in het andere niet. Het wettelijk kader kan op bepaalde onderdelen van het toezicht meer of minder ruimte laten voor vrijheid. De Kelderluikcriteria kunnen tot een andere uitkomst leiden dan de belangenafweging waarbij vooral de bestuursrechtelijke uitgangspunten worden meegewogen. De invulling zal met deze algemene gezichtspunten toch sterk casuïstisch blijven.

Wel is duidelijk dat naarmate de toezichthouder meer kennis heeft van mogelijke normschendingen, hij eerder gehouden is om in te grijpen. Dit komt tot uitdrukking in zowel rechtspraak als in de literatuur door schrijvers die het onderscheid tussen algemeen en concreet toezichtsfalen maken. Uit de criteria van goed toezicht volgt dat het toezicht risicogestuurd plaats dient te vinden. Dit houdt onder meer in dat bij concrete kennis over mogelijke normschendingen extra aandacht van de toezichthouder vereist is. Het risico kan dan immers door de toezichthouder als groot worden ingeschat.

Naast de invulling van de zorgvuldigheidsnorm is in de rechtspraak ook de vraag aan de orde geweest of op de toezichthouder een verzwaarde of verlichte vorm van aansprakelijkheid rust. Zo stelt de Hoge Raad in het arrest *Vie d'Or*²²¹ dat het enkele intreden van de situatie die met het toezicht is beoogd te voorkomen nog niet met zich meebrengt dat er door de toezichthouder onrechtmatig is gehandeld.²²² Het is m.i. juist om de gecompliceerde positie van de toezichthouder in aanmerking te nemen. De toezichthouder moet immers rekening houden met de (conflicterende) belangen van meerdere partijen. Bovendien is de toezichthouder in zekere mate ook afhankelijk van informatie die hij krijgt van degene op wie hij toezicht houdt.

Een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Utrecht roept de vraag op of de overheidstoezichthouder eerst aansprakelijk is bij een verzwaarde vorm van verwijtbaarheid.²²³ Dit is geen juiste invalshoek. Weliswaar heeft de toezichthouder een bijzondere positie naast de primaire dader en een bijzondere

220 Zie par. 2.2.2.

221 HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008, 527, *Vie d'Or*.

222 HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008, 527, *Vie d'Or*, r.o. 4.3.3.

223 Bijv. Vzng. Rb. Utrecht 26 augustus 2003, *JB* 2003, 304. Van Rossum 2005, p. 52-53, 55.

positie als overheidsorgaan, maar deze bijzondere posities worden al voldoende meegewogen in de gezichtspunten die gehanteerd worden bij de invulling van de zorgvuldigheidsnorm.²²⁴ Daarboven een gekwalificeerde vorm van verwijtbaarheid construeren, die ertoe zou leiden dat schadevergoedingsvorderingen van benadeelden nog vaker zullen stranden, lijkt daarom niet nodig en niet wenselijk.

Beginselen voor goed toezicht

De hierboven op juridische gronden verdedigde opvatting over het algemeen en concreet toezichtsfalen is op het eerste gezicht in lijn met de beginselen van goed toezicht.²²⁵ Dit onderscheid kan echter problematisch zijn in het kader van de effectiviteit van het toezicht. De toezichthouder kan immers geprikkeld worden om aan de aansprakelijkheidsrechtelijk veilige kant van het algemeen toezichtsfalen te blijven door het toezicht zeer beperkt uit te voeren.

5.4.4.3.2 Relativiteit

Dat de relativiteit een rol dient te spelen bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de toezichthouder dient te worden onderschreven. De toezichthouder houdt immers toezicht met het oog op de bescherming van bepaalde belangen, zo blijkt ook uit de criteria van goed toezicht geformuleerd in par. 3.7.2. Van de toezichthouder kan daarom niet worden verwacht dat hij met alle andere belangen ook rekening houdt bij het toezicht, aangezien de toezichthouder nu eenmaal geen oneindige middelen ter beschikking staan bij de uitvoering van zijn taak en er daarom uit het oogpunt van doelmatigheid en efficiëntie keuzes moeten worden gemaakt bij de uitvoering van het toezicht. Aansprakelijkheid bij benadeling van personen van wie de belangen die in beginsel niet binnen het beschermingsbereik van het toezicht vallen, is dan ook niet op zijn plaats.

Relativiteit in de ‘toezichtarresten’ van de Hoge Raad

Het is lastig een heldere lijn te ontdekken in de arresten Duwbak Linda en Vie d’Or. Ten eerste verschillen de arresten over de vraag of er sprake moet zijn van een in beginsel beperkte of in beginsel bepaalbare groep van benadeelden.²²⁶ Beperkte en bepaalbaarheid zijn begrippen met een zeer verschillende betekenis. Een (potentieel) onbeperkte groep kan bepaalbaar zijn aan de hand van criteria die voor die hele groep gelden. Een beperkte groep kan onbepaalbaar zijn, indien niet duidelijk is wat de groepsleden gemeen hebben. Anders gezegd heeft de be-

224 Zie ook Van Rossum 2005, p. 75-77.

225 Zie immers beginsel 12: Goed toezicht op het bouwproces vereist dat de toezichthouder aansprakelijk gesteld kan worden indien er als gevolg van gebrekkig toezicht schade ontstaat en dat aansprakelijkheid eerder aan de orde is bij wetenschap van niet-naleving.

226 A-G Timmerman spreekt in zijn conclusie bij HR Vie d’Or, onder punt 4.14, over een ‘begrensde groep’.

perktheid betrekking op de omvang van een groep en betreft de bepaalbaarheid de vraag in hoeverre de omvang van de groep en de identiteit van de groepsleden vastgesteld kan worden.²²⁷

Dogmatisch valt niet goed in te zien waarom de omvang van de groep van (potentiële) benadeelden van invloed zou zijn op het relativiteitsoordeel.²²⁸ Een door de wetgever opgestelde norm of een zorgvuldigheidsnorm heeft de strekking bepaalde belangen te beschermen. Het relativiteitsvereiste verbindt daaraan het gevolg dat alleen de binnen het bereik van de norm vallende belangen beschermd worden via art. 6:162 BW. In beginsel is dus voor het relativiteitsoordeel niet relevant wat de omvang is van de getroffen belangen. Het stellen van de beperktheidseis lijkt een poging om het *floodgates*-argument²²⁹, dat ook door annotator Hijma wordt genoemd²³⁰, een plaats te geven bij het relativiteitsvereiste. Juist ook vanwege de achterliggende motivering van het *floodgates*-argument, de te grote druk op overheidsfinanciën, ligt het op de weg van de wetgever om bij de totstandkoming van de wet overwegingen te wijden aan het beschermingsbereik.²³¹ Door teveel waarde te hechten aan dit argument ontstaat het risico dat het relativiteitsvereiste te zeer als middel wordt gebruikt om aansprakelijkheid te beperken en zal worden ingevuld met een doelredenering. Een strekkingsonderzoek zal dan al snel tot de conclusie leiden dat het betrokken belang niet beschermd werd door de geschonden norm, omdat dat nu eenmaal als wenselijke uitkomst wordt gezien. Bepaalbaarheid lijkt een beter criterium dan beperktheid, omdat het in het kader van de zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW relevant is in hoeverre de toezichthouder zich van de belangen van een zekere groep benadeelden bewust had moeten zijn.

Los van de vraag of de Hoge Raad met onbeperktheid een juist criterium stelt, lijkt niet helemaal duidelijk waarom een gebrekkige duwbak een onbeperkte groep van derden schade toe zou kunnen brengen.²³² Een gebrekkige duwbak lijkt slechts aan de lading, opvarenden of een gelimiteerd aantal andere vaartuigen schade toe te kunnen brengen. Een duwbak kan bij een ongeval of aanvaring nu eenmaal niet een onbeperkte hoeveelheid andere vaartuigen beschadigen en/of tot zinken brengen. Dit ligt bijvoorbeeld anders bij handelingen in de financiële sector. Een onverantwoord handelende verzekeringsmaatschappij zou bijvoorbeeld wel aan een onbeperkte groep schade toe kunnen brengen, omdat het in beginsel iedereen vrijstaat een verzekeringsovereenkomst met de maatschappij af te sluiten en in theorie iedereen dit ook tegelijkertijd zou kunnen doen.

227 Zie Van Dam 2010, p. 237.

228 Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 134.

229 Daarmee wordt bedoeld dat de sluisen niet te ver open moeten worden gezet voor het al maar uitdijende aansprakelijkheidsrecht, zie par. 3.6.2.2.

230 Noot van Jac. Hijma bij HR 7 mei 2004, *NJ* 2006, 281, *Duwbak Linda*.

231 De wetgever besteedt nog weinig aandacht aan de aansprakelijkheidsvraag tijdens de parlementaire behandeling. Zie voor een buitenlands voorbeeld waarin dit wel is gebeurd het arrest HvJ EG 12 oktober 2004, *NJ* 2005, 323, *Peter Paul*.

232 Albers & Heinen 2008, p. 680.

Ook de stelling dat schade door Duwbak Linda op vooraf veelal niet te voorziene wijze zou kunnen ontstaan roept twijfels op.²³³ Een duwbak kan op verschillende manieren schade veroorzaken, maar deze verschillende manieren lijken in het algemeen te voorzien. Zo kan een vaartuig een aanvaring veroorzaken, eenzijdig zinken of beschadigd raken, of vastgemaakt aan een ander varend, drijvend, of met de grond verenigd object zinken. Voor een instantie die is belast met de keuring van vaartuigen is vooraf goed voorzienbaar wat voor soort problemen tot onveiligheid en dus tot een schaderisico kunnen leiden. Andere verder verwijderde schadeposten, zoals bedrijfsschade door het buiten bedrijf raken van een vaartuig, kunnen wel minder goed voorzienbaar zijn, omdat niet duidelijk is welke functie een eventueel te beschadigen vaartuig in het bedrijf van de eigenaar vervult.

Dit laatste raakt aan het eerder in par. 5.2.3 genoemde onderscheid tussen persoonschade, zaakschade en zuivere vermogensschade. Zeker bij veiligheidsnormen lijkt het onderscheid tussen bijvoorbeeld letselschade en zuivere vermogensschade relevant. Letselschade en zaakschade zijn directe gevolgen van de schending van veiligheidsnormen en daarmee goed te voorzien. Voor zuivere vermogensschade kan dit anders liggen.

Het bepalen van het beschermingsbereik van de geschonden norm

De Hoge Raad kent bij het bepalen van het beschermingsbereik veel gewicht toe aan de wetsgeschiedenis.²³⁴ Aangezien het vaststellen aan de hand van de wetsgeschiedenis de nodige problemen op kan roepen, is het nodig om het beschermingsbereik van de geschonden norm ook objectief te interpreteren.

Aan het argument van Hijma, dat niet uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de overheid een apart schadeloket heeft willen openen, kan geen doorslaggevende waarde worden toegekend. De wetgever besteedt, zoals gezegd, vaak weinig woorden aan de beschermingsstrekking van een wetsartikel.²³⁵ Dat de wetgever ingaat op de mogelijkheid een extra aansprakelijkheidsloket voor schadelijders te openen, zal dus niet vaak voorkomen. Aan die omstandigheid de conclusie verbinden dat aan de relativiteitseis niet voldaan wordt, doet geen recht aan de parlementaire realiteit.

Het argument van Hijma doet denken aan het onderscheid tussen instructie- en waarborgnormen.²³⁶ Hartkamp en Sieburgh ontleen aan de Hoge Raad de volgende formulering die een waarborgnorm omschrijft:

233 Zie ook Albers en Heinen 2008, p. 679-680, Van Ravels 2007, p. 131.

234 HR 7 mei 2004, *NJ* 2006, 281, *Duwbak Linda*, r.o.4.25.1-4.25.2. De Hoge Raad gaat er niet van uit dat de mogelijkheid van aansprakelijkheid expliciet erkend moet zijn in de wetsgeschiedenis. Zie daarover Schueler 2005, p. 99-100.

235 PG Boek 6 BW, p. 632. Van Dam 2010, p. 236.

236 HR 21 juni 1985, *NJ* 1986, 526.

‘Een publiekrechtelijk voorschrift legt slechts dan aan de overheid rechtstreeks tegenover de terzake belanghebbende een plicht op waarvan schending tegenover hem een onrechtmatige daad oplevert, indien het voorschrift voor die belanghebbende een aanspraak op een zekere gedraging van de overheid wil vestigen.’²³⁷

Indien er geen bedoeling is die aanspraak te vestigen en er dus ook geen onrechtmatige daad is bij schending van de norm, is er sprake van een instructienorm. Dit onderscheid werkt echter niet heel verhelderend.²³⁸ Het komt er ook bij gebruik van deze terminologie op aan om te beoordelen of de wetgever een beschermingsdoel voor ogen had dat individuele vermogensbelangen omvat.

Relativiteit van een bij de uitvoering van een wettelijke taak geschonden zorgvuldigheidsnorm

Tegen het grote belang dat de Hoge Raad toekent aan de wetsgeschiedenis kan worden aangevoerd dat het vaak lastig is het beschermingsbereik van een norm aan de hand van parlementaire stukken vast te stellen. Er is echter nog een bezwaar. Het ging namelijk in de arresten van de Hoge Raad om schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. Die zorgvuldigheidsnorm wordt niet alleen ingevuld aan de hand van een wettelijke bepaling, waarin taken en bevoegdheden zijn toegekend en het in de wetsgeschiedenis al dan niet genoemde doel van het toezicht. Ook de Kelderluik-criteria, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en andere gezichtspunten kunnen, zo bleek in paragraaf 5.4.4.1.1 worden meegewogen in de zorgvuldigheidsnorm. De relativiteit mag daarom niet alleen aan de wetsgeschiedenis van de toezichtbepaling worden gekoppeld, maar moet ook aan de hand van de andere gezichtspunten, voor zover die in de betreffende zaak worden gebruikt, worden afgewogen.²³⁹ Wanneer bijvoorbeeld in de wetsgeschiedenis als reden voor toezicht het algemeen belang gediend met naleving van regels is genoemd, wil dat niet zeggen dat op grond van een van de wettelijke regeling te onderscheiden zorgvuldigheidsnorm niet ook met de belangen van een derde rekening moet worden gehouden die schade kan lijden. De Kelderluik-criteria en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur kunnen tot ingrijpen van de toezichthouder verplichten, omdat anders een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm jegens een potentiële benadeelde zou worden geschonden. Het zou dan niet juist zijn om het beschermingsbereik van die verplichting tot ingrijpen slechts te beoordelen aan de hand van de wetsgeschiedenis, waar de verplichting niet uit voortvloeit. Dit is temeer het geval indien de parlementaire stukken weinig

237 Asser-Hartkamp/Sieburgh 6-IV 2015, nr. 139-140.

238 Ibid.

239 Zie ook Schueler 2005, p. 113-114. Hij stelt dat het beginsel van zorgvuldige belangenafweging (art. 3:4 Awb) in het geval dat de gemeente moet beslissen of ze wel of niet zal handhaven tot bescherming van individuele vermogensbelangen kan leiden. Deze belangen moeten dan samenvallen met de belangen die de bouwvoorschriften beogen te beschermen. Individuele vermogensbelangen van derden kunnen dan meegewogen moeten worden.

houvast bieden en de vaststelling van het beschermingsbereik een rechtspolitieke keuze lijkt te worden.

Relativiteit bij aansprakelijkheid voor gebrekkig overheids-toezicht in het bouwproces

Wat is nu het beschermingsbereik van de norm tot zorgvuldig toezicht door de gemeente op het bouwproces in de uitvoeringsfase? Uitgaande van de jurisprudentie van de Hoge Raad, zal de wetsgeschiedenis van de Woningwet bestudeerd moeten worden om het beschermingsbereik vast te stellen. De Woningwet stamt echter uit de negentiende eeuw, waardoor een groot deel van de wetsgeschiedenis tot stand is gekomen in een periode waarin een andere taakopvatting van de overheid bestond en waarin het leerstuk van de overheidsaansprakelijkheid op een heel ander punt stond dan vandaag de dag het geval is.²⁴⁰

Duidelijk is in ieder geval dat een van de doelen van de Woningwet het bevorderen van veiligheid en bescherming van gezondheid van bewoners was.²⁴¹ Bij de wijzigingen die in de loop der tijd zijn aangebracht in de Woningwet, komen er weinig concrete belangen naar voren in de parlementaire geschiedenis. Uit de Memorie van Toelichting blijkt echter dat opzettelijk niet over algemene of individuele belangen wordt gesproken: ‘Met opzet wordt in het artikel niet gesproken van het belang der openbare gezondheid of veiligheid. De grens tussen openbare en bijzondere gezondheid of veiligheid kan niet met juistheid worden afgebakend; beider gebied vloeit ineen.’²⁴²

Ook concludeerde Van Zeben in 1975 al, op basis van analyse van wetgeving en rechtspraak, dat aansprakelijkheid van de gemeente voor bouwtoezicht in beginsel mogelijk is.²⁴³

In 2007, is de Woningwet gewijzigd, onder meer om de handhaafbaarheid van de Woningwet te verbeteren. In de parlementaire stukken wordt door de minister een aantal malen gerefereerd aan incidenten en ook aan de gebruikers en omwonenden van bouwwerken.²⁴⁴ Indirect wordt dus gewezen op veiligheidsbelangen van individuele burgers. De conclusie lijkt dan ook gerechtvaardigd dat bouwtoezicht niet

240 Zie Van Dunné 2007, p. 129. Zie ook Schueler 2006, p. 300.

241 Dat dit uitgangspunt op latere momenten is gehandhaafd blijkt onder meer uit *Kamerstukken II* 1988/89, 20 066, nr. 9, p. 3, zoals ik eerder schreef in mijn master-scriptie, p. 58 (te raadplegen via <<http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=96104>>).

242 Schueler 2006, p. 300.

243 Van Zeben 1975, p. 413-415.

244 Tegen het niet voldoen aan die heel basale eisen [*van veiligheid en gezondheid, HS*] dient mede met het oog op gebruikers van bouwwerken en omwonenden effectief en adequaat opgetreden te kunnen worden. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 932, nr. 9, p. 8-9.

slechts in het algemeen belang plaatsvindt, maar ook ter bescherming van daarmee overlappende individuele belangen.

Het doet erg gekunsteld aan om, in een situatie waarin zowel het algemeen belang als concrete belangen gediend zijn bij zorgvuldig toezicht dat schade voorkomt, zonder duidelijke aanwijzingen in de parlementaire geschiedenis het toezicht alleen ten behoeve van het algemeen belang uitgevoerd te achten.²⁴⁵ Ik zou de wetsgeschiedenis dan ook zo willen interpreteren dat in ieder geval concrete veiligheidsbelangen van burgers en zaken door bouwtoezicht kunnen worden beschermd. Ook concrete ruimtelijke belangen van burgers kunnen echter door het toezicht worden beschermd.²⁴⁶

Er kan ook een rechtspolitek argument genoemd worden tegen een niet te restrictieve toepassing van de relativiteitseis. In de huidige maatschappij wordt in toenemende mate belang gehecht aan toezicht en is ook een toename van verschillende vormen van toezicht waarneembaar. Deze grotere verantwoordelijkheid van toezichthouders zou uitgehold kunnen worden door een al te restrictieve interpretatie van de relativiteitseis. Een verantwoordelijkheid, die bij onzorgvuldige invulling daarvan in slechts een zeer beperkt aantal gevallen tot aansprakelijkheid leidt, prikkelt niet tot zorgvuldigheid bij de uitvoering van het toezicht.

Het beschermingsbereik van zorgvuldig bouwtoezicht wordt echter wel begrensd. De voorzienbaarheid van de schade brengt met zich mee dat naarmate de getroffen belangen directer betrokken zijn bij naleving van en toezicht op de veiligheidsnormen, de schade eerder voor vergoeding in aanmerking komt. Schade aan personen of zaken is bij gebrekkig toezicht op veiligheidsnormen het meest voorzienbaar. Voor zuivere vermogensschade geldt dit in veel mindere mate bij veiligheidsnormen.²⁴⁷ Bij de schending van ruimtelijke normen, is zuivere vermogensschade echter weer meer voorzienbaar. In sommige gevallen zal echter, zoals Van Dunné wil, ook de redelijke toerekening van artikel 6:98 BW voldoende mogelijkheid

245 Ook Moesker is van oordeel dat de ‘duty to all, duty to no one’ doctrine tot een natuurlijk soort tegenspraak prikkelt, zie zijn noot bij Hof Den Haag 7 februari 1989, BR 1989, p. 637. Zie ook De Planque 1984, p. 677 die stelt dat bij het algemeen belang te voorkomen dat er gebrekkige en gevaarlijke gebouwen worden opgericht, gedacht moet worden aan de veiligheid van gebruikers en anderen.

246 Vgl. Hof Den Haag 21 januari 1999, *NJ* 2000, 75, r.o. 5.3.

247 Met de wijze waarop de Rechtbank Arnhem de relativiteitseis heeft toegepast in de zaak over het parkeerdek in Tiel kan derhalve worden ingestemd. De schade die is ontstaan door het niet kunnen organiseren van een fotobeurs was niet voorzienbaar voor de gemeente. Bovendien beoogt een veiligheidsvoorschrift te beschermen tegen personenschade en zaakschade die het directe gevolg kunnen zijn van onveilige situaties. Het betrokken individuele vermogensbelang van de organisator van de beurs is te ver verwijderd van de uitoefening van het toezicht door de gemeente en was daarom niet goed voorzienbaar.

bieden, om bij een te ver verwijderd verband tussen daad en schade de schadeplicht te beperken.²⁴⁸

In algemene zin kan dus gesteld worden, dat geleden personenschade en zaakschade als gevolg van gebrekkig bouwtoezicht kunnen leiden tot een verplichting tot schadevergoeding door de gemeente. Van belang is voorts, wanneer de denklijn van het arrest Duwbak Linda wordt gevolgd, dat de groep van mensen en zaken die getroffen worden niet onbeperkt is. Er kan maar een beperkt aantal mensen in of op een bouwwerk aanwezig zijn en maar een beperkte hoeveelheid zaken. Ook het aantal omwonenden dat getroffen kan worden is aan beperkingen onderhevig. Bovendien is de groep van getroffen, de denklijn van *Vie d'Or* volgend, ook bepaalbaar, omdat alleen de in en om het gebouw aanwezige personen en personen wier zaken in en om een gebouw aanwezig zijn, schade kunnen lijden. Indien er geen sprake is van veiligheidsnormen waarop wordt toegezien, zal er per definitie sprake zijn zuivere vermogensschade, die vaak op meer verschillende manieren kan ontstaan dan personenschade en zaakschade. Dit leidt echter niet zonder meer tot de conclusie dat aansprakelijkheid in een dergelijk geval niet mogelijk is. Bestemmingsplanvoorschriften kunnen bijvoorbeeld onder meer bedoeld zijn om de belangen van omwonenden te beschermen.²⁴⁹

5.4.5 Conclusie

In het inleidende hoofdstuk over toezicht is uiteengezet uit welke onderdelen het houden van toezicht bestaat. Er zijn drie soorten handelingen: het verzamelen van informatie, het beoordelen van de verzamelde informatie en het eventueel ingrijpen naar aanleiding van de beoordeling. In dit hoofdstuk is gebleken dat aansprakelijkheid met name voort zal kunnen vloeien uit de beoordeling en het al dan niet ingrijpen. Deze twee soorten handelingen vallen namelijk, wanneer ze tot schade leiden, onder de noemer 'concreet toezichtsfalen'. Het op onvoldoende wijze verzamelen van informatie wordt aangemerkt als 'algemeen toezichtsfalen'. In het algemeen zal concreet falen sneller dan algemeen falen tot aansprakelijkheid kunnen leiden. Toch kan aansprakelijkheid voor algemeen falen niet worden uitgesloten. Het op volstrekt onvoldoende wijze verzamelen van informatie over een riskant bouwproces zou bijvoorbeeld tot aansprakelijkheid kunnen leiden. Vanuit het oogpunt van goed toezicht is dit van belang. Anders zou de aansprakelijkheidsrechtelijke prikkel kunnen ontstaan om als toezichthouder maar zo min mogelijk informatie te verzamelen.

De invulling van de zorgvuldigheidsnorm geschiedt aan de hand van een aantal gezichtspunten. De wettelijke taken en bevoegdheden zijn van groot belang, maar ook de Kelderluikcriteria worden bijvoorbeeld toegepast in de rechtspraak. An-

248 Van Dunné 2007, p. 128-129.

249 HR 13 juli 2007, *TBR* 2008/21, Hof Den Haag 21 januari 1999, *NJ* 2000, 75.

dere mogelijke criteria zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en het EVRM.

Een ander belangrijk onderwerp dat aan bod kwam in het inleidende hoofdstuk was het doel van toezicht. Dat doel komt bij aansprakelijkheidsvragen automatisch aan de orde bij beantwoording van het relativiteitsvereiste. Voor het relativiteitsvereiste is immers van belang of de strekking van een norm is om de benadeelde in zijn geschonden belang te beschermen.

De relativiteitsvraag dient als volgt te worden beantwoord. Eerst moet worden gekeken naar de specifieke invulling van de zorgvuldigheidsnorm. Aan de hand van de bij die invulling gehanteerde gezichtspunten, waarvan de wettelijke taken en bevoegdheden altijd onderdeel uit zullen maken, dient de relativiteit bepaald te worden. Omdat het een zorgvuldigheidsnorm betreft, moet de ontstane schade wel voorzienbaar zijn geweest voor de toezichthouder. Het optreden van personen-schade of zaakschade is bijvoorbeeld een voorzienbaar gevolg van een gebrekkig toezicht op de naleving van normen voor constructieve veiligheid.

De relativiteit brengt met zich dat vergunninghouders zich er niet op kunnen beroepen dat de gemeente hen moet beschermen tegen fouten die zij zelf maken. Ook ten aanzien van derden lijkt het relativiteitsvereiste een belangrijk obstakel voor aansprakelijkheid.

Een derde relevant punt in paragraaf 3.7 was dat het beschermen van een vergunninghouder weliswaar geen doel is van toezicht, maar dat de vergunninghouder ook niet onevenredig mag worden benadeeld. Dit uitgangspunt mag de toezichthouder niet te zeer beperken omdat dan afbreuk kan worden gedaan aan de effectiviteit van het toezicht. Van aansprakelijkheid voor onevenredige benadeling van de vergunninghouder zal dus niet snel sprake kunnen zijn. Overigens is de benadeling van de vergunninghouder een probleem dat incidenteel in de literatuur wordt gesignaleerd en waarover geen uitspraken zijn gevonden.

5.5 WETTELIJK BOUWTOEZICHT DOOR PRIVATE PARTIJEN

In het wetsvoorstel kwaliteitsborging voor het bouwen wordt de uitvoering van het publiekrechtelijk toezicht op de naleving van het Bouwbesluit overgebracht van het bevoegd gezag naar private partijen. Hieronder wordt eerst ingegaan op het juridische kader van het wetsvoorstel en de vraag hoe dat zich verhoudt tot de beginselen van goed toezicht. Daarna worden enkele aansprakelijkheidsrechtelijke vragen besproken. Daarmee wordt de volgende deelvraag beantwoord:

In hoeverre is de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen in overeenstemming met de beginselen van goed bouwtoezicht?

5.5.1 Juridisch kader: hoe ziet privaat bouwtoezicht eruit?

Voor een onderzoek naar de mogelijke aansprakelijkheidsrechtelijke gevolgen van de privatisering van onderdelen van het huidige gemeentelijk bouwtoezicht is het van belang om eerst een aantal belangrijke eigenschappen van het vervangende private bouwtoezicht te bespreken. De wijze waarop de private kwaliteitsborging zal worden vormgegeven is immers bepalend voor de juridische positie van de betrokken partijen. Relevante vragen bij de inrichting van het stelsel van privaat toezicht zijn: van welke publiekrechtelijke regels wordt de naleving onderwerp van het private toezicht, welke procedures gaan gelden voor verschillende categorieën bouwwerken en op wat voor manier vindt het toezicht plaats bij deze verschillende categorieën bouwwerken?

5.5.1.1 Van welke regels wordt de naleving onderwerp van privaat toezicht?

De privatisering van gemeentelijk bouwtoezicht, zoals die op dit moment is voorzien in het bij de Eerste Kamer aanhangige wetsvoorstel kwaliteitsborging voor het bouwen, heeft uitsluitend betrekking op de naleving van de voorschriften die zijn opgenomen in het Bouwbesluit.²⁵⁰ Dit betekent dat private kwaliteitsborging betrekking zal hebben op bouwtechnische aspecten en niet op de naleving van regelgeving die betrekking heeft op de ruimtelijke aspecten, zoals het bestemmingsplan, of andere aspecten, zoals de welstandscriteria. Deze laatste aspecten blijven onderwerp van door de gemeente uitgevoerde toezicht.

5.5.1.2 Hoe wordt toegezien op de naleving?

De wijze waarop toezicht wordt gehouden wordt geregeld in zogenaamde instrumenten van kwaliteitsborging. Deze instrumenten kunnen voor bepaalde typen gebouwen worden toegepast. Bij de toepassing van deze instrumenten spelen verschillende nieuwe partijen een rol. Op deze drie aspecten wordt hieronder ingegaan.

5.5.1.2.1 Instrumenten voor kwaliteitsborging

Een instrument voor kwaliteitsborging wordt in het voorgestelde art. 7aa Woningwet gedefinieerd als:

‘beoordelingsmethodiek die tot doel heeft vast te stellen of er een gerechtvaardigd vertrouwen bestaat dat het bouwen van een bouwwerk voldoet aan de voorschriften die zijn gesteld bij of krachtens een algemene maatregel van bestuur als bedoeld in artikel 2, eerste lid, aanhef en onder a, en vierde lid, of artikel 120.’

Zo bepaalt art. 1.36 van het ontwerpbesluit kwaliteitsborging voor het bouwen dat ten behoeve van de werkzaamheden van de kwaliteitsborger vooraf een borgings-

250 *Kamerstukken I 2016/17, 34 453, nr. A.*

plan dient te worden vastgesteld waarin onder meer de bouwtechnische risico's in kaart worden gebracht.

Ook zijn in het ontwerpbesluit voorschriften met betrekking tot de deskundigheid van de kwaliteitsborger opgenomen. In dit verband kan gewezen worden op het conceptartikel 1.39 'Opleiding, kennis en ervaring kwaliteitsborger':

1. Een instrument voor kwaliteitsborging schrijft voor dat de personen die de kwaliteitsborging uitvoeren, voldoen aan de in het instrument gestelde eisen aan het benodigde kennis- en opleidingsniveau en de genoten ervaring met betrekking tot:
 - a. het opstellen van risicobeoordelingen op het terrein van de voorschriften, bedoeld in de hoofdstukken 2 tot en met 6;
 - b. de algemene coördinatie ten aanzien van de kwaliteitsborging;
 - c. constructieve veiligheid;
 - d. brandveiligheid;
 - e. bouwfysica;
 - f. installaties, en
 - g. toezicht op de bouw.
2. Het instrument voor kwaliteitsborging schrijft voor dat het kennis- en opleidingsniveau van degene die de kwaliteitsborging uitvoert, actueel gehouden wordt.
3. Bij ministeriële regeling worden nadere regels gesteld over het in het eerste en tweede lid bepaalde.

5.5.1.2.2 Verschillende typen bouwwerken

Allereerst dient een onderscheid te worden gemaakt tussen bouwbesluittoetsvrije bouwwerken en bouwwerken die dat niet zijn. De tweede categorie wordt onderworpen aan een instrument voor kwaliteitsborging. Zolang een categorie bouwwerken niet is onderworpen aan een instrument, geldt de preventieve aannemelijkheidstoets van artikel 2.10, eerste lid, aanhef en onder a, Wabo. Zodra een categorie bouwwerken is onderworpen aan een instrument, is artikel 2.10, eerste lid, aanhef en onder a, Wabo niet meer van toepassing. In de plaats daarvan weigert het bevoegd gezag dan de omgevingsvergunning, indien uit de aanvraag en de daarbij verstrekte gegevens en bescheiden niet blijkt dat wordt voldaan aan de in artikel 7ab, derde lid, Woningwet gestelde eisen. In laatstgenoemde bepaling staat dat door een kwaliteitsborger een toegelaten instrument wordt toegepast.

De bouwwerken die onderworpen zijn aan toezicht met een toegelaten instrument zijn ingedeeld in gevolgklassen²⁵¹, die bij algemene maatregel van bestuur worden vastgesteld, met een oplopende kans op ernstige gevolgen als een bouwwerk niet aan de bouwtechnische voorschriften voldoet.²⁵²

251 Zie over de achtergrond van deze gevolgklassen Chao-Duivis & Strang 2013, p. 57-58.

252 In art. 1.35 van het ontwerpbesluit kwaliteitsborging voor het bouwen wordt gevolgklasse 1 als volgt gedefinieerd:

5.5.1.2.3 Welke partijen spelen een rol in het stelsel van privaat toezicht?

Het wetsvoorstel kwaliteitsborging voor het bouwen introduceert drie nieuwe rollen in het publiekrechtelijke toezicht op het bouwproces:

- toelatingsorganisatie: de toelatingsorganisatie kwaliteitsborging bouw beslist op aanvraag van de instrumentaanbieder over de toelating van een instrument voor kwaliteitsborging tot het stelsel van kwaliteitsborging voor het bouwen. Par. 1.8.2 van het ontwerpbesluit kwaliteitsborging voor het bouwen beschrijft de regels waar instrumenten aan worden getoetst door de toelatingsorganisatie. De toelatingsorganisatie staat aan de top van het stelsel van private kwaliteitsborging en houdt stelseltoezicht;²⁵³
- instrumentaanbieder: dit is de natuurlijk persoon of rechtspersoon die een aanvraag tot toelating van een instrument voor kwaliteitsborging tot het stelsel van kwaliteitsborging voor het bouwen indient bij de toelatingsorganisatie. De instrumentaanbieder verleent toestemming aan een kwaliteitsborger om het aangeboden instrument toe te passen. Uit par. 1.43 van het ontwerpbesluit kwaliteitsborging voor het bouwen blijkt dat de instrumentaanbieder onderzoek doet naar het functioneren van het instrument;

1. Een te bouwen bouwwerk valt onder gevolgklasse 1, indien: a. het bouwwerk geen rijksmonument is als bedoeld in artikel 1.1. van de Erfgoedwet of geen monument of archeologisch monument is waarop artikel 9.1, eerste lid, onder b, van de Erfgoedwet van toepassing is, dan wel geen krachtens een provinciale of gemeentelijke verordening aangewezen monument of archeologisch monument is of een monument of archeologisch monument is waarop, voordat het is aangewezen, een zodanige verordening van overeenkomstige toepassing is; b. het bouwwerk uitsluitend ten dienste staat van een gebruiksfunctie als bedoeld in het tweede lid; c. voor het in gebruik nemen of gebruiken van het bouwwerk geen gebruiksmelding als bedoeld in artikel 1.18, eerste lid, of een vergunning voor brandveilig gebruik is vereist; d. voor het bouwwerk geen toepassing wordt gegeven aan artikel 1.3 in verband met een in hoofdstuk 2 uit het oogpunt van constructieve veiligheid of bouwveiligheid gegeven voorschrift; en e. voor het in werking hebben van de inrichting of het mijnbouwwerk waartoe het bouwwerk behoort geen vergunning is vereist als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, onder e, van de Wabo. 2. De gebruiksfunctie, bedoeld in het eerste lid, onder b, is: a. een niet in een woongebouw gelegen grondgebonden woonfunctie, niet zijnde een woonfunctie voor zorg of een woonfunctie voor kamergewijze verhuur, en nevenfuncties daarvan; b. een woonfunctie en nevenfuncties daarvan, voor zover het bouwwerk een drijvend bouwwerk betreft; c. een niet in een logiesgebouw gelegen grondgebonden logiesfunctie; d. een industrie functie en nevenfuncties daarvan, voor zover het bouwwerk uit niet meer dan twee bouwlagen bestaat; of e. een bovengronds gelegen bouwwerk geen gebouw zijnde dat niet hoger is dan 20 meter en dat, voor zover het een bouwwerk ten behoeve van een infrastructurele voorziening betreft, bestemd is voor langzaam verkeer. 3. Het eerste lid is van overeenkomstige toepassing op een geheel of gedeeltelijk te vernieuwen of te veranderen of een te vergroten bouwwerk.

253 Zie over deze term par. 2.1.1.

- kwaliteitsborger: dit is de natuurlijk persoon of rechtspersoon die met toestemming van de instrumentaanbieder een toegelaten instrument voor kwaliteitsborging toepast.

5.5.1.3 Private kwaliteitsborging en de beginselen van goed toezicht

Ook de private kwaliteitsborging zoals voorzien in de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen laat zich beoordelen aan de hand van de beginselen voor goed toezicht.

1) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat er een positief effect uitgaat van het toezicht op de naleving van voorschriften.

In het algemeen kan gesteld worden dat onder het wetsvoorstel kwaliteitsborging voor het bouwen een regulering van het private toezicht plaatsvindt, die ten aanzien van het publieke toezicht nooit heeft plaatsgevonden. Specifieke bepalingen over bijvoorbeeld de risicogestuurdheid van het toezicht, of over de deskundigheid waarmee het toezicht moet worden uitgevoerd, bestaan niet in het publiekrechtelijke kader van publiek toezicht.

Het wetsvoorstel kwaliteitsborging voor het bouwen biedt derhalve de mogelijkheid om allerlei beginselen van goed toezicht toe te passen, zodat een positief effect op de effectiviteit van het toezicht verwacht kan worden.

2) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat dit toezicht in onafhankelijkheid wordt uitgevoerd.

In art. 1.38 van het ontwerpbesluit is ten aanzien van de onafhankelijkheid van de kwaliteitsborger het volgende bepaald:

1. Een instrument voor kwaliteitsborging schrijft voor dat de kwaliteitsborging uitsluitend uitgevoerd wordt door een kwaliteitsborger die niet organisatorisch, financieel of juridisch betrokken is bij het betreffende bouwproject, tenzij deze betrokkenheid uitsluitend voortvloeit uit de overeenkomst tot het uitvoeren van de kwaliteitsborging.
2. Bij ministeriële regeling kunnen nadere regels worden gesteld over het in het eerste lid bepaalde.

Voorts is relevant dat in art. 1.37 is bepaald dat gebruik van het instrument niet mogelijk is indien de kwaliteitsborger in surséance van betaling verkeerd of failliet is verklaard. In dergelijke situaties kunnen er wellicht ook andere dan inhoudelijke motieven meespelen in de beoordeling door de kwaliteitsborger. Voor de onafhankelijkheid van de kwaliteitsborger ten opzichte van de participanten in het bouwproces lijkt hiermee een afdoende regeling te zijn getroffen.

De onafhankelijkheid van de toezichthouder lijkt met bovenstaande bepaling afdoende onder ogen gezien door de wetgever. Ook bij een toezichthouder die niet organisatorisch, financieel of juridisch betrokken is, kunnen echter in de sfeer van

de onafhankelijkheid van het toezicht problemen rijzen.²⁵⁴ Voor de private toezichthouder is er immers een commercieel belang gemoeid is met de opdracht. Een private toezichthouder zal immers niet graag zijn opdrachtgever verliezen en denkbaar is dat dit mee zal spelen in de beoordeling die de private toezichthouder uitvoert.

In hoeverre het hierboven beschreven effect van de commerciële relatie tussen de private toezichthouder en zijn opdrachtgever op de beoordeling door de private toezichthouder zich daadwerkelijk voor zullen doen, is moeilijk in te schatten.²⁵⁵ Maar het risico is aanwezig en wordt breed onderkend in de literatuur en daarnaast ook in ander verband, namelijk in het kader van de verhouding tussen certificering en publiek toezicht, door de minister van Economische Zaken:

Ook kunnen CI's soms terughoudend zijn in het nemen van maatregelen of sancties wanneer bedrijven de certificatie-eisen niet of onvoldoende naleven. Als mogelijke achtergrond hierbij wijzen de inspectiediensten erop dat CI's commerciële partijen zijn: een CI wordt door een certificaathouder betaald voor het verkrijgen van het certificaat.²⁵⁶

Een stelsel van privaat toezicht op publiekrechtelijke normen zal voldoende waarborgen moeten kennen om dergelijke ongewenste effecten tegen te gaan. In de literatuur zijn in dit verband onder meer genoemd het creëren van waarborgen in de overeenkomst tussen de toezichthouder en zijn opdrachtgever, een sterke aansprakelijkheidsprijkkel voor de toezichthouder en een sterke vorm van tweedelijnstoezicht.²⁵⁷ Dit tweedelijnstoezicht wordt in het wetsvoorstel gehouden door de instrumentaanbieder en de toelatingsorganisatie.

Met betrekking tot de onafhankelijkheid van de instrumentaanbieder doet zich echter een probleem voor. Het IBR heeft in 2016 in een rondetafelgesprek bij de Tweede Kamer aan de orde gesteld dat ook een instrumentaanbieder belangen kan hebben bij het al dan niet goedgekeurd worden van een bouwwerk.²⁵⁸ Dit doet zich bijvoorbeeld voor als de instrumentaanbieder ook een waarborgende instelling is die door middel van een garantie- en waarborgregeling betrokken is bij het betreffende bouwproject.²⁵⁹ Een garantie- en waarborgregeling bestaat in het algemeen uit twee onderdelen:

254 Vgl. Chao-Duivis & Strang 2013, par. 2.2.3 waar wordt verwezen naar Van Erp & Verberk 2003, p. 17-20, Evers 2002, p. 107-108, Baarsma e.a. 2003, p. 114, Gabriel-Breukers 2008, p. 153, 170-171, Van der Heijden 2009, p. 74, 96-97, 101-102, 119-120, Peeters, Neerhof en De Boer 2008, p. 72, Neerhof 2011, p. 309.

255 Neerhof 2011, p. 309.

256 *Kamerstukken II* 2014/15, 29 304, nr. 5, p. 2.

257 Chao-Duivis & Strang 2013, par. 2.2.3

258 IBR 2016, p. 1.

259 Deze mogelijkheid wordt expliciet genoemd in de Memorie van Toelichting. *Kamerstukken II* 2015/16, 34 453, nr. 3, p. 15.

- Een gebrekenwaarborg of herstelwaarborg.²⁶⁰ Deze waarborg houdt – kort gezegd - in dat de waarborgende instelling de garantie verleent dat de woning voldoet aan de toepasselijke eisen voor nieuwbouw conform het Bouwbesluit en de eisen van goed en deugdelijk werk. In het kader van deze waarborg heeft de waarborgende instelling belang bij een kritisch oordeel van de kwaliteitsborger. Hoe hoger de kwaliteit immers, hoe kleiner de kans dat de herstelwaarborg zal worden ingeroepen.
- Een insolventiewaarborg of afbouwwaarborg.²⁶¹ Deze waarborg houdt in dat bij insolventie van de ondernemer de waarborgende instelling aan de verkrijger van de woning (een deel van) de aanneemsom . Omdat de financiële stabiliteit van een ondernemer afhankelijk kan zijn van de voortgang in een bepaald project, kan de waarborgende instelling er belang bij hebben dat het oordeel van de kwaliteitsborger positief uitvalt en vertraging achterwege blijft.

Bij het ten aanzien van de insolventiewaarborg beschreven risico ontstaat er een probleem. Aangezien de kwaliteitsborger afhankelijk is van de instrumentaanbieder voor de toestemming tot gebruik van het instrument, bestaat hier het risico van oneigenlijke beïnvloeding.²⁶² Hiervan uitgaande zou op basis van de regeling in het wetsvoorstel en het ontwerpbesluit belangenverstrengeling op kunnen treden.

3) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat de toezichthouder over voldoende deskundigheid beschikt.

Ten aanzien van de deskundigheid is in art. 1.39 ontwerpbesluit kwaliteitsborging voor het bouwen bepaald dat een instrument regels dient te bevatten betreffende het kennis- en opleidingsniveau en de genoten ervaring met betrekking tot een groot aantal deelgebieden van de kwaliteitsborging. Of dit daadwerkelijk een voldoende deskundigheidsniveau oplevert is op basis van art. 1.39 ontwerpbesluit niet vast te stellen. Wellicht worden in de ministeriële regeling nadere eisen gesteld aan het deskundigheidsniveau.

4) Goed toezicht op het bouwproces vereist niet alleen toezicht op productniveau, maar ook op systeem- en procesniveau.

Hierover is niets specifiek bepaald in de wet kwaliteitsborging voor het bouwen of het ontwerpbesluit. Dit zal in de lagere regelgeving aan de hand waarvan de instrumenten getoetst zullen worden verder moeten worden vastgelegd.

260 Zie onderdeel C2-C6 van de Criteria Keurmerk Stichting GarantieWoning.

261 Zie onderdeel C1 van de Criteria Keurmerk Stichting GarantieWoning.

262 Ik beschrijf hier alleen de mogelijkheid op basis van motieven die voort kunnen vloeien uit de juridische constellatie die ontstaat wanneer de rol van waarborgende instelling en de instrumentaanbieder door een en dezelfde organisatie worden vervuld. Hiermee is nadrukkelijk niet beoogd te betogen dat waarborgende instellingen ook daadwerkelijk op deze manier zullen handelen in een toekomstig stelsel van kwaliteitsborging.

5) *Goed toezicht op het bouwproces vereist dat de toezichthouder over voldoende bevoegdheden beschikt om relevante informatie te verzamelen en indien nodig adequaat te interveniëren.*

De mogelijkheid tot interventie bestaat eruit een verklaring tot goedkeuring te onthouden. Zonder een dergelijke verklaring is ingebruikname van het bouwwerk in beginsel niet mogelijk.²⁶³

6) *Goed toezicht op het bouwproces vereist dat de toezichthouder over voldoende tijd en middelen beschikt om het toezicht op zorgvuldige wijze te doen plaatsvinden.*

De te besteden tijd en middelen kunnen beschreven worden in het door de kwaliteitsborger op te stellen borgingsplan.²⁶⁴ De beschikbare tijd en middelen kunnen wel een kwetsbaar element zijn in een systeem van privaat toezicht. Een private toezichthouder zal zijn diensten in concurrentie met andere private toezichthouders aanbieden. Een van de elementen waarop deze concurrerende toezichthouders zich kunnen onderscheiden is de prijs waarvoor zij hun werkzaamheden aanbieden. Wanneer er druk staat op de prijs, is het denkbaar dat er concessies worden gedaan aan de tijd en middelen die worden besteed aan de beoordeling en daarmee aan de zorgvuldigheid van de beoordeling. Voor een dergelijke gang van zaken wordt niet alleen in de literatuur²⁶⁵ gewaarschuwd. Ook de minister van Economische Zaken wijst in een Kamerbrief over de relatie tussen certificering en overheidstoezicht op dit mechanisme:

Daarnaast leiden ook economische omstandigheden ertoe dat er druk is op de CI's om zo goedkoop mogelijk te werken, waardoor de kwaliteit van controles onder druk kan komen te staan.²⁶⁶

In de lagere regelgeving betreffende het systeem van kwaliteitsborging zal derhalve een voldoende waarborg moeten worden gecreëerd om dit mogelijke effect tegen te gaan.

7) *Goed toezicht op het bouwproces vereist dat het toezicht risicogestuurd plaatsvindt.*

Ook dit element zal terugkomen in het borgingsplan, zo blijkt uit art. 1.36 ontwerpbesluit.

263 Zie art. 1.52 lid 3 ontwerpbesluit.

264 Zie over dit plan art. 1.36 ontwerpbesluit.

265 Vgl. Chao-Duivis & Strang 2013, par. 2.2.3 waar wordt verwezen naar Van Erp & Verberk 2003, p. 17-20, Evers 2002, p. 107-108, Baarsma e.a. 2003, p. 114, Gabriel-Breukers 2008, p. 153, 170-171, Van der Heijden 2009, p. 74, 96-97, 101-102, 119-120, Peeters, Neerhof en De Boer 2008, p. 72, Neerhof 2011, p. 309.

266 *Kamerstukken II* 2014/15, 29 304, nr. 5, p. 2.

8) *Goed toezicht op het bouwproces vereist dat het toezicht met voldoende intensiteit wordt uitgevoerd.*

De mate van intensiteit is onder meer afhankelijk van de risicobeoordeling en van het type instrument en gevolgklasse en zal derhalve terug dienen te komen in het borgingsplan.²⁶⁷

9) *Goed toezicht op het bouwproces vereist dat er adequaat wordt geïnterveneerd wanneer er de beoordeelde partij de betreffende normen niet naleeft.*

Bij beginsel 5 bleek dat er een afdoende mogelijkheid tot interventie bestaat.

10) *Goed toezicht op het bouwproces vereist dat, wanneer er meerdere toezichthouders zijn, deze samenwerken teneinde hun toezichtsactiviteiten onderling af te stemmen.*

Het wetsvoorstel kwaliteitsborging voor het bouwen gaat uit van één kwaliteitsborger. Dit beginsel is derhalve niet aan de orde.

11) *Goed toezicht op het bouwproces vereist dat de toezichthouder verantwoording aflegt aan zijn hiërarchisch bovengeschikte partij.*

In art. 1.41 van het ontwerpbesluit is een regeling opgenomen met betrekking tot de informatieverstrekking van de kwaliteitsborger aan de instrumentaanbieder:

1. Een instrument voor kwaliteitsborging schrijft voor dat de kwaliteitsborger ten minste de volgende gegevens verstrekt aan de instrumentaanbieder: a. bedrijfsnaam en plaats van vestiging en het nummer waaronder de kwaliteitsborger geregistreerd is bij de Kamer van Koophandel; b. gegevens waaruit blijkt dat de kwaliteitsborger voldoet aan de eisen, bedoeld in de artikelen 1.36 tot en met 1.40; c. gegevens met betrekking tot de bouwprojecten waarvoor de kwaliteitsborger het instrument toepast; d. gegevens met betrekking tot de afronding van de kwaliteitsborging.
2. Het instrument voor kwaliteitsborging beschrijft op welke momenten de in het eerste lid bedoelde gegevens dienen te worden verstrekt.

De door de kwaliteitsborger verstrekte informatie kan de instrumentaanbieder vervolgens gebruiken om op grond van art. 1.43 ontwerpbesluit onderzoek te doen naar toepassing van het instrument.

267 In art. 1.36 ontwerpbesluit wordt gesproken over de aard en omvang van de kwaliteitsborging en de wijze waarop de kwaliteitsborging plaats zal vinden.

12) Goed toezicht op het bouwproces vereist dat de toezichthouder aansprakelijk gesteld kan worden indien er als gevolg van gebrekkig toezicht schade ontstaat en dat aansprakelijkheid eerder aan de orde is bij wetenschap van niet-naleving.

Met betrekking tot de aansprakelijkheid van de kwaliteitsborger is niets geregeld in het wetsvoorstel kwaliteitsborging voor het bouwen. De aansprakelijkheid zal daarom op grond van de algemene regels van het BW moeten worden beoordeeld. De prikkels die voortvloeien uit de mogelijkheid van aansprakelijkheid van de kwaliteitsborger kunnen mogelijk (mede) voorkomen dat de kwaliteitsborger zich bij zijn beoordeling te veel zal laten leiden door commerciële overwegingen.

Conclusie

Uit het bovenstaande volgt dat bij het wetsvoorstel kwaliteitsborging twee belangrijke kanttekeningen geplaatst kunnen worden. De eerste zwakke plek in het wetsvoorstel, betreft de onafhankelijkheid van de instrumentaanbieder. Voorts is van belang dat in de lagere regelgeving waaraan instrumenten worden getoetst, wordt voorzien in waarborgen tegen mogelijke nadelige effecten van de commerciële relatie tussen de kwaliteitsborger en zijn opdrachtgever op de kwaliteit van het toezicht.

5.5.2 De aansprakelijkheid van de private toezichthouder jegens de vergunninghouder

Er zijn evenals bij het gemeentelijk bouwtoezicht twee situaties denkbaar waarin aansprakelijkheid van de private toezichthouder jegens de vergunninghouder aan de orde kan zijn. De eerste situatie is die waarin een private toezichthouder, naar achteraf blijkt ten onrechte, een bouwwerk niet goedkeurt, waardoor de vergunninghouder schade lijdt. In de tweede situatie heeft de private toezichthouder niet opgemerkt dat het bouwplan of het bouwwerk strijdig is met het Bouwbesluit, waardoor schade ontstaat bij de vergunningaanvrager/-houder.

5.5.2.1 Het niet goedkeuren van een ontwerp/bouwwerk

De rechtsverhouding tussen de private toezichthouder en de vergunninghouder wordt beheerst door de contractuele voorwaarden van de overeenkomst van opdracht die zij hebben gesloten. Aansprakelijkheid kan, wanneer op basis van de DNR 2011 of soortgelijke voorwaarden wordt gecontracteerd, aan de orde zijn, wanneer de private toezichthouder de opdracht niet goed en zorgvuldig heeft uitgevoerd.²⁶⁸ In situaties waarin dit laatste evident het geval is, is aansprakelijkheid van de toezichthouder niet bezwaarlijk. Enige terughoudendheid bij het al te snel aansprakelijk houden van de toezichthouder is echter wel geboden. Wanneer de

268 Vergelijk art. 11 lid 2 DNR 2011: 'De adviseur is gehouden de opdracht goed en zorgvuldig uit te voeren, ...'.

contractuele voorwaarden zodanig zijn opgesteld²⁶⁹, dat de vergunninghouder de private toezichthouder zeer snel aansprakelijk kan houden voor schade als bedoeld in deze paragraaf, kan dat namelijk tot gevolg hebben dat private toezichthouders terughoudend zullen zijn in het negatief beoordelen van bouwplannen en bouwwerken. Er kan dan ‘defensief gedrag’ ontstaan waardoor de toezichthouder zich meer gaat richten op het vermijden van schadeclaims dan op de uitvoering van hun werkzaamheden.²⁷⁰ Dit zou nadelige gevolgen kunnen hebben voor de veiligheid van personen en andere door het bouwtoezicht beschermde belangen.²⁷¹

Geconcludeerd kan worden dat bij de inrichting van een stelsel van privaat toezicht van belang is dat de toezichthouders voldoende onafhankelijk (een in par. 3.7.2 genoemde vereiste voor goed toezicht) van hun opdrachtgevers kunnen opereren en dat de overeenkomsten die ten grondslag liggen aan de beoordelingen niet zodanig zijn opgesteld dat de toezichthouders onder aansprakelijkheidsrechtelijke druk kunnen worden gezet om een bouwplan of bouwwerk goed te keuren.

5.5.2.2 Het niet opmerken van fouten in een ontwerp/bouwwerk waardoor niet voldaan wordt aan de voorschriften van het Bouwbesluit

Een tweede situatie waarin de toezichthouder mogelijk aansprakelijk kan zijn jegens de opdrachtgever is die waarin de toezichthouder niet heeft opgemerkt dat een bouwplan of bouwwerk strijdigheden met het Bouwbesluit bevat. Ook in deze situatie wordt uiteraard het beoordelingskader van de aansprakelijkheid van de toezichthouder gevormd door de overeenkomst die deze heeft gesloten met zijn opdrachtgever, de vergunninghouder.

Indien de private toezichthouder in strijd met de overeenkomst een onzorgvuldige beoordeling heeft uitgevoerd, waardoor een bouwwerk gerealiseerd wordt dat niet blijkt te voldoen aan de voorschriften van het Bouwbesluit, dan zal de private toezichthouder daarvoor in beginsel aansprakelijk zijn. Er is dan immers sprake van een tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst als gevolg waarvan schade is geleden.

269 Van Dam 2006, p. 154, noemt onder verwijzing naar onder meer Giesen 2005, p. 156-157, als bepalende factoren ‘een te strenge aansprakelijkheidsnorm (en een aldus zeer grote kans op aansprakelijkheid), een te hoog bedrag aan schadevergoeding en het ontbreken van een redelijke verzekeringsdekking’.

270 Van Dam 2006, p. 154.

271 Het effect van defensief gedrag is echter lastig te onderbouwen. Zie Trebus & Van Dijk 2014, p. 105-106 waar naar aanleiding van een empirisch onderzoek bij de AFM geconcludeerd wordt dat het effect daar niet aanwezig is. Als mogelijke verklaringen geven Trebus & Van Dijk de juridische kennis bij medewerkers van de AFM, de informatievoorziening vanuit de AFM of de omstandigheid dat aansprakelijkheid niet of nauwelijks wordt aangenomen. Ook de visie van de werknemers binnen de AFM, die zich volgens de respondenten idealistisch opstellen en zich met name inzetten ten dienste van de consument kan hierin een grote rol spelen.

Eigen schuld van de vergunningaanvrager/-houder

In paragraaf 5.4.1 bleek dat indien de gemeente op het gebied van het bouwtoezicht fouten heeft gemaakt en daardoor strijdigheden met het Bouwbesluit niet heeft ontdekt, dit niet of slechts in uitzonderingsgevallen tot een aanspraak van de vergunninghouder op de gemeente zal leiden. De redenering is dan immers dat het bouwtoezicht niet als doel en strekking heeft om de vergunninghouder/-aanvrager te beschermen, die heeft immers een eigen verantwoordelijkheid op dit gebied, maar om derden of algemene belangen te beschermen. Het relativiteitsvereiste staat er daarom aan in de weg dat de gemeente aansprakelijk wordt gehouden jegens de vergunninghouder. Kan de eigen verantwoordelijkheid van de vergunninghouder op een soortgelijke wijze aan de aansprakelijkheid van de private toezichthouder in de weg staan? Aangezien het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW geen rol speelt in de contractuele relatie tussen vergunninghouder en private toezichthouder, zou de eigen schuld (art. 6:101 BW) van de vergunninghouder hier de juridische grondslag moeten zijn voor een soortgelijk beroep op de eigen verantwoordelijkheid van de vergunninghouder.

Bij de beantwoording van de vraag of de toepassing van de eigen schuld bepaling inderdaad tot gevolg kan hebben dat de kwaliteitsborger niet kan worden aangesproken door zijn opdrachtgever, dient voorop gesteld te worden dat de eigen schuld in een contractuele verhouding een andere kleur krijgt dan buiten het contractenrecht, omdat de partijen bij een overeenkomst zich hebben verplicht tot bepaalde gedragingen waar zij zonder die overeenkomst niet verplicht toe zouden zijn.²⁷² Tot welk gedrag de crediteur in geval van een tekortkoming van de debiteur gehouden is, is sterk afhankelijk van de inhoud en strekking van de overeenkomst.²⁷³ Heeft die overeenkomst de inhoud en strekking dat de ene contractspartij de andere moet controleren, dan is dat relevant voor de mate waarin sprake kan zijn van eigen schuld als bedoeld in art. 6:101 BW.

In dit verband kan gewezen worden op het arrest van de Hoge Raad 'Ove Skou'.²⁷⁴ In dat arrest was het volgende aan de orde. Een rederij had een bewakingsbedrijf ingeschakeld om een schip te beveiligen en had voorts een eigen dekwacht ingeschakeld. Door nalatigheid van het bewakingsbedrijf, en omdat de dekwacht gedurende een bepaalde periode binnen zat en niet buiten op het dek was, vond een diefstal plaats. Het Hof kwam tot het oordeel dat de rederij ook eigen schuld trof en dat de schade daarom deels voor rekening van de rederij moest blijven. De Hoge Raad oordeelde echter dat het aan de rederij in haar verhouding tot het bewakingsbedrijf niet kon worden toegerekend dat de maatregelen van de rederij zelf niet het bedoelde effect hebben gehad. In zijn conclusie stelt procureur-generaal Langemeijer onder meer:

272 Keirse 2003, p. 148, Jansen 2006, p. 202.

273 Ibid.

274 HR 2 februari 1962, *NJ* 1964, 329.

‘Wanneer iemand zichzelf kent als buitengewoon verstrooid en hij komt uitdrukkelijk met het oog daarop overeen, dat een bewakingsdienst op bepaalde tijden zal controleren, of zijn huisdeur gesloten is en de bewakingsdienst doet dit niet op de afgesproken tijd, waarna een dief het huis binnendringt, dan volgt toch uit de strekking van die overeenkomst dat het voor de bewakingsdienst geen verweer kan opleveren dat een voorzichtig mens niet vergeet zijn huisdeur te sluiten.’

Bij een overeenkomst waarin iemand die een bouwplan heeft opgesteld of heeft laten opstellen, dan wel een bouwplan gaat uitvoeren, aan een toezichthouder vraagt om te controleren of hij bij het opstellen of uitvoeren van het bouwplan niet in strijd met het Bouwbesluit heeft gehandeld, is een soortgelijke situatie aan de orde. De strekking van de overeenkomst is dan immers om eventuele fouten te laten ontdekken door de private toezichthouder, waardoor die toezichthouder in beginsel niet het verweer kan voeren dat zijn wederpartij de fout zelf heeft gemaakt.

Een andere conclusie lijkt alleen mogelijk indien de vergunningaanvrager/-houder bewust heeft ontworpen of gebouwd in strijd met het Bouwbesluit en de private toezichthouder hier bewust niet over heeft ingelicht.²⁷⁵ Is dat namelijk het geval, dan handelt de vergunningaanvrager/-houder zelf in strijd met doel en strekking van de overeenkomst, waardoor de eigen schuld wel in beeld komt.

5.5.3 De aansprakelijkheid van de private toezichthouder jegens derden

Handelen dat plaatsvindt in het kader van een overeenkomst kan niet alleen wanprestatie opleveren jegens de wederpartij, maar ook een onrechtmatige daad jegens derden, die geen partij zijn bij de overeenkomst. Daarvoor is vereist dat sprake is van een onrechtmatige daad, toerekenbaarheid, schade, causaal verband tussen onrechtmatige daad en schade en relativiteit. In paragraaf 5.4.4.1 bleek dat voornamelijk de onrechtmatigheid en de relativiteit aan aansprakelijkheid in de weg kunnen staan. Hier zal dan ook op deze twee vereisten nader worden ingegaan.

275 Vgl. wat Verbruggen 2013, par. 4 opmerkt over het mogelijk in beeld komen van art. 6:101 BW. Hij ziet daartoe (voor zover de certificatie-instelling iets te verwijten valt) aanleiding bij het verstrekken van onjuiste informatie of het achterhouden van informatie door een aanvrager aan een certificatie-instelling. Zie ook de conclusie van Langemeijer bij het arrest Ove Skou: ‘Nu zal weliswaar uiterst zelden voorkomen dat de duidelijke strekking van een overeenkomst is dat de ene partij de andere zal beschermen tegen de gevolgen van zijn persoonlijke onvoorzichtigheden, maar het kwam mij toch van belang voor vast te stellen dat een dergelijke strekking van een overeenkomst in beginsel alleszins bestaanbaar is, minst genomen voorzover niet opzet of grove onvoorzichtigheid van de crediteur in het spel is.’

Onrechtmatigheid

In paragraaf 5.4.4.1.1 bleek dat er verschillende gezichtspunten worden gehanteerd bij de invulling van de zorgvuldigheidsnorm 'behoorlijk en zorgvuldig toezicht' in het kader van de aansprakelijkheid van overheidstoezichthouders.

De daar genoemde gezichtspunten zijn: de wettelijke taken en bevoegdheden die de toezichthouder heeft gekregen, de aard en het doel van het toezicht, de beoordelings- en beleidsvrijheid van de toezichthouder, de beginselplicht tot handhaving, de Kelderluikcriteria (de aard en omvang van de schade, de voorzienbaarheid van het intreden van de schade, de aard van de gedraging van de toezichthouder en de bezwaarlijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen), de effectiviteit van de genomen maatregelen, het voldoen aan de onderzoeksplicht, het toezichthoudersdilemma, de mate waarin de toezichthouder kennis heeft van concrete normschendingen, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de verplichtingen die voortvloeien uit het EVRM.

Een aantal van deze gezichtspunten geeft een ander beeld bij toezicht door een private partij. Privaat toezicht is geen wettelijke taak, in de zin dat het bij wet als taak is opgelegd aan een specifieke instantie. Het staat iedere onderneming vrij om wel of geen privaat bouwtoezicht als vervanging van overheidstoezicht aan te bieden.

Het is goed voorstelbaar dat de rechter bij de beoordeling van de eventuele aansprakelijkheid van de private toezichthouder jegens derden onder meer als uitgangspunt neemt of de toezichthouder de in de regelgeving over private kwaliteitsborging neergelegde regels heeft nageleefd.²⁷⁶

De bevoegdheden van de toezichthouders berusten in beginsel op de overeenkomst die gesloten is met de vergunninghouder, hetgeen anders is dan in een publiekrechtelijke rechtsverhouding. Aard en doel van het toezicht zullen naar verwachting niet wezenlijk verschillen bij privaat toezicht ten opzichte van publiek toezicht. De beoordelings- en beleidsvrijheid van de toezichthouder zal, voor zover daar al over gesproken kan worden bij private toezichthouders, echter wel een andere kleur krijgen. Die vrijheid bestaat immers, omdat de rechter niet op de stoel van het bestuur wil gaan zitten en wil gaan bepalen hoe de middelen

276 Ten aanzien van de aansprakelijkheid van de accountant jegens derden overwoog de Hoge Raad in het arrest HR 13 oktober 2006, ELI:NL:HR:2006:AW2080, *NJ* 2008, 528. als volgt:

'5.4.2 Bij de beantwoording van de vraag of de externe controlerende accountant heeft gehandeld in overeenstemming met de van hem in het concrete geval te vergen mate van zorg, komt het - met inachtneming van hetgeen hiervoor is vooropgesteld - aan op een beoordeling van alle omstandigheden van het geval.

Daarbij zal moeten worden onderzocht of en in hoeverre in nationale of Europese regelgeving neergelegde (dwingende) voorschriften omtrent de vervulling van die taak - zoals in het onderhavige geval ten aanzien van de financiële verslaglegging van levensverzekeringsmaatschappijen - zijn nageleefd. (...)

die het bestuur ter beschikking staan ingezet dienen te worden. Het lijkt voor de hand te liggen dat deze vrijheid kleiner is in geval van privaat toezicht, omdat de private toezichthouder op commerciële wijze betaald wordt voor zijn werkzaamheden en er dus minder ruimte is voor beleidskeuzes om middelen of personeel ergens anders in te zetten. De wijze waarop middelen en personeel worden ingezet is bovendien sterker gereguleerd in de instrumenten die gehanteerd zullen gaan worden om de bouwkwaliteit te borgen.²⁷⁷ Er is met andere woorden een directere koppeling tussen het concrete bouwproject en de middelen die daarvoor gebruikt kunnen worden. Voorts is een belangrijk verschil dat een gemeente eenvoudiger een controle achterwege kon laten, omdat een gemeente geen verklaring van goedkeuring hoefde af te geven bij de realisatie van een gebouw. Van een private toezichthouder zal een dergelijke positieve verklaring mogelijk wel gevraagd worden, waardoor een extra prikkel zou moeten ontstaan om ook daadwerkelijk alle benodigde controles uit te voeren om een voldoende mate van zekerheid te bereiken dat de eisen van het Bouwbesluit zijn nageleefd. In die zin zou dus ook meer nadruk kunnen komen liggen op het voldoen aan de onderzoeksplicht. De Kelderluikcriteria, de effectiviteit van ingrijpen, het toezichthoudersdilemma en de mate waarin de toezichthouder kennis heeft van concrete normschendingen zijn gezichtspunten die geen wezenlijk andere invulling krijgen bij toezicht door een private toezichthouder. Dit geldt wel voor de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de verplichtingen die voortvloeien uit het EVRM. Die beginselen en verplichtingen gelden immers alleen maar voor de overheid en niet voor private partijen.

Een vergelijking met de aansprakelijkheid van certificatie-instellingen kan wellicht meer licht werpen op de mogelijke aansprakelijkheid van private kwaliteitsborgers jegens derden. In dit verband is het arrest van de Hoge Raad over de aansprakelijkheid in het kader van de verlening van een certificaat door de Nederlandse Algemene Kwaliteitsdienst Tuinbouw (NAK) van belang.²⁷⁸ NAK had een

277 Vgl HR 29 juni 2006, ECLI:NL:HR:2007:BA0895, r.o. 3.5: ‘(...) Voorts klaagt het onderdeel dat het hof met zijn oordeel in rov. 7 dat geen redelijke mate van zekerheid kan worden verkregen dat een partij waarin eenmaal een besmetting is geconstateerd verder vrij is van aardbeimijt, de beoordelingsvrijheid van NAK als keuringsinstantie miskend heeft. Deze klacht faalt. Uit het oordeel van het hof vloeit voort dat NAK als instantie die beslist over toekenning van certificaten die een hoger beschermingsniveau bieden dan de nationale en Europese wetgeving, behoort te keuren met inachtneming van de in het Certificeringsreglement vastgelegde strenge normen, en dat die normen een indeling van de onderhavige aardbeiplanten in de klassen EE en E niet toelieten. Dat oordeel van het hof geeft niet blijk van een onjuiste opvatting van de beoordelingsvrijheid van NAK. Het geeft ook niet anderszins blijk van een verkeerde rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk. Hierop stuiten ook de overige klachten van het onderdeel af.’

278 HR 29 juni 2006, ECLI:NL:HR:2007:BA0895. Zie hierover ook Verbruggen 2013, p. 5, die voorts verwijst naar HR 13 oktober 2006, NJ 2008/528 waarin de Hoge Raad ten aanzien van accountantscontroles als volgt overweegt:

certificaat verleend voor planten die niet geheel vrij bleken te zijn aardbeimijt. Het hof heeft in die zaak als volgt geoordeeld:

Daaruit leidt het hof af dat NAK, door de onderhavige partijen aardbeiplanten te classificeren als EE en E, heeft gehandeld in strijd met de artikelen 11 lid 5 en 12 lid 4 van haar Certificeringsreglement, en daarvoor jegens [verweerder] aansprakelijk is op grond van onrechtmatige daad, nu afnemers als [verweerder] moeten kunnen afgaan op de betrouwbaarheid van de door NAK afgegeven certificaten, in die zin dat de daaraan ten grondslag liggende keuringen conform de (strengere) eisen van het Certificeringsreglement worden uitgevoerd (rov. 8).

De tegen dit oordeel van het hof gerichte klachten worden door de Hoge Raad afgewezen.

De vergelijking met een derde die afgaat op de betrouwbaarheid van de beoordeling van een private kwaliteitsborger ligt voor de hand. Die private kwaliteitsborger voert toezichtsactiviteiten uit op basis procedures die vastgelegd zijn in een goedgekeurd instrument van kwaliteitsborging. Wordt de vergelijking verder doorgetrokken, dan moeten ook derden die belang hebben bij de private kwaliteitsborging af kunnen gaan op in ieder geval het volgen van de procedures die zijn vastgelegd in het toegepaste instrument van kwaliteitsborging.

‘5.4.1 Met betrekking tot de vereiste zorgvuldigheid wordt het volgende vooropgesteld.

De belangen die met een goede uitoefening van de taak van de externe controlerende accountant zijn gemoeid, zijn niet beperkt tot die van de rechtspersoon om wiens jaarrekening het gaat. In het maatschappelijk verkeer mogen derden verwachten dat de informatie zoals deze door, veelal wettelijk verplichte, openbaarmaking van de jaarrekening en een goedkeurende verklaring naar buiten komt, naar het onafhankelijk en objectief inzicht van de accountant een getrouw beeld geeft van het vermogen, het resultaat en de solvabiliteit en liquiditeit van de onderneming en dat de jaarrekening voldoet aan de vereisten die wet en (Europese) regelgeving stellen en in overeenstemming is met de normen en standaarden die te dier zake in deze beroepsgroep algemeen worden aanvaard. Ook derden moeten hun gedrag kunnen afstemmen op die informatie en bij het nemen of handhaven van hun (financiële) beslissingen kunnen vertrouwen dat het gepresenteerde beeld niet misleidend is. Aldus dient deze taakuitoefening van de accountant mede een wezenlijk publiek belang.

Het vorenstaande geldt in het bijzonder waar het gaat om de wettelijke controlerende taak ten aanzien van levensverzekeringsmaatschappijen. Dit betekent dat hoge eisen moeten worden gesteld aan de zorg die de externe controlerende accountant naar in het maatschappelijk verkeer geldende zorgvuldigheidsnormen moet betrachten bij zijn werkzaamheden ten aanzien van de jaarrekening van zo'n maatschappij.’

Het relativiteitsvereiste

In algemene zin kan worden opgemerkt dat met betrekking tot de relativiteitseis een belangrijk verschil bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van publieke en private bouwtoezichthouders is, dat het uitvoeren van privaat bouwtoezicht een eigen keuze is van de betreffende private instantie, terwijl het publieke bouwtoezicht een door de wetgever aan de overheid toebedeelde taak is. Verdedigbaar is dat het beschermingsbereik van het publieke bouwtoezicht, hierdoor veel sterker wordt gekleurd door de wetsgeschiedenis dan het beschermingsbereik van het private bouwtoezicht. Indien individuele vermogensbelangen hierdoor sneller onder het beschermingsbereik van de geschonden zorgvuldigheidsnorm worden geschaard, kan dit er toe leiden dat relativiteit minder snel aan aansprakelijkheid in de weg zal staan.

Voorts zullen wellicht (impliciete) rechtspolitieke overwegingen een minder grote rol spelen, nu het niet gaat om de aansprakelijkheid van een overheid, maar om de aansprakelijkheid van een marktpartij die zich op commerciële basis bezighoudt met het uitvoeren van bouwtoezicht. Het valt daarom niet uit te sluiten, mede door de kritische ontvangst van de rechtspraak in de literatuur, dat bij een verschuiving van publiek naar privaat bouwtoezicht ook een verschuiving in de rechtspraak zal plaatsvinden, waarbij sneller aansprakelijkheid zal worden aangenomen.

Voor een dergelijke verschuiving kan (met de nodige voorzichtigheid) mogelijk steun worden gevonden in de rechtspraak van de Hoge Raad. In het arrest *Duwbak Linda*²⁷⁹, was de verlening door de Staat van een op een wettelijke regeling gebaseerd certificaat aan de orde. De aansprakelijkheid van de Staat stuitte af op het relativiteitsvereiste. In een arrest over de certificering van planten die besmet bleken met aardbeimijt, was verlening van een certificaat door een private instantie aan de orde op grond van een reglement dat van andere normen uitging dan de vigerende wettelijke regelgeving.²⁸⁰

5.5.4 De aansprakelijkheid van de gemeente jegens de vergunninghouder bij private beoordeling

In paragraaf 5.4.1 bleek dat de gemeente niet of slechts in uitzonderingsgevallen aansprakelijk is jegens een vergunninghouder voor het niet opmerken van fouten in een bouwplan of een bouwwerk. De redenering daarbij is dat het toezicht niet de strekking heeft om de vergunninghouder te beschermen tegen door hemzelf gemaakte fouten (relativiteitsvereiste), omdat hij zelf een verantwoordelijkheid heeft voor naleving van het Bouwbesluit. Wanneer de vergunninghouder een nog grotere verantwoordelijkheid krijgt voor de naleving van het Bouwbesluit, door

279 HR 7 mei 2004, *NJ* 2006, 281, *Duwbak Linda*.

280 Al moet worden opgemerkt dat de relativiteit niet expliciet aan de orde kwam in dit arrest.

het zelf inschakelen van een private toezichthouder, ligt het voor de hand dat aansprakelijkheid van de gemeente eveneens af zal stuiten op het relativiteitsvereiste.

5.5.5 De aansprakelijkheid van de gemeente jegens derden bij private beoordeling

De taak van de gemeente krijgt, zoals uiteengezet in paragraaf 5.5.1 een ander karakter bij privatisering van het bouwtoezicht. Het wetsvoorstel is doordrongen van de gedachte dat marktpartijen een sterkere verantwoordelijkheid moeten krijgen op het gebied van bouwkwaliteit. Daartoe worden onder meer toezichttaken van de gemeente overgeheveld naar private kwaliteitsborgers.

De Haan en Moesker stellen echter dat als gevolg van de aan de gemeente te verstrekken risicobeoordeling de lat voor aansprakelijkheid van de gemeente lager komt te liggen.²⁸¹ Zij voeren daartoe aan dat aan de gemeente een risicobeoordeling wordt verstrekt bij de vergunningaanvraag waar uit blijkt wat de belangrijkste risico's zijn bij de totstandkoming van het betreffende bouwwerk. Met een dergelijke risicobeoordeling kan de gemeente beter invulling geven aan zijn algemene handhavingsbevoegdheid op grond van art. 1b Woningwet. Onder bepaalde omstandigheden kan inderdaad denkbaar zijn dat als gevolg van het kennisnemen van een risicobeoordeling eerder sprake is van voor handhaving concrete wetenschap aan de kant van de gemeente en concreet toezichtsfalen eerder in beeld komt. Belangrijk lijkt echter dat de minister in het kader van de parlementaire behandeling heeft opgemerkt dat de gemeente niet het werk van de private kwaliteitsborger over hoeft te doen.²⁸² Het toezicht van de gemeente wordt derhalve beperkter uitgevoerd dan onder het huidige stelsel en het ligt derhalve gelet op de uitgangspunten van de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen in de rede dat aansprakelijkheid van de gemeente nog terughoudender zal worden benaderd in de rechtspraak.

5.6 CONCLUSIE EN BEANTWOORDING DEELVRAAG

In dit hoofdstuk stond de volgende deelvraag centraal:

Op welke wijze is het publiekrechtelijk bouwtoezicht op dit moment geregeld, hoe worden deze regelingen beoordeeld in rechtspraak en literatuur en in hoeverre is dit in overeenstemming met beginselen van goed bouwtoezicht?

Aansprakelijkheid voor publiekrechtelijk toezicht zal, indien dit wordt uitgevoerd door een publieke toezichthouder, niet op grond van een overeenkomst plaatsvinden, maar op grond van een wettelijke bevoegdheid. In het kader van de aansprakelijkheid voor toezicht betekent dat, dat deze in het geval van publieke toezichthouders een grondslag zal moeten vinden in de onrechtmatige daad.

281 De Haan & Moesker 2017, par. 9.3.

282 *Handelingen II* 2016/17, 54, item 11, p. 1 en 6.

Bovengenoemde wettelijke bevoegdheid houdt in dat het bevoegd gezag voor de realisatie van het bouwproject een beoordeling van het bouwplan uitvoert in het kader van de vergunningverlening en daarnaast de bevoegdheid heeft om toezicht te houden op het uitvoeringsproces.

Bij de aansprakelijkheid voor gebrekkige vergunningverlening kan onderscheid gemaakt worden tussen drie situaties.

1) De vergunning is vernietigd of ingetrokken en het fysieke bouwproces is reeds gestart.

De vergunninghouder lijdt schade, omdat hij al begonnen is met het bouwproces en naar later blijkt de vergunning aan dit bouwproces is komen te ontvallen. De lijn in de rechtspraak is in dat geval helder. De schade die de vergunninghouder als gevolg hiervan heeft geleden komt voor zijn eigen rekening. Dit ligt anders in het geval derde partijen schade hebben geleden als gevolg van het bouwen. Die partijen kunnen namelijk in beginsel wel het bevoegd gezag aanspreken tot vergoeding.

2) De vergunning is vernietigd of ingetrokken en het fysieke bouwproces is nog niet gestart.

In deze situatie heeft de vergunninghouder wel afgewacht of de vergunning onherroepelijk zou worden. Hierdoor heeft de vergunninghouder geen schade in de zin dat (een deel van) het werk weer moet worden afgebroken. De vergunninghouder valt in deze situatie niets te verwijten. Hij kan echter wel vertragingsschade lijden. Voor vergoeding van deze schade kan de vergunninghouder het bevoegd gezag aanspreken.

3) Een ten onrechte verleende vergunning is niet vernietigd of ingetrokken

In deze situatie zal de vergunning formele rechtskracht hebben verkregen, waardoor de rechtmatigheid van de vergunning in beginsel in rechte niet meer kan worden betwist. Een te strikte toepassing van de leer van de formele rechtskracht kan tot onbillijke uitkomsten leiden, met name wanneer partijen in een eerder stadium niet in staat waren om de vergunning bij de bestuursrechter aan te vechten.

Bij de aansprakelijkheid voor falend bouwtoezicht springen twee vereisten voor de onrechtmatige daad het meest in het oog: de zorgvuldigheidsnorm en het relativiteitsvereiste. Deze twee vereisten spelen in verschillende situaties een rol.

Indien het bevoegd gezag door de vergunninghouder wordt aangesproken voor het niet opmerken van fouten, dan zal deze aanspraak afstuiten op het relativiteitsvereiste. Het toezicht is immers niet bedoeld om de partij te beschermen die primair verantwoordelijk was voor de regelnaleving waar toezicht op wordt gehouden.

Indien het bevoegd gezag door een derde benadeelde wordt aangesproken zal in de eerste plaats moeten worden bepaald of de toezichthouder onzorgvuldig heeft gehandeld. Aan de hand van de omstandigheden van het geval, zullen de verschillende gezichtspunten van de zorgvuldigheidsnorm moeten worden gewogen. Daarnaast speelt het relativiteitsvereiste een belangrijke rol. Uit de rechtspraak blijkt dat ook bij claims van derde benadeelden het relativiteitsvereiste aan aansprakelijkheid in de weg kan staan. Bij deze strikte toepassing van het relativiteitsvereiste kunnen uit het oogpunt van goed toezicht vraagtekens geplaatst worden.

Tot slot zijn bij de uitvoering van publiekrechtelijk toezicht door private toezichthouders enkele bijzondere aandachtspunten van belang. Uit de in paragraaf 3.7.2 geformuleerde beginselen van goed toezicht vloeit onder meer voort dat voor toezicht onafhankelijke oordeelsvorming vereist is. Deze onafhankelijke oordeelsvorming kan onder druk komen te staan, wanneer de private toezichthouder gecontracteerd wordt door de partij op wie hij toezicht moet houden. Er bestaat dan niet alleen een toezichtrelatie maar ook een opdrachtrelatie tussen deze partijen. Commerciële prikkels kunnen ertoe leiden dat de private toezichthouder andere dan toezichtbelangen mee laat wegen. Daarnaast kunnen commerciële prikkels ertoe leiden dat het toezicht zo goedkoop en daardoor zo beperkt mogelijk wordt uitgevoerd.

Een ander punt van aandacht betreft de contractuele relatie tussen de private toezichthouder en zijn opdrachtgever. Indien die contractuele verhouding teveel ruimte biedt voor de opdrachtgever om de private toezichthouder aansprakelijk te stellen, dan vormt dit een bedreiging voor de onafhankelijkheid van het toezicht. In de wet zullen hier derhalve waarborgen voor moeten worden ingebouwd.

Conclusie en beantwoording onderzoeksvraag toezicht

In dit deel is het toezicht op het bouwproces onderzocht aan de hand van de volgende onderzoeksvraag:

Hoe moet de wijze waarop toezicht op het bouwproces wettelijk en contractueel is geregeld, worden beoordeeld aan de hand van maatstaven voor goed toezicht die afkomstig zijn uit het (bouw)management- en juridische domein?

Eerst werden enkele algemene kenmerken van toezicht benoemd, met als belangrijkste kenmerk de drie activiteiten waar toezicht uit bestaat:

1. het verzamelen van informatie;
2. het beoordelen van de verzamelde informatie;
3. het interveniëren indien de beoordeling daar aanleiding toe geeft.

Het onderscheid tussen deze deelactiviteiten is van belang, omdat de toezichthouder zich met de derde deelactiviteit veel actiever mengt in het primaire proces dan met de eerste twee deelactiviteiten.

Vervolgens is in hoofdstuk 3 aan de hand van onderzoeken uit verschillende disciplines een toetsingskader voor goed toezicht geformuleerd:

1. Goed toezicht op het bouwproces vereist dat er een positief effect uitgaat van het toezicht op de naleving van voorschriften.
2. Goed toezicht op het bouwproces vereist dat dit toezicht in onafhankelijkheid wordt uitgevoerd.
3. Goed toezicht op het bouwproces vereist dat de toezichthouder over voldoende deskundigheid beschikt.
4. Goed toezicht op het bouwproces vereist niet alleen toezicht op productniveau, maar ook op systeem- en procesniveau.
5. Goed toezicht op het bouwproces vereist dat de toezichthouder over voldoende bevoegdheden beschikt om relevante informatie te verzamelen en indien nodig adequaat te interveniëren.
6. Goed toezicht op het bouwproces vereist dat de toezichthouder over voldoende tijd en middelen beschikt om het toezicht op zorgvuldige wijze te doen plaatsvinden.

7. Goed toezicht op het bouwproces vereist dat het toezicht risicogestuurd plaatsvindt.
8. Goed toezicht op het bouwproces vereist dat het toezicht met voldoende intensiteit wordt uitgevoerd.
9. Goed toezicht op het bouwproces vereist dat er adequaat wordt geïntervenieerd wanneer er de beoordeelde partij de betreffende normen niet naleeft.
10. Goed toezicht op het bouwproces vereist dat, wanneer er meerdere toezichthouders zijn, deze samenwerken teneinde hun toezichtsactiviteiten onderling af te stemmen.
11. Goed toezicht op het bouwproces vereist dat de toezichthouder verantwoording aflegt aan zijn hiërarchisch bovengeschikte partij.
12. Goed toezicht op het bouwproces vereist dat de toezichthouder aansprakelijk gesteld kan worden indien er als gevolg van gebrekkig toezicht schade ontstaat en dat aansprakelijkheid eerder aan de orde is bij wetenschap van niet-naleving.

Bij de beoordeling van het privaatrechtelijke toezicht aan de hand van onder meer deze beginselen van goed toezicht, bleek dat op een aantal onderdelen de regelingen met betrekking tot privaatrechtelijk bouwtoezicht niet voldoen aan de beginselen van goed toezicht zoals geformuleerd in paragraaf 3.7. Dit geldt met name voor de gevolgen van het toezicht voor de aansprakelijkheid van de aannemer na oplevering. Problematisch in het kader van de beginselen van goed toezicht is dat het beginsel van aansprakelijkheid van de toezichthouder en het beginsel van de effectiviteit van het toezicht kunnen conflicteren. Indien degene op wie toezicht wordt gehouden immers aanspraak kan maken op een verschuiving van de aansprakelijkheid van hem naar de toezichthouder, dan zal hij minder geprikkeld worden om zijn werkzaamheden overeenkomstig de contractuele eisen uit te voeren en wordt het toezicht contraproductief.

Aan de hand van een causaliteitsperspectief, en met oog voor de vraag of het toezicht verplicht of onverplicht plaatsvond, kan een benadering worden gekozen die beter recht doet aan de beginselen van goed toezicht. Ik onderscheid de volgende vier situaties.

1) De toezichthouder laat na (op een onderdeel) tijdens de uitvoering toezicht te houden waardoor een gebrek niet door hem wordt opgemerkt.

Uitgaande van onverplichtheid van directietoezicht is er geen aan de opdrachtgever toe te rekenen omstandigheid, op grond waarvan de opdrachtgever aanspraken kan verliezen jegens de aannemer.

2) De toezichthouder houdt onverplicht toezicht maar merkt een gebrek niet op.

In deze situatie geldt dat de er wel onverplicht toezicht is gehouden (dit is niet nagelaten zoals in de vorige situatie), maar een gebrek is desondanks niet opgemerkt. In deze situatie zou de opdrachtgever geen aanspraken jegens de aannemer moeten

verliezen, tenzij de toezichthouder in de causale keten is getreden. Daarvan is sprake wanneer hij bij de aannemer een vertrouwen heeft gewekt dat de aannemer op de juiste wijze werkzaam was, dit vertrouwen gerechtvaardigd was en de aannemer op dit vertrouwen heeft voortgebouwd.

3) De toezichthouder houdt verplicht toezicht maar merkt een gebrek niet op.

In het geval de toezichthouder verplicht was om toezicht te houden, ontstaat een andere situatie dan hiervoor onder 2 beschreven. De verplichting om toezicht te houden bestaat namelijk jegens de aannemer, waardoor er een gedeelde verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van het werk ontstaat. In deze situatie kan de opdrachtgever aanspraken verliezen jegens de aannemer. Omdat hiermee de ratio van toezicht ondermijnd wordt, is het verstandig om in de overeenkomst te bepalen dat de opdrachtgever in beginsel geen aanspraken verliest als gevolg van het toezicht.

4) De toezichthouder geeft een aanwijzing aan de aannemer die een gebrek tot gevolg heeft

In deze situatie maakt de toezichthouder de primaire fout en kan de aannemer hoogstens een verwijt gemaakt worden wanneer deze zijn waarschuwingsplicht heeft geschonden. De opdrachtgever is derhalve in beginsel aansprakelijk jegens de aannemer.

Vervolgens is een voorstel gedaan tot een nieuwe formulering van de wettelijke bepaling over aansprakelijkheid na oplevering:

De aannemer is aansprakelijk voor tekortkomingen die bij de oplevering van het werk aanwezig zijn en welke aan hem zijn toe te rekenen.

De mogelijkheid van een beroep op art. 6:89 BW zal in enige mate afbreuk doen aan de aansprakelijkheid van de aannemer, maar het lijkt niet wenselijk voor de overeenkomst van aanneming van werk af te wijken van een in het algemene verbintenissenrecht verankerd leerstuk als de klachtplicht. Bovendien geldt nu ook al na oplevering dat art. 6:89 BW kan worden tegengeworpen aan de opdrachtgever die te lang gewacht heeft met klagen. Om een en ander duidelijk te maken voor partijen die de bepaling betreffende aansprakelijkheid na oplevering in de praktijk toe zouden moeten passen, zou ervoor kunnen worden gekozen om, evenals dat gedaan is bij de regeling van koop, de klachtplicht die voortvloeit uit art. 6:89 BW te herhalen in de bepaling over aansprakelijkheid van de aannemer na oplevering. Een dergelijke aanvulling kan dan voorts gebruikt worden om de onderzoeksplicht van consumenten te beperken en zou als volgt kunnen luiden:

De opdrachtgever kan na oplevering op een tekortkoming in het werk geen beroep meer doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de aannemer heeft geprotesteerd. Bij een

overeenkomst met een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf moet het protest binnen bekwame tijd na de ontdekking geschieden.

Vervolgens is aan de hand van de volgende deelvraag gekeken naar het publiekrechtelijke bouwtoezicht.

Op welke wijze is het publiekrechtelijk bouwtoezicht op dit moment geregeld, hoe worden deze regelingen beoordeeld in rechtspraak en literatuur en in hoeverre is dit in overeenstemming met beginselen van goed bouwtoezicht?

Aansprakelijkheid voor publiekrechtelijk toezicht zal, indien dit wordt uitgevoerd door een publieke toezichthouder, niet op grond van een overeenkomst plaatsvinden, maar op grond van een wettelijke bevoegdheid. In het kader van de aansprakelijkheid voor toezicht betekent dat, dat deze in het geval van publieke toezichthouders een grondslag zal moeten vinden in de onrechtmatige daad.

Bovengenoemde wettelijke bevoegdheid houdt in dat het bevoegd gezag voor de realisatie van het bouwproject een beoordeling van het bouwplan uitvoert in het kader van de vergunningverlening en daarnaast de bevoegdheid heeft om toezicht te houden op het uitvoeringsproces.

Bij de aansprakelijkheid voor gebrekkige vergunningverlening kan onderscheid gemaakt worden tussen drie situaties.

1) De vergunning is vernietigd of ingetrokken en het fysieke bouwproces is reeds gestart.

De vergunninghouder lijdt schade, omdat hij al begonnen is met het bouwproces en naar later blijkt de vergunning aan dit bouwproces is komen te ontvallen. De lijn in de rechtspraak is in dat geval helder. De schade die de vergunninghouder als gevolg hiervan heeft geleden komt voor zijn eigen rekening. Dit ligt anders in het geval derde partijen schade hebben geleden als gevolg van het bouwen. Die partijen kunnen namelijk in beginsel wel het bevoegd gezag aanspreken tot vergoeding.

2) De vergunning is vernietigd of ingetrokken en het fysieke bouwproces is nog niet gestart.

In deze situatie heeft de vergunninghouder wel afgewacht of de vergunning onherroepelijk zou worden. Hierdoor heeft de vergunninghouder geen schade in de zin dat (een deel van) het werk weer moet worden afgebroken. De vergunninghouder valt in deze situatie niets te verwijten. Hij kan echter wel vertragingsschade lijden. Voor vergoeding van deze schade kan de vergunninghouder het bevoegd gezag aanspreken.

3) Een ten onrechte verleende vergunning is niet vernietigd of ingetrokken

In deze situatie zal de vergunning formele rechtskracht hebben verkregen, waardoor de rechtmatigheid van de vergunning in beginsel in rechte niet meer kan worden betwist. Een te strikte toepassing van de leer van de formele rechtskracht kan tot onbillijke uitkomsten leiden, met name wanneer partijen in een eerder stadium niet in staat waren om de vergunning bij de bestuursrechter aan te vechten.

Bij de aansprakelijkheid voor falend bouwtoezicht springen twee vereisten voor de onrechtmatige daad het meest in het oog: de zorgvuldigheidsnorm en het relativiteitsvereiste. Deze twee vereisten spelen in verschillende situaties een rol.

Indien het bevoegd gezag door de vergunninghouder wordt aangesproken voor het niet opmerken van fouten, dan zal deze aanspraak afstuiten op het relativiteitsvereiste. Het toezicht is immers niet bedoeld om de partij te beschermen die primair verantwoordelijk was voor de regelnaleving waar toezicht op wordt gehouden, omdat het toezicht anders contraproductief zou worden. Het relativiteitsvereiste speelt hier dus een positief rol bezien vanuit de beginselen van goed toezicht.

Indien het bevoegd gezag door een derde benadeelde wordt aangesproken zal in de eerste plaats moeten worden bepaald of de toezichthouder onzorgvuldig heeft gehandeld. Aan de hand van de omstandigheden van het geval, zullen de verschillende gezichtspunten van de zorgvuldigheidsnorm moeten worden gewogen. Daarnaast speelt het relativiteitsvereiste een belangrijke rol. Uit de rechtspraak blijkt dat ook bij claims van derde benadeelden het relativiteitsvereiste aan aansprakelijkheid in de weg kan staan. Bij deze strikte toepassing van het relativiteitsvereiste kunnen uit het oogpunt van goed toezicht vraagtekens geplaatst worden.

Tot slot zijn bij de uitvoering van publiekrechtelijk toezicht door private toezichthouders enkele bijzondere aandachtspunten van belang. Uit de in paragraaf 3.7.2 geformuleerde beginselen van goed toezicht vloeit onder meer voort dat voor toezicht onafhankelijke oordeelsvorming vereist is. Deze onafhankelijke oordeelsvorming kan onder druk komen te staan, wanneer de private toezichthouder gecontracteerd wordt door de partij op wie hij toezicht moet houden. Er bestaat dan niet alleen een toezichtrelatie maar ook een opdrachtrelatie tussen deze partijen. Commerciële prikkels kunnen ertoe leiden dat de private toezichthouder andere dan toezichtbelangen mee laat wegen. Daarnaast kunnen commerciële prikkels ertoe leiden dat het toezicht zo goedkoop en daardoor zo beperkt mogelijk wordt uitgevoerd.

Een ander punt van aandacht betreft de contractuele relatie tussen de private toezichthouder en zijn opdrachtgever. Indien die contractuele verhouding teveel ruimte biedt voor de opdrachtgever om de private toezichthouder aansprakelijk te stellen, dan vormt dit een bedreiging voor de onafhankelijkheid van het toezicht. In de wet zullen hier derhalve waarborgen voor moeten worden ingebouwd.

Deel II: Coördinatie

Inleiding

Dit deel van het onderzoek heeft betrekking op het tweede deelonderwerp: de coördinatie van het bouwproces. Ik zal in deze inleiding eerst ingaan op de vraag waarom de coördinatie van het bouwproces onderzocht wordt en wat de aanleiding voor het onderzoek is. Vervolgens ga ik in op de afbakening en de opzet van het onderzoek. Tot slot worden enige opmerkingen gemaakt over de terminologie.

7.1 AANLEIDING VAN HET ONDERZOEK

De aanleiding van het onderzoek wordt in twee stappen behandeld. Eerst wordt in algemene zin de problematiek rond coördinatie in het bouwproces geschetst. Vervolgens wordt een verbinding gelegd tussen coördinatieproblemen en het bouwrecht.

7.1.1 Coördinatieproblemen in het bouwproces

Bouwprojecten bestaan er in alle soorten en maten. Het timmeren van een dakkapel valt evengoed onder de wettelijke definitie van aanneming van werk als de bouw van een ziekenhuis. Er bestaan echter grote verschillen in de wijze waarop bouwprojecten uitgevoerd worden. De hiervoor genoemde dakkapel kan door één persoon gemaakt worden op basis van een eenvoudige ontwerp-tekening. Voor de bouw van een ziekenhuis daarentegen is een complex ontwerp nodig en de betrokkenheid van vele uitvoerende partijen. De hier genoemde voorbeelden zijn uitersten en daartussen bevindt zich een breed scala van verschillende soorten bouwprojecten van uiteenlopende omvang en complexiteit. Bij al deze soorten bouwprojecten is er sprake van coördinatie, zodra er verschillende soorten werkzaamheden op elkaar afgestemd moeten worden. Ook op deelniveau binnen bouwprojecten vindt coördinatie plaats wanneer er verschillende partijen betrokken zijn. Een illustratie hiervan biedt het rapport van de Onderzoeksraad voor de Veiligheid over het onderzoek naar de instorting van de derde verdiepingvloer tijdens de bouw van de B-Tower in Rotterdam.¹

Uit de analyse van de Onderzoeksraad blijkt dat de instorting te wijten was aan een ondeugdelijke ondersteuningsconstructie. De constructie kon de optredende belasting tijdens het storten van het beton niet dragen, omdat er een groot aantal schoren in één richting ontbraken.² Uit de beschrijving van de montage van de constructie

1 Onderzoeksraad Voor Veiligheid 2012.

2 Ibid. p. 43.

en de begeleiding daarvan blijkt dat er veel verschillende partijen betrokken waren. Het rapport noemt vier partijen die tijdens de ontwerp- en bouwactiviteiten van de ondersteuningsconstructie een rol speelden³:

- De hoofdaannemer was opdrachtgever voor de ondersteuningsconstructie;
- De onderaannemer voor de ondersteuningsconstructie die de opdracht kreeg van de hoofdaannemer;
- Het verhuurbedrijf van steigers en betonondersteuning, dat de ondersteuningsconstructie ontwierp en de bouw ervan begeleidde;
- Het steigerbouwbedrijf dat de ondersteuningsconstructie bouwde en daarvoor eigen personeel, zzp'ers en inhuurkrachten via uitzendbureaus gebruikte.

Er waren echter ook nog andere private partijen betrokken bij de veiligheid op de bouwlocatie:

- De opdrachtgever voor de B-Tower moest op grond van het Arbobesluit zorgdragen voor een Veiligheids- en Gezondheidsplan en was er als houder van de bouwvergunning in wettelijke zin verantwoordelijk voor dat de B-Tower werd gebouwd conform vergunning. De opdrachtgever moest als aanvrager van de bouwvergunning een bouwveiligheidsplan (laten) opstellen, waarin wordt aangegeven hoe de veiligheid van de omgeving van de bouwplaats wordt gegarandeerd⁴;
- De bouwdirectie zag erop toe dat het werk conform de contractstukken werd uitgevoerd en in overeenstemming met de bouwvergunning en de daarbij behorende bescheiden zoals het bouwveiligheidsplan⁵;
- Het veiligheidskundig adviesbureau dat in opdracht van de hoofdaannemer vier- tot zeswekelijkse veiligheidsadviesbezoeken uitvoerde op de algehele veiligheidssituatie in relatie met het KAM-managementsysteem⁶ van de hoofdaannemer.⁷

Tot slot waren er overheidstoezichthouders betrokken bij de veiligheid op de bouwplaats:

- De Arbeidsinspectie, die in het kader van de naleving van de Arbowet een inspectie op de bouwlocatie heeft uitgevoerd (toen de ondersteuningsconstructie voor de derde verdiepingsvloer nog niet in opbouw was)⁸;

3 Ibid. p. 15.

4 Ibid. p. 32-33.

5 Ibid. p. 33.

6 Het KAM-managementsysteem heeft betrekking op de manier van werken in relatie tot Kwaliteit, Arbo en Milieu.

7 Onderzoeksraad Voor Veiligheid 2012, p. 33.

8 Ibid. p. 52.

- De gemeentelijke dienst Stedenbouw en Volkshuisvesting, die in zijn toezicht op de bouw van de B-Tower geen aandacht heeft besteed aan de uitvoering van de ondersteuningsconstructie.⁹

Er vindt echter niet alleen op het niveau van contractspartijen afstemming plaats. Namens een contractspartij zijn er vaak verschillende personen die de werkzaamheden uitvoeren op de bouwlocatie. De montageploegen van het steigerbouwbedrijf bestonden bijvoorbeeld uit een monteur, twee sjouwers en een voorman.¹⁰ De werkzaamheden van deze personen zullen ook in enige mate op elkaar afgestemd moeten worden om de ondersteuningsconstructie tot stand te brengen.

Uit de bovengenoemde opsomming blijkt dat er veel partijen/veel personen in meer of mindere mate betrokken zijn bij de bouw van een tijdelijke ondersteuningsconstructie voor een verdiepingvloer.¹¹ Deze betrokkenheid kan voortvloeien uit contractuele verplichtingen, maar ook uit wettelijke taken en bevoegdheden. Afhankelijk van de wijze waarop en de mate waarin deze partijen betrokken zijn bij de ontwerp- en bouwwerkzaamheden, bestaan raakvlakken tussen de werkzaamheden van deze partijen die tot onderlinge afstemming nopen. Coördinatie van de werkzaamheden die aan elkaar raken kan daarom als een belangrijke functie beschouwd worden, waar in een bouwproject aandacht voor moet zijn.¹²

De conclusie van de Onderzoeksraad met betrekking tot de projectorganisatie voor de bouw van de ondersteuningsconstructie laat zien waar het op dit punt mis ging bij de bouw van de ondersteuningsconstructie van de B-Tower:

‘De taken, verantwoordelijkheden en bevoegdheden voor de bouw van de ondersteuningsconstructie waren binnen de projectorganisatie niet vastgelegd. Er waren geen contracten (zie bijlage C¹³) of concrete afspraken die rechtstreeks betrekking hadden op de realisatie van de ondersteuningsconstructies bij de B-Tower, over wie geacht werd wat te doen en onder welke voorwaarden. In het onderzoek kwalificeren de betrokken partijen elkaar als betrouwbaar en deskundig. Deze kwalificaties worden toegekend op basis van goede ervaringen in eerdere projecten, waar het immers nooit eerder fout ging

9 Ibid. p. 53.

10 Ibid. p. 16.

11 Aangenomen kan worden dat bij het gehele uitvoeringsproces een aanmerkelijk groter aantal partijen betrokken is.

12 De Saram & Ahmed 2001, p. 202, onder verwijzing naar Higgins & Jessop 1965. De historische tendens is dat de bouwwereld in staat is tot de bouw van steeds complexere bouwwerken, die om betrokkenheid van steeds meer (gespecialiseerde) disciplines vragen en tot meer en complexere raakvlakproblemen kunnen leiden, zie daarover Staats 2014, p. 12.

13 Uit die bijlage blijkt onder meer dat de onderaannemer voor de ondersteuningsconstructie wel twee offertes heeft uitgebracht, maar dat de opdracht ontbreekt. De opdracht van de onderaannemer voor de ondersteuningsbouw aan het steigerbouwbedrijf ontbreekt eveneens. Ook tussen het steigerbouwbedrijf en het uitzendbureau was geen sprake van een contract. Zie Onderzoeksraad Voor Veiligheid 2012, p. 66.

en er altijd op tijd werd geleverd. Deze kwalificaties werden ook gebruikt als excuus voor partijen voor ontbreken van heldere afspraken of om enige betrokkenheid op het werk van de ander te tonen. Een ieder wist tenslotte wat er van hem werd verwacht en waar hij mee bezig was. Maar uiteindelijk voelde niemand zich verantwoordelijk voor de ondersteuningsconstructie.¹⁴

Met deze conclusie snijdt de Onderzoeksraad de juridische aspecten van coördinatieproblemen aan. Partijen hebben immers alleen maar taken, verantwoordelijkheden en bevoegdheden op het gebied van coördinatie, indien daarvoor een juridische grondslag is. De Onderzoeksraad verwijst daarom ook naar het ontbreken van contracten. In de volgende paragraaf zal nader ingegaan worden op de verschillende verhoudingen waarin de juridische aspecten van coördinatie een rol kunnen spelen.

7.1.2 Coördinatieproblemen vanuit een juridisch perspectief

Coördinatie is een belangrijke functie in het bouwproces zo bleek uit het voorbeeld van de B-Tower.¹⁵ In de bouwcontracten die ten grondslag liggen aan de juridische ordening van het bouwproces, zal daarom ook het onderwerp coördinatie geregeld moeten worden.¹⁶ Ter introductie van de bouwcontractenrechtelijke aspecten van coördinatie wordt hierna aan de hand van een voorbeeld ingegaan op de verhoudingen waarin coördinatie een rol speelt.

Het voorbeeld draait om de bouwfase van de renovatie en nieuwbouw van een zorgcentrum.¹⁷ De opdrachtgever van dit project heeft drie nevenaannemers gecontracteerd. Een aannemer voor de bouwkundige werken, een aannemer voor de werktuigbouwkundige werken en een aannemer voor de elektrotechnische installaties. Met alle aannemers is gecontracteerd onder toepasselijkheid van de UAV 1989. De werkzaamheden van partijen staan in een zodanig verband tot elkaar dat ze op elkaar moeten worden afgestemd. Daartoe krijgt één partij de contractuele verplichting om de rol van coördinator te vervullen. In dit geval is de aannemer voor de bouwkundige werken de coördinerend nevenaannemer.¹⁸

14 Onderzoeksraad Voor Veiligheid 2012, p. 51.

15 Op het belang van coördinatie in het bouwproces wordt nader ingegaan in par. 8.3.
16 Zie ook Klein Woolthuis, Hillebrand & Nooteboom 2005, p. 835 over het contract als instrument om te coördineren.

17 De feiten van dit voorbeeld zijn ontleend aan RvA 28 augustus 2012, nr. 32.843. In een ontwerpfase waarbij meer partijen betrokken zijn speelt coördinatie in vergelijkbare verhoudingen een rol.

18 Ik volg voor dit voorbeeld de feiten van de arbitrale uitspraak. Uiteraard is het ook mogelijk dat een andere nevenaannemer of een adviseur van de opdrachtgever de rol van coördinator krijgt.

a) Opdrachtgever-coördinator

In de verhouding tussen opdrachtgever en coördinerend nevenaannemer spelen verschillende aspecten een rol. De opdrachtgever is in het algemeen gebaat bij een gecoördineerd verloop van het bouwproces en heeft daarom een sterk belang om hierover taken en verantwoordelijkheden van de coördinator vast te leggen. De coördinator kan echter ook behoefte hebben aan afspraken met de opdrachtgever. Die kunnen bijvoorbeeld betrekking hebben op informatie van de opdrachtgever die de coördinator nodig heeft of op de mate waarin de coördinator bevoegdheden krijgt om het bouwproces te sturen.

In het voorbeeld is een en ander vastgelegd in een multilaterale overeenkomst, waarbij naast de opdrachtgever en de coördinerend nevenaannemer ook de andere nevenaannemers partij zijn. Denkbaar is ook dat bepalingen die betrekking hebben op coördinatie worden opgenomen in een bilaterale overeenkomst tussen de opdrachtgever en de coördinerend nevenaannemer.

b) Coördinator-nevenaannemer

Een coördinator zal in enige mate bevoegdheden moeten hebben ten opzichte van de nevenaannemers om de coördinatie op een effectieve manier te kunnen uitvoeren. Wanneer een aannemer bijvoorbeeld van een de door de coördinator opgestelde planning mag afwijken, zal het voor de coördinator moeilijk worden om alle werkzaamheden van partijen op elkaar af te stemmen. Omgekeerd heeft een nevenaannemer er belang bij dat de coördinator zijn coördinatietaak vervult en daartoe activiteiten uitvoert die ertoe leiden dat de werkzaamheden van de nevenaannemers tijdig op elkaar zijn afgestemd. In het voorbeeld is een multilaterale overeenkomst tot stand gekomen waarin taken en bevoegdheden van partijen zijn geregeld. Denkbaar is ook dat een regeling van taken en bevoegdheden van partijen onderwerp is van de bilaterale overeenkomsten tussen de opdrachtgever en de coördinator en tussen de opdrachtgever en de nevenaannemer.

c) Opdrachtgever-nevenaannemer

Zowel de opdrachtgever als de nevenaannemer hebben belang bij coördinatie. Dat belang kan bijvoorbeeld gelegen zijn in het voorkomen van vertraging. Er kan echter van de nevenaannemer ook iets gevraagd worden in het kader van coördinatie. Indien bijvoorbeeld vanuit het oogpunt van coördinatie de nevenaannemer een bepaald onderdeel van het werk in een bepaalde week moet hebben afgerond, is van belang of in de bilaterale overeenkomst tussen opdrachtgever en nevenaannemer een corresponderende bouwtijd is opgenomen. Ook in het kader van de technische afstemming van de verschillende onderdelen van het werk is van belang wat de opdrachtgever en de nevenaannemer met betrekking tot de technische specificaties van de opdracht hebben afgesproken in de bilaterale overeenkomst.

d) Nevenaannemer-nevenaannemer

Tot slot kan coördinatie ook een rol spelen in de verhouding tussen nevenaannemers onderling. De noodzaak van coördinatie vloeit voort uit het feit dat de werkzaamheden van de ene aannemer op de andere aannemer moeten worden afgestemd. Wat de ene aannemer doet bij de uitvoering van de hem opgedragen werkzaamheden kan invloed hebben op de werkzaamheden van de andere aannemer. Nevenaannemers hebben daarom over en weer belang bij coördinatie en bij naleving van de daarover te maken afspraken. In het voorbeeld zijn de nevenaannemers partij geworden bij een multilaterale coördinatie-overeenkomst. Denkbaar is ook dat er tussen de nevenaannemers geen overeenkomst is gesloten. In dat geval valt de verhouding tussen de nevenaannemers buiten het contractenrecht. Dit betekent echter niet zonder meer dat partijen zich niets van hun wederzijdse belangen aan hoeven te trekken¹⁹, maar er is dan geen overeenkomst tussen partijen die onderzocht kan worden.

In dit voorbeeld was sprake van een coördinerend nevenaannemer. De coördinatie kan echter ook worden uitgevoerd door een adviseur. Voorts kan het bovenstaande voorbeeld nog op verschillende manieren verder worden uitgebreid wanneer een of meer nevenaannemers een deel van hun werk uit laten voeren in onderaanneming. De werkzaamheden van onderaannemers zullen raakvlak hebben met de werkzaamheden van andere onderaannemers, de hoofdaannemer of een van de nevenaannemers van de hoofdaannemer, waardoor er nieuwe verhoudingen ontstaan waarin belang is bij coördinatie.

Daarnaast is nog van belang dat het onderwerp coördinatie niet beperkt is tot de verhoudingen tussen partijen in de uitvoeringsfase, zoals in het voorbeeld. In de ontwerpfase kan ook sprake zijn van een situatie waarin meerdere adviseurs betrokken zijn bij het ontwerp.

Er zijn ook nog andere dan de bovengenoemde verhoudingen denkbaar waarin coördinatie een rol speelt. Die verhoudingen komen niet allemaal aan de orde in dit onderzoek. In de volgende paragraaf wordt toegelicht waarom bepaalde verhoudingen buiten beschouwing blijven.

7.2 AFBAKENING VAN HET ONDERWERP

In de vorige paragraaf kwamen de verschillende rollen aan de orde die partijen in een bouwproces hebben ten aanzien van het onderwerp coördinatie en naar de rol die coördinatie vanuit bouwcontractenrechtelijk perspectief speelt in de verhouding tussen die verschillende partijen. Er bestaat een verschil in de mate van betrokkenheid van partijen bij de coördinatie van een bouwproces. Hieronder wordt toegelicht welke partijen in dit onderzoek buiten beschouwing blijven.

19 Hier wordt bedoeld op het leerstuk van samenhangende rechtsverhoudingen. Daar wordt nader op ingegaan in par. 9.4.2.3 en 9.4.3.3.

a) Contractuele relaties die buiten beschouwing blijven

Een aannemer kan voor het tijdig uitvoeren van de aan hem opgedragen werkzaamheden ook afhankelijk zijn van andere dan uitvoerende partijen, zoals leveranciers van bouwproducten. Deze leveranciers zijn op hun beurt weer afhankelijk van de leveranciers van halfproducten en/of grondstoffen. De kring van (indirect) bij de afstemming in het bouwproces betrokken partijen kan op deze wijze tot een grote omvang worden uitgebreid. Om twee redenen is er in dit onderzoek gekozen voor een afbakening tot ontwerpende en uitvoerende partijen en hun opdrachtgever.

Ten eerste doen de coördinatieproblemen zich met name tijdens de ontwerp- en uitvoeringsfase voor. In die fasen werken partijen gezamenlijk aan (delen van) het ontwerp of gezamenlijk op de bouwplaats. Dit brengt technische, logistieke en planningsproblemen met zich, die in veel mindere mate aanwezig zijn in eerdere stadia van de productieketen van bouwproducten. Een fabrikant van bouwproducten die deze producten in zijn fabriek vervaardigt en vervolgens levert aan een aannemer heeft veel minder te maken met afstemmingsproblemen dan de aannemer aan wie hij de producten levert en die de producten gebruikt bij de uitvoering van het werk en daarbij oog moet hebben voor de technische aansluiting van zijn werkzaamheden op die van een andere aannemer en de daarbij benodigde volgorde van werkzaamheden. Naarmate partijen verder staan van de ontwerp- en uitvoeringsfase is er ook sprake van een geringer verband tussen de wijze waarop de werkzaamheden worden uitgevoerd en het gecoördineerd verloop van het bouwproces.

Ten tweede is dit een bouwrechtelijk onderzoek, waarin het bouwcontractenrecht centraal staat. Het betrekken van leveringen van bouwproducten en leveringen in eerdere stadia van de productieketen van bouwproducten vereist een studie naar allerlei verschillende soorten inkoopvoorwaarden die buiten het bouwrecht vallen.

De hier aangebrachte beperking is niet absoluut. In sommige gevallen kunnen leveranciers partij zijn bij een bouwcontract.²⁰ Voor zover dit het geval is, wordt de contractuele relatie tussen de leverancier en zijn contractspartijen wel behandeld. Een tweede relativering is dat soms het onderscheid tussen leverancier en onderaannemer lastig is te maken. Indien de leverancier van een installatie die installatie niet alleen aflevert maar ook op het werk installeert, verricht een de leverancier niet alleen taken onder de noemer levering, maar ook onder de noemer uitvoering.

b) Benadeelde derden

Een tweede categorie van verhoudingen die buiten beschouwing blijft, is die tussen participanten van het bouwproces en derden. Derden kunnen schade lijden als

20 De VGBouw Modeluitvoeringscoördinatieovereenkomst 1999 noemt de leverancier als één van de contractspartijen.

gevolg van fouten in het bouwproces. Een bekend voorbeeld is het hijsongeval in Alphen aan den Rijn.²¹ Bij dat ongeval vielen twee hijskranen om bij het plaatsen van een nieuw brugdek waardoor naastgelegen woningen en winkelpanden beschadigd raakten. Eén van de conclusies van de Onderzoeksraad luidde dat het bouwbedrijf als projectleider onvoldoende zorg had voor de goede afstemming die nodig was om hiaten in de ketensamenwerking en de gezamenlijke risicobeheersing te voorkomen.²²

Uit dit voorbeeld wordt duidelijk dat derden nadelige gevolgen kunnen ondervinden van ongevallen die (deels) het gevolg zijn van met coördinatie samenhangende problemen. Uitgangspunt van dit deel van het onderzoek is echter, in paragraaf 7.3 wordt daar aandacht aan besteed, om de relatie tussen bouwcontracten en coördinatie te bestuderen. Derden staan niet in een contractuele relatie tot de (één van) de participanten van het bouwproces. Om deze reden vallen ze buiten het bestek van dit onderzoek.

7.3 OPZET VAN DIT DEEL VAN HET ONDERZOEK

In deze paragraaf wordt de opzet van de studie uiteengezet. Eerst wordt in algemene zin ingegaan op de vraag vanuit welke invalshoeken het onderwerp coördinatie wordt benaderd. Vervolgens worden de onderzoeksvragen geformuleerd die in het onderzoek beantwoord worden.

7.3.1 Een multidisciplinaire benadering

Dit coördinatiedeel richt zich op het onderzoek naar de regeling van coördinatie in bouwcontracten. Coördinatie is een belangrijke functie in het bouwproces, die met het oog op het succes van het bouwproject op een goede²³ manier ingevuld moet worden. De wijze waarop coördinatie in bouwcontracten geregeld wordt, is van invloed op het verloop van coördinatie.²⁴

In de basis is coördinatie echter geen contractueel probleem, maar een praktijkprobleem dat in het domein van het bouwmanagement valt: hoe kan het bouwproces zo worden ingericht dat de werkzaamheden van verschillende partijen of personen op elkaar zijn afgestemd? Met een enkel juridisch perspectief op de contractuele regeling van coördinatie, kunnen puur juridische vragen worden beantwoord. Een voorbeeld van een juridische vraag die bestudeerd kan worden, is hoe bouwcontracten zich verhouden tot bepaalde verbintenisrechtelijke leerstukken of beginse-

21 Zie daarover het rapport Onderzoeksraad Voor Veiligheid 2016.

22 Ibid. p. 83.

23 Wat 'goede' coördinatie is, is een deelonderwerp van dit onderzoek.

24 Hierop werd al gewezen in par. 7.1.1 en 7.1.2. Ook in de literatuur over contracten in andere sectoren dan de bouw is aandacht voor de relatie tussen contracten en het succesvol verloop van projecten, zie Kamminga & Dohmen 2014, p. 23-27.

len, of tot buitenlandse bouwcontracten. Een dergelijke vraagstelling kan tot waardevolle antwoorden leiden, maar kan geen (volledig) antwoord bieden op vraag welke invloed bouwcontracten hebben op coördinatie. Omdat dit onderzoek zich richt op de relatie tussen bouwcontracten en het gecoördineerd verloop van het bouwproces, is een bredere opzet noodzakelijk. Er wordt dan ook niet alleen van een juridische invalshoek, maar ook van de invalshoek van het bouwmanagement gebruik gemaakt. Vanuit dit gecombineerde perspectief zullen criteria worden geformuleerd aan de hand waarvan zal worden beoordeeld in welke mate bouwcontracten kunnen bijdragen aan een effectief en efficiënt verloop van de coördinatie in het bouwproces.

Een dergelijke benadering, waarbij voor de bestudering van het recht gebruik wordt gemaakt van inzichten uit een andere tak van wetenschap is niet uniek. Bekende voorbeelden van onderzoeksgebieden met deze benadering zijn de rechtseconomie, rechtspsychologie en rechtssociologie.²⁵ Ook binnen het bouwrecht is deze wijze van onderzoek al eerder toegepast. Het VBR preadvies van 2013, met als onderwerp ketensamenwerking, was het product van de samenwerking van de juridische – en de bouwmanagementdiscipline.²⁶

Het gebruik van kennis uit de (bouw)managementdiscipline voor dit onderzoek geeft de mogelijkheid om inzichten van buiten het juridische domein te gebruiken voor de beoordeling van bouwcontracten. Die inzichten uit de managementdiscipline zijn echter niet allesbepalend.²⁷ Het recht is niet slechts volgend ten opzichte van andere disciplines, maar vereist een normatief oordeel om uitkomsten van buiten het recht te vertalen naar het juridische domein.²⁸ Indien bijvoorbeeld vanuit de managementdiscipline de conclusie wordt getrokken dat de coördinatie beter zal verlopen wanneer de aansprakelijkheid van een bepaalde partij uitgebreid wordt, betekent dat niet dat dit ook tot het *juridische* oordeel dient te leiden dat een dergelijke uitbreiding van de aansprakelijkheid tot stand moet worden gebracht. Juridische uitgangspunten kunnen zich tegen een dergelijke aansprakelijkheidsregeling verzetten, waardoor het juridische oordeel uiteindelijk toch een andere aansprakelijkheidsverdeling behelst.

25 Er zijn echter nog veel meer combinaties mogelijk. In het aan de ‘law and ...’ bewegingen gewijde themanummer WPNR 2011/6912 kwamen bijvoorbeeld de volgende bewegingen aan bod: Law & Economics, Law & Psychology, Law & Technology, Law & Medicine, Law & Neuroscience, Empirical Legal Studies en New Legal Realism.

26 Chao-Duivis & Wamelink 2013.

27 Giesen 2011, p. 1072.

28 Ibid. p. 1073.

7.3.2 Onderzoeksvragen

De hiervoor genoemde uitgangspunten leiden tot de centrale vraag die in dit deel van het onderzoek behandeld wordt:

Hoe moet de wijze waarop coördinatie in bouwcontracten is geregeld, worden beoordeeld aan de hand van maatstaven voor goede coördinatie die afkomstig zijn uit het (bouw)management- en juridische domein?

Deze vraagstelling houdt in dat veelgebruikte bouwcontracten aan een beoordelingskader worden getoetst. In hoofdstuk 8 van dit deel van het onderzoek worden beoordelingscriteria geformuleerd die afkomstig zijn uit de (bouw)managementliteratuur. In hoofdstuk 9 worden aan de hand van de juridische literatuur en rechtspraak beoordelingscriteria geformuleerd. Deze beoordelingscriteria leiden tot een gecombineerd beoordelingskader aan de hand waarvan in hoofdstuk 10 veel gebruikte bouwcontracten worden beoordeeld. In hoofdstuk 11 wordt afgesloten met een conclusie en de beantwoording van bovenstaande onderzoeksvraag. Deze opzet leidt tot de volgende formulering van de deelvragen van dit deel van het onderzoek:

1. Welke inzichten biedt de (bouw)managementliteratuur over coördinatie en daarmee samenhangende onderwerpen als communicatie en samenwerking?
2. Welke inzichten volgen uit de juridische literatuur over relevante leerstukken die samenhangen met het onderwerp coördinatie van het bouwproces?
3. Aan de hand van welke criteria kan bepaald worden of coördinatie in bouwcontracten zodanig is geregeld dat die zo goed mogelijk kan plaatsvinden en voldoen veelgebruikte bouwcontracten aan deze criteria?

7.4 TERMINOLOGIE

In dit onderzoek wordt regelmatig gebruik gemaakt van bepaalde begrippen die betrekking hebben op het bouwproces, de bij coördinatie betrokken partijen, de door deze partijen uitgevoerde activiteiten, een kwalificatie van de wijze waarop de activiteiten zijn of worden uitgevoerd en andere aspecten van coördinatie. Voor een goed begrip van deze termen wordt hieronder aangegeven wat er in dit onderzoek onder wordt verstaan:

- De term *risico* wordt gebruikt om uit te drukken dat er een onzekerheid is met betrekking tot de vraag of zich een gebeurtenis zal voordoen en/of die gebeurtenis tot een bepaald nadeel zal lijden. De mate waarin sprake is van een bepaald risico is afhankelijk van twee componenten: a) de (grote of kleine) kans dat een bepaalde gebeurtenis zich daadwerkelijk voordoet en b) de omvang en ernst van de mogelijke gevolgen van de gebeurtenis.
- Met de *beheersing* van risico's wordt bedoeld op de mate waarin door daartoe te nemen maatregelen sprake is van herkenning van risico's, beperking van de

- kans dat risico's zich verwezenlijken en/of beperking van de nadelige gevolgen van zich verwezenlijkende risico's.
- In par. 7.1.1 kwam al kort aan de orde dat *coördinatie* betrekking heeft op afstemming van met elkaar verband houdende werkzaamheden. Onder coördinatie wordt daarom vooralsnog verstaan het geheel van activiteiten dat verricht moet worden om de verwezenlijking van risico's die samenhangen met onderlinge afhankelijkheden te voorkomen dan wel de daardoor ontstane problemen op te lossen. In par. 8.2.2 wordt verder ingegaan op de vraag wat coördinatie inhoudt.
 - Van *effectieve coördinatie* is sprake wanneer met de coördinatie-activiteiten de aan die activiteiten verbonden doelstellingen worden bereikt. Indien die doelstellingen in verminderde mate of niet worden bereikt, is sprake van minder effectieve of ineffectieve coördinatie.
 - Het begrip *efficiënte coördinatie* heeft betrekking op de verhouding tussen de met coördinatie-activiteiten bereikte doelstellingen en de tijd en middelen die ermee gemoeid zijn om die doelstellingen te bereiken. Naarmate er minder tijd en middelen nodig zijn en/of de doelstellingen omvangrijker en belangrijker zijn is sprake van efficiënte coördinatie. Naarmate er meer tijd en middelen nodig zijn en/of de doelstellingen minder omvangrijk en belangrijk zijn, zullen de coördinatie-activiteiten als inefficiënter worden gekwalificeerd.
 - Van *afstemming* is sprake bij het onderling al dan niet aanpassen van werkzaamheden. Deze definitie is beperkter dan de hiervoor gegeven definitie van coördinatie. Onder coördinatie wordt immers niet alleen het onderling aanpassen verstaan, maar ook alle daarmee samenhangende activiteiten, waarbij gedacht kan worden aan het verzamelen van informatie over de noodzaak tot aanpassing en het houden van toezicht op de naleving van afspraken om werkzaamheden onderling aan te passen.
 - Het houden van *toezicht* kan onderdeel uitmaken van coördinatie-activiteiten en heeft dan tot doel om de naleving van afspraken over coördinatie te bevorderen. Een breed geaccepteerde definitie van toezicht is: 'het verzamelen van informatie over de vraag of een handeling of zaak voldoet aan de daaraan gestelde eisen, het zich daarna vormen van een oordeel daarover en het eventueel naar aanleiding daarvan interveniëren'.²⁹

29 Deze definitie is afkomstig van de Algemene Rekenkamer, zie *Kamerstukken II* 1997/98, 25 956, nrs. 1-2, p. 8.

Coördinatie vanuit een managementperspectief

8.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk komen algemene aspecten van coördinatie aan de orde. Op basis van de beschrijving van het begrip coördinatie in dit hoofdstuk zal in de navolgende paragrafen dieper op specifieke aspecten van coördinatie worden ingegaan om de volgende deelvraag te beantwoorden:

Welke inzichten biedt de (bouw)managementliteratuur over coördinatie en daarmee samenhangende onderwerpen als communicatie en samenwerking?

Deze inzichten zullen worden gebruikt om vanuit de managementdiscipline bouwstenen te verzamelen voor het toetsingskader dat in hoofdstuk 10 gebruikt zal worden om bouwcontracten te beoordelen. In de eerste plaats zal worden ingegaan op algemene aspecten van coördinatie (par. 8.2). Vervolgens zal het coördinatieprobleem in de bouw uitgediept worden (par. 8.3). Daarna komen de begrippen samenwerking en communicatie aan de orde (par. 8.4 en 8.5) en wordt ingegaan op de samenhang met en de relevantie van samenwerking en communicatie voor het verloop van coördinatie. Tot slot zal in de conclusie bovenstaande deelvraag worden beantwoord (par. 8.6).

8.2 COÖRDINATIE ALGEMEEN

8.2.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt eerst in algemene zin het fenomeen coördinatie omschreven door een keuze te maken voor een definitie van coördinatie en een aantal soorten coördinatie de revue te laten passeren (par. 8.2.2).¹ Vervolgens worden de middelen besproken waarmee coördinatie wordt uitgevoerd: de verschillende

1 Hierbij wordt gebruik gemaakt van algemene literatuur over coördinatie en niet van specifieke literatuur over coördinatie van het bouwproces. Het fenomeen coördinatie komt immers niet alleen in het bouwproces voor, maar ook in organisaties en processen in andere branches, bijvoorbeeld in een team dat een operatie uitvoert in een ziekenhuis (Faraj & Xiao 2006, p. 1155 e.v.), in een sportteam, of tussen de verschillende adviseurs (ontleend aan Ernes & Lamers 2012, p. 451) die een bedrijf adviseren over een fusie of overname. Nog breder gezien, komt coördinatie niet al-

methodes die partijen tot hun beschikking hebben en op een meer gedetailleerd niveau de verschillende coördinatie- activiteiten die partijen uit kunnen voeren (par. 8.2.3). Daarna komt de vraag aan de orde welke partijen coördinatieactiviteiten uitvoeren. Daarbij is vooral aandacht voor de rol van de coördinator en de kwestie welke partij die functie het beste kan vervullen (par. 8.2.4). Tot slot wordt afgesloten met een conclusie waarin de belangrijkste punten van het hoofdstuk worden samengevat (par. 8.2.5).

8.2.2 Het begrip coördinatie

In deze paragraaf wordt het verschijnsel coördinatie beschreven. Eerst door een definitie te kiezen, vervolgens door verschillende soorten coördinatie te benoemen en daarna door in te gaan op verschillende perspectieven van waaruit het verschijnsel coördinatie benaderd kan worden.

8.2.2.1 Een definitie

Het fenomeen coördinatie wordt in de literatuur met verschillende omschrijvingen aangeduid.² In dit onderzoek wordt de volgende definitie gehanteerd:

‘the act of managing interdependencies between activities’ performed to achieve a goal.³

Deze definitie geeft kernachtig aan waar coördinatie betrekking op heeft: het ‘managen’ van onderlinge afhankelijkheden tussen activiteiten. Voorts blijkt uit deze definitie dat coördinatie altijd een doel heeft. Deze twee elementen worden besproken in par. 8.2.1.1 en 8.2.1.2.

Overige in de literatuur gegeven definities van coördinatie omschrijven het begrip naar mijn mening minder nauwkeurig. Die onnauwkeurigheid bestaat er bijvoorbeeld in de nadruk te leggen op onderlinge afhankelijkheid van partijen, in plaats van op onderlinge afhankelijkheid van activiteiten.⁴ Die onderlinge afhankelijkheid tussen partijen vloeit echter voort uit de afhankelijkheidsrelaties tussen de door die partijen uitgevoerde werkzaamheden.⁵ Bij die activiteiten ligt daarom de essentie van coördinatie.

leen voor in menselijke systemen, maar bijvoorbeeld ook in biologische systemen of computersystemen, zie hierover Malone & Crowston 1994, p. 90.

2 Okhuysen & Bechky 2009, p. 470-471 en Malone & Crowston 1994, p. 111-112, geven een lijst met andere in de literatuur gebruikte definities.

3 Malone & Crowston 1990, p. 361. Naar een variant van deze definitie wordt ook verwezen in O’Brien e.a. 2009, p. 3-4.

4 March & Simon 1958, Thompson 1967, waarnaar ook O’Brien e.a. 2009, p. 3-4 verwijzen.

5 O’Brien e.a. 2009, p. 3-4.

Sommige auteurs hebben coördinatie omschreven als het extra werk dat moet worden verricht om een doel te bereiken bovenop de werkzaamheden die nodig zijn om dat doel individueel te bereiken.⁶ Een dergelijke definitie drukt niet expliciet uit waar die extra werkzaamheden in essentie uit bestaan. Bovendien wordt niet duidelijk dat het niet alleen nodig kan zijn om bepaalde werkzaamheden extra uit te voeren, maar ook om werkzaamheden anders uit te voeren.

Andere auteurs wijzen er in een definitie van coördinatie op dat het een proces is en benoemen op welke wijze dit proces plaatsvindt.⁷ Deze definities laten daardoor geen ruimte voor activiteiten die buiten het beschreven proces vallen. Een proces hoeft bijvoorbeeld niet per definitie coöperatief te verlopen, om toch onder het begrip coördinatie te vallen.

Bepaalde definities hebben betrekking op een specifieke sector⁸, of omschrijven niet het begrip coördinatie, maar een daaraan verwant begrip.⁹ Voor deze definities is dan ook niet gekozen, omdat de in dit onderzoek gebruikte definitie toegepast moet kunnen worden op coördinatie in het bouwproces.

Het voert te ver om alle beschreven definities van coördinatie hier te bespreken. In de kern bevatten ze vaak de eerder genoemde elementen van een onderlinge afhankelijkheid van werkzaamheden en het bereiken van een doel.¹⁰ Op deze twee elementen wordt in de volgende subparagrafen ingegaan.

8.2.2.1.1 Onderlinge afhankelijkheid

In het bouwproces is sprake van onderlinge afhankelijkheid bij het uitvoeren van verschillende activiteiten: een simpel voorbeeld is dat een vloer pas gestort kan worden wanneer de vloerverwarming correct is geplaatst. Dit is slechts een voorbeeld van een bepaald type afhankelijkheid. Er zijn verschillende soorten afhan-

6 Fussell e.a. 1998, p. 3.

7 Ballard & Seibold 2003, p. 401 gaan uit van een coöperatief proces, Faraj & Xiao 2006, p. 1157 gaan uit van een proces van 'input regulation and interaction articulation'.

8 Kraut & Streeter 1995, p. 69 geven een definitie die geldt voor de ontwikkeling van software.

9 Bailetti, Callahan & DiPietro 1994, p. 395 omschrijven het begrip 'coordination structure', McGrath, Arrow & Berdahl 1999, p. 1-2 omschrijven de begrippen 'coordination of interests', 'coordination of understandings' en 'coordination of action'.

10 Okhuysen & Bechky 2009, p. 469 stellen dat er sprake is van drie elementen en noemen daarbij ook dat mensen collectief werken. De collectieve context van de werkzaamheden vloeit echter al voort uit het feit dat er sprake is van onderlinge afhankelijkheid.

kelijkheden die kunnen bestaan tussen activiteiten. Malone en Crowston noemen de volgende soorten:

- a. voor verschillende activiteiten zijn dezelfde beperkte hulpmiddelen nodig;
- b. verschillende activiteiten moeten verdeeld worden over verschillende actoren die beperkte tijd beschikbaar hebben;
- c. de ene activiteit moet worden afgerond voor de volgende kan worden gestart;
- d. het product van een activiteit moet worden verplaatst naar een plek waar de volgende activiteit aan of met het product moet worden verricht;
- e. het product van een activiteit moet bruikbaar zijn voor een volgende activiteit;
- f. verschillende activiteiten moet wel of juist niet gelijktijdig plaatsvinden;
- g. verschillende activiteiten betreffen subtaken die samen de vervulling van een taak en het bereiken van een gemeenschappelijk doel inhouden.

De hiergenoemde onderlinge afhankelijkheden van activiteiten leveren beperkingen op voor de wijze waarop deze activiteiten kunnen worden uitgevoerd.¹¹ Om de problemen die hierdoor ontstaan op te lossen, moeten extra activiteiten worden verricht: coördinatie-activiteiten. Het identificeren van het type afhankelijkheid kan behulpzaam zijn voor het vinden van een goede coördinatiemaatregel.¹² Voor afhankelijkheid c (de ene activiteit moet worden afgerond voor de volgende kan worden gestart) kan bijvoorbeeld het opstellen van een planning en de naleving daarvan nodig zijn. Afhangelijkheid e (het product van een activiteit moet bruikbaar zijn voor een volgende activiteit) vereist afstemming op een technisch vlak, waarvoor een ander type coördinatiemaatregel dan een planning nodig zal zijn.

Kort gezegd kunnen, uitgaande van een bouwproces, de bovengenoemde soorten afhankelijkheden in drie categorieën worden onderverdeeld: afhankelijkheid op het gebied van tijd, techniek en logistiek. Enkele voorbeelden kunnen deze indeling in drie categorieën voor het bouwproces verduidelijken.

Tijdsafhankelijkheid is bijvoorbeeld aan de orde, wanneer bepaalde bouwactiviteiten, zoals de inrichting van een gebouw, pas kunnen worden verricht nadat de gevel wind- en waterdicht is gemaakt. Van technische afhankelijkheid kan sprake zijn wanneer een door een installateur te realiseren installatie moet passen binnen een door een bouwkundig aannemer te realiseren daarvoor bestemde ruimte. Van logistieke afhankelijkheid kan bijvoorbeeld sprake zijn wanneer twee partijen allebei gebruik willen maken van een op de bouwplaats aanwezig hulpmiddel. Deze verschillende categorieën afhankelijkheidsrelaties vereisen verschillende typen coördinatiemaatregelen.

11 Vergelijk Crowston 1998, p. 159.

12 Malone & Crowston 1994, p. 91 e.v.

8.2.2.1.2 Een doel

Het tweede element uit de definitie van coördinatie is het bestaan van een doel dat met de coördinatie wordt nagestreefd. In dit verband dient onderscheid te worden gemaakt tussen het doel van coördinatie en het doel van de werkzaamheden die gecoördineerd moeten worden. Voorts hoeven de doelstellingen van partijen die de werkzaamheden uitvoeren niet altijd samen te vallen met de doelstelling van de coördinatie.

Het doel van werkzaamheden die gecoördineerd moeten worden, kan beperkter geïnterpreteerd worden dan het doel van coördinatie. Het storten van een fundering heeft in het algemeen tot doel dat daarop een bouwwerk van een bepaalde omvang en samenstelling gerealiseerd kan worden. De partij die de opdracht heeft gekregen volgens bepaalde specificaties een fundering te storten, voert die opdracht in het algemeen in de eerste plaats uit vanuit bedrijfseconomische doeleinden. Bij de doelstelling van coördinatie staat het verloop van het project als geheel centraal.

Nauwkeuriger omschreven zal het doel van coördinatie, waar in de definitie van coördinatie aan werd gerefereerd, in het bouwproces gelegen zijn in de realisatie van een bouwwerk op een zodanige wijze dat voldaan wordt aan de projectdoelstellingen.¹³ De individuele doelen van partijen die in het voorbeeld van de fundering aan de orde kwamen, hoeven niet altijd op één lijn te liggen met de doelstelling van coördinatie. Indien dat het geval is, dan heeft dat mogelijk een negatieve invloed op het verloop van de coördinatie. Op de toewijding van individuele partijen aan gezamenlijke doelstellingen wordt nader ingegaan in hoofdstuk 4.

8.2.2.2 Soorten coördinatie

In de vorige paragraaf is het verschijnsel coördinatie omschreven aan de hand van de elementen van een definitie. Daarbij werd onder meer duidelijk dat er verschillende typen afhankelijkheidsrelaties zijn die om verschillende typen coördinatiemaatregelen vragen. In deze paragraaf wordt op een andere manier inzichtelijk gemaakt wat coördinatie kan inhouden door verschillende soorten coördinatie aan te duiden.

In de eerste subparagraaf wordt ingegaan op het onderscheid tussen *expertise coordination practices* en *dialogic coordination practices* en in de tweede subparagraaf op impliciete en expliciete coördinatie.

13 Wat die projectdoelstellingen zijn kan per bouwproject verschillen. In veel gevallen zullen ze betrekking hebben op het beperkt houden van kosten, het voorkomen van vertraging, het bouwen in overeenstemming met de bedoelde kwaliteit, het voorkomen van geschillen en het zo min mogelijk hinderen van de omgeving, zie Van Wassenae & Thomas 2008, par. 1.1.

8.2.2.2.1 Expertise coordination practices en dialogic coordination practices

Het eerste onderscheid in mechanismen is dat tussen *expertise coordination practices* en *dialogic coordination practices* en is geïntroduceerd door Faraj en Xiao in een onderzoek naar coördinatie in een traumacentrum.¹⁴ Kenmerkend aan het werk in een traumacentrum zijn¹⁵:

- er treden vaak onvoorziene omstandigheden op;
- er wordt gebruik gemaakt van complexe technologie;
- er vindt veel coördinatie plaats;
- een spanningsveld tussen *reliability* en *efficiency*;
- er is vooraf weinig inzicht in de hoeveelheid werk op een bepaald moment.

Het coördinatieproces in een traumacentrum vindt volgens Faraj en Xiao als volgt plaats. Wanneer een patiënt wordt binnengebracht worden er verschillende coördinatiemechanismen gebruikt, zoals het volgen van protocollen, het samenstellen van teams en het delen van kennis. Met deze technieken, die kunnen worden samengevat onder de term *expertise coordination practices*, wordt omgegaan met verschillende hoeveelheden patiënten die binnenkomen met verschillende soorten letsel. In meer dan 90% van de gevallen dragen deze technieken bij tot een succesvolle behandeling. In sommige gevallen zijn deze technieken echter onvoldoende om tot een succesvolle behandeling te komen. Medische trajecten zijn immers naar hun aard niet altijd voorspelbaar en er kunnen zich omstandigheden voordoen, waaronder aanvullende coördinatiemechanismen noodzakelijk zijn, *dialogic coordination practices*. Hierbij moet gedacht worden aan mechanismen als het beslechten van meningsverschillen tussen verschillende specialisten, het gezamenlijk uitzoeken wat er aan de hand is, het interveniëren vanuit een andere discipline en het afwijken van protocollen. In sommige gevallen vereist coördinatie derhalve een zekere mate van flexibiliteit, omdat het nodig kan zijn om te improviseren.

8.2.2.2.2 Expliciete en impliciete coördinatie

Een ander onderscheid dat gemaakt kan worden, is dat tussen expliciete en impliciete coördinatiemechanismen.¹⁶ Expliciete coördinatie vindt plaats door planning en communicatie.¹⁷ Er vindt expliciete interactie plaats tussen verschillende partijen over afstemming van activiteiten. Bij impliciete coördinatie is er geen interactie tussen partijen waarin coördinatie expliciet benoemd wordt.¹⁸ Partijen anticiperen op activiteiten en behoeften van andere partijen en zorgen dat hun eigen handelingen daar op afgestemd zijn, zonder daar expliciet over te commu-

14 Faraj & Xiao 2006, p. 1158.

15 Ibid. p. 1157.

16 Rico e.a. 2008, p. 163-164.

17 Ibid. p. 163.

18 Zie over onbewuste afstemming ook Srikanth & Puranam 2013, p. 9-10.

nieren.¹⁹ Zowel expliciete als impliciete coördinatie kan van belang zijn in het geval van onderlinge afhankelijkheid van verschillende activiteiten.²⁰

Onder welke omstandigheden vinden impliciete coördinatieprocessen plaats? Er worden door Rico e.a. verschillende factoren aangevoerd die van belang zijn voor de vraag of impliciete coördinatie op een effectieve manier kan plaatsvinden:

- De mate waarin een gemeenschappelijke en accurate perceptie bestaat van de feitelijke situatie en van de activiteiten die verricht moeten worden.²¹
- De tijd gedurende welke wordt samengewerkt door partijen. Duurt een samenwerking langer, dan hebben partijen een beter begrip van elkaars kennis en expertise en het delen van informatie.²²
- De mate waarin de kennis van de verschillende partijen verschilt. Wanneer vooraf relevante ervaringen gedeeld worden, ontstaat er een meer gemeenschappelijk begrip van de situatie en de wijze waarop activiteiten moeten worden uitgevoerd.²³
- De mate waarin sprake is van onderling vertrouwen. Vertrouwen kan motiveren tot actieve participatie in teamprocessen en leiden tot open informatie-uitwisseling over bijvoorbeeld gemaakte fouten of zorgen over mogelijke toekomstige fouten.²⁴
- De mate waarin de verschillende partijen ervan overtuigd zijn dat ze een taak gecoördineerd uit kunnen voeren.²⁵
- De mate waarin sprake is van routinewerkzaamheden.²⁶
- De mate waarin sprake is van onderlinge afhankelijkheid kan partijen aanzetten tot impliciete coördinatieprocessen.²⁷
- De mate waarin interactie elektronisch plaatsvindt.²⁸

Aanwezigheid van de bovengenoemde omstandigheden zal volgens Rico e.a. leiden tot het ontstaan van impliciete coördinatieprocessen. In dat geval is het behalen van projectdoelstellingen in mindere mate afhankelijk van expliciete coördinatie.

19 Ibid. p. 164. Het betreft hier niet coördinatie waarbij een coördinator een sturende rol heeft in het beheersen van risico's die samenhangen met afhankelijkheidsrelaties. Het gaat echter wel degelijk om het beheersen van die risico's en valt daarmee onder de definitie van coördinatie.

20 Okkhysen & Bechky 2009, p. 487 wijzen op het belang van 'predictability' als belangrijke voorwaarde voor coördinatie en verwijzen daarbij naar impliciete coördinatieprocessen.

21 Rico e.a. 2008, p. 170.

22 Ibid. p. 171.

23 Ibid. p. 171-172.

24 Ibid. p. 172-173.

25 Ibid. p. 173.

26 Ibid. p. 173-174.

27 Ibid. p. 174-175.

28 Ibid. p. 175-176.

Zijn bovengenoemde omstandigheden in meer of mindere mate afwezig, dan zal de balans bij de afstemming van onderling afhankelijke activiteiten verschuiven naar expliciete coördinatieprocessen.

8.2.2.3 Verschillende perspectieven op coördinatie

Het onderwerp coördinatie kan benaderd worden vanuit de volgende verschillende invalshoeken²⁹:

- het economische perspectief;
- het productieperspectief;
- het organisatorische perspectief;
- het sociale perspectief.

Het economische perspectief heeft vooral betrekking op transacties die plaatsvinden tussen partijen en de daarmee gemoeide kosten op basis van het leerstuk van *transaction cost economics*.³⁰ Op dit perspectief wordt hier niet verder ingegaan, omdat transacties in beginsel niet aan de orde zijn gedurende de ontwerp- en uitvoeringsfase. Het onderzoek is niet gericht op het terugdringen van kosten die gemoeid zijn met het zoeken naar partijen, onderhandelingen en het contracteren van deze partijen, maar naar de wijze waarop goede coördinatie tijdens het bouwproces plaats zou moeten vinden.

Het productieperspectief behelst het uit elkaar trekken van taken en activiteiten die tot het eindproduct leiden. Overbodige taken en activiteiten kunnen achterwege worden gelaten om de productiekosten zo laag mogelijk te houden.³¹ De benadering lijkt op het concept waar aan gerefereerd werd in par. 8.2.2.1.1, waarbij van verschillende (deel)activiteiten de onderlinge afhankelijkheidsrelaties worden vastgesteld en vervolgens specifiek op de aanwezige afhankelijkheidsrelaties toegesneden coördinatiemaatregelen kunnen worden vastgesteld.³²

Hieronder wordt ingegaan op de twee overige perspectieven: het organisatorische en het sociale perspectief.

8.2.2.3.1 Het organisatorische perspectief

Binnen het organisatorische perspectief valt het onderzoek van Okhuysen en Bechky, waarin vanuit de organisatietheorie een analysekader is ontwikkeld voor

29 Geïnspireerd op het onderzoek van Vrijhoef naar integratie in de productieketen in de bouwindustrie. Zie Vrijhoef 2011, p. 57-61.

30 Vrijhoef 2011, p. 57.

31 Vergelijk hetgeen Vrijhoef 2011, p. 59 met betrekking tot dit perspectief opmerkt over 'lean production'.

32 Malone & Crowston 1994, p. 91 e.v.

coördinatie.³³ De auteurs hebben eerst vijf verschillende coördinatiemechanismen geïdentificeerd. Dit zijn mechanismen aan de hand waarvan coördinatie in organisaties plaatsvindt:

- *Plannen en regels*³⁴
Plannen bevatten de (grotere en kleinere) doelen van een organisatie. Regels zijn complementair aan de plannen en geven de relatie tussen verschillende delen van een organisatie vorm en bepalen hoe beslissingen moeten worden genomen, wanneer zich conflicten voordoen. Met behulp van plannen en regels kan coördinatie plaatsvinden, wanneer daarin wordt vastgelegd welke activiteiten bepaalde personen of partijen moeten verrichten om een bepaalde taak uit te voeren in het kader van coördinatie. Ook kunnen plannen en regels gebruikt worden voor coördinatie bij andere typen afhankelijkheidsrelaties, zoals bij het verdelen van schaarse hulpmiddelen. Tot slot kan het ontwikkelen van plannen binnen een organisatie ook leiden tot het vinden van overeenstemming over hoe een geheel van activiteiten zou moeten worden uitgevoerd.
- *Voorwerpen en beelden*³⁵
Onder deze noemer valt het gebruik van technische hulpmiddelen, zoals computerprogramma's die gebruikt worden voor het delen van informatie en het afstemmen van werkzaamheden. Ook tekeningen en prototypes kunnen bijdragen aan coördinatie. Ze kunnen bijvoorbeeld knelpunten aan het licht brengen of discussie oproepen.
- *Rollen*³⁶
Rollen definiëren de positie van partijen binnen een organisatie en faciliteren in meer of mindere mate bepaald gedrag van die partijen. Een goed begrip van de verhouding tussen de rollen die verschillende partijen binnen een organisatie hebben, biedt inzicht in de vraag wie wat doet in een geheel van activiteiten dat gecoördineerd moet worden. Bepaalde partijen kunnen de rol hebben om andere partijen te controleren en aan te sturen en zo vanuit een hiërarchische positie bij te dragen aan coördinatie. Rollen kunnen ook behulpzaam zijn bij het beter begrijpen van elkaars verantwoordelijkheden, waardoor het vervangen van een persoon in een proces eenvoudiger wordt.
- *Routines*³⁷
Routines worden door Okhuysen & Bechky (onder verwijzing naar Feldman³⁸) gedefinieerd als herhaalde gedragspatronen die gebonden zijn aan regels en gebruiken. Routines dragen op verschillende manieren bij aan coördinatie. Bij-

33 Okhuysen & Bechky 2009, p. 484.

34 Ibid. p. 473.

35 Ibid. p. 474.

36 Ibid. p. 475.

37 Ibid. p. 477. Zie over het effect van routines ook Gittel 2002, p. 1423.

38 Feldman 2000, p. 611.

voorbeeld door de overdracht van werk te vergemakkelijken en een gemeenschappelijk perspectief te creëren.³⁹

- *Fysieke nabijheid van personen*⁴⁰

De fysieke nabijheid van personen die betrokken zijn bij activiteiten die gecoördineerd moeten worden, kan op verschillende manieren bijdragen aan coördinatie. Nabijheid maakt zichtbaar wat andere partijen doen en welke vooruitgang zij boeken, zodat het eigen tempo daarop kan worden aangepast. Nabijheid maakt het voorts mogelijk om activiteiten van andere partijen nauwkeurig te monitoren. Daarnaast vereenvoudigt het de communicatie over het verloop van de activiteiten. Een ander aspect is dat nabijheid personen in staat stelt een verstandhouding te ontwikkelen, waardoor coördinatie effectiever kan plaatsvinden. Een betere verstandhouding en vertrouwdsheid met andere partijen stelt partijen bijvoorbeeld in staat om beter op elkaar te anticiperen en reageren.

In de visie van Okhuysen en Bechky zorgen deze verschillende mechanismen ervoor dat er voldaan wordt aan drie voorwaarden voor succesvolle coördinatie:

- *accountability*: het moet duidelijk zijn wie er verantwoordelijk is voor elk onderdeel van het proces.⁴¹
- *predictability*: deze voorwaarde heeft betrekking op de planning van het proces. Welke taken moeten in welke volgorde worden uitgevoerd?⁴²
- *common understanding*: een gemeenschappelijke kijk op het gehele proces, inclusief de verantwoordelijkheden daarin en de planning daarvan.⁴³

8.2.2.3.2 Het sociale perspectief

Het sociale perspectief legt de nadruk op communicatie tussen partijen en de toewijding van deze partijen aan de coördinatie van activiteiten.⁴⁴ Een in de literatuur beschreven benadering die binnen dit perspectief valt is *relational coordination theory*. Deze theorie neemt als uitgangspunt dat coördinatie plaatsvindt in een netwerk van relaties tussen deelnemers in een proces.⁴⁵ Door bepaalde eigenschappen

39 Vgl. ook hierna de opmerkingen over projectoverstijgende samenwerking in par. 9.2.7.

40 Okhuysen & Bechky 2009, p. 478.

41 Okhuysen & Bechky 2009, p. 483.

42 Ibid. p. 486.

43 Ibid. p. 488.

44 Vrijhoef 2011, p. 61.

45 Gittell 2011, p. 400.

van die relaties te verbeteren, kan de coördinatie van het proces verbeterd worden. Drie van die eigenschappen staan centraal:

- *Gedeelde doelstellingen*, die de individuele doelstellingen van partijen overstijgen. Door gedeelde doelstellingen zijn partijen meer gemotiveerd om op een effectieve en probleemgerichte manier met elkaar te communiceren;
- *Gedeelde kennis*, die de partijen in staat stelt om in te zien hoe hun specifieke taken samenhangen met het gehele proces. als een partij weet hoe het werk van een ander samenhangt met andere onderdelen van het werk, is hij beter in staat om tijdig te communiceren. Hij weet dan immers beter welke partij wanneer of welke informatie moet beschikken. Gedeelde kennis leidt voorts tot een meer accurate vorm van communicatie;
- *Wederzijds respect*, waardoor partijen rekening houden met elkaars werkzaamheden. Hierdoor staan partijen ook meer open voor communicatie van partijen, ongeacht de formele status van die partij.⁴⁶

Door te investeren in de verhoudingen tussen de partijen die betrokken zijn bij het te coördineren proces, ontstaat een vorm van coördinatie die niet afkomstig is van een hiërarchisch hoger geplaatste coördinator. De coördinatie ontstaat in het netwerk van partijen die het werk uitvoeren en de gedachte hierachter is dat de onderlinge afhankelijkheden daardoor effectiever en efficiënter kunnen worden beheerst.

De mate waarin in een bepaald netwerk relationele coördinatie tot stand zal komen, is niet alleen afhankelijk van individuele partijen, maar ook en in belangrijke mate van organisatorische structuren. Is sprake van een meer bureaucratische structuur, dan zijn de relaties tussen de verschillende functies minder sterk, dan wanneer er veel ruimte is voor multidisciplinaire teams.

8.2.2.4 Tussenconclusie en de relatie tot bouwcontracten

In contracten die (mede) coördinatie tot onderwerp hebben, worden verantwoordelijkheden en bevoegdheden vastgelegd ten aanzien van (aspecten van) coördinatie. Voor de vraag op welke wijze dit met het oog op goede coördinatie dient te gebeuren, zijn in deze paragraaf enkele belangrijke punten aan de orde gekomen.

In paragraaf 8.2.2.1 kwam aan de orde wanneer er gesproken kan worden van coördinatie. Dat is het geval bij afstemming in het kader van verschillende soorten afhankelijkheidsrelaties. Een volledige contractuele regeling van coördinatie heeft betrekking op al deze relaties. Voorts bleek dat het doel van coördinatie af kan wijken van de individuele doelen die partijen hebben bij de uitvoering van hun werkzaamheden. Contractvormen of contractuele bepalingen die de perceptie van

46 Gittell 2011, p. 401.

gezamenlijke doelstellingen bevorderen, kunnen dit risico met betrekking tot een goed verloop van de coördinatie ondervangen.

Par 8.2.2.2 had betrekking op soorten coördinatie. In die paragraaf bleek op wat voor manier coördinatie plaatsvindt als er sprake is van veel onzekerheid over de te verrichten werkzaamheden en er snel gereageerd moet worden. Voorts is van belang dat coördinatie niet alleen op een expliciete manier plaatsvindt, maar dat er door partijen die werkzaamheden uitvoeren die raken aan de werkzaamheden van andere partijen ook op een impliciete wijze wordt afgestemd. Bepaalde (contractuele) afspraken, bijvoorbeeld over de wijze waarop partijen met elkaar communiceren, kunnen van invloed zijn op de wijze waarop impliciet wordt afgestemd en er dus geen expliciete coördinatie meer hoeft plaats te vinden.

In par. 8.2.2.3 is ingegaan op verschillende perspectieven die gehanteerd kunnen worden bij een onderzoek naar coördinatie. Daarbij bleek dat verschillende soorten factoren coördinatie kunnen beïnvloeden, zoals organisatorische en sociale factoren. De conclusie die hieruit kan worden getrokken is dat de coördinatie-activiteiten waarover gecontracteerd dient te worden op deze verschillende factoren betrekking kunnen hebben. Wordt er slechts vanuit één perspectief gedacht, dan ontstaat een te eenzijdig beeld van de coördinatie-activiteiten die plaats kunnen vinden.

8.2.3 Coördinatie-activiteiten

De hoofdactiviteit 'coördineren' is een complexe taak en derhalve opgebouwd uit verschillende deelactiviteiten. Voor een beter begrip van de deelactiviteiten waaruit coördinatie bestaat, wordt in de navolgende subparagrafen ingegaan op een tweetal onderverdelingen.

8.2.3.1 Methoden van coördinatie

Een eerste onderverdeling die mogelijk is, gaat uit van verschillende methoden van coördinatie.

Shen & Chang maken een onderscheid in acht verschillende coördinatiemethoden⁴⁷:

- *meetings*: tijdens bijeenkomsten wordt coördinatie besproken, worden ideeën uitgewisseld en worden conflicten beslecht;
- *informal discussion*: informele gesprekken vinden vaak plaats wanneer personen elkaar ontmoeten of aan de telefoon en kunnen betrekking hebben op (actuele) problemen;

47 Shen & Chang 2011, p. 91.

- *site visits*: door bezoeken aan de bouwplaats, kan informatie worden verzameld, gedeeld en bevestigd en inspecties kunnen worden uitgevoerd;
- *written correspondence*: geschreven correspondentie, waarmee onderwerpen worden uitgelegd, rapporten worden verstuurd etc.;
- *plans*: plannen en procedures beschrijven onder meer de projectdoelstellingen, coördinatieprocedures etc.;
- *schedules*: (tijd)schema's aan de hand waarvan tijdgerelateerde informatie wordt overgebracht;
- *reports*: rapporten over het verloop van de werkzaamheden;
- *contract documents*: in contractdocumenten zijn de rechten en verplichtingen van partijen zijn vastgelegd. Het begrijpen van deze documenten kan coördinatie bevorderen.

8.2.3.2 Coördinatie-activiteiten en de effectiviteit en efficiëntie daarvan

Wanneer op een meer gedetailleerd niveau gekeken wordt naar wat coördinatie concreet inhoudt, kunnen er verschillende coördinatie-activiteiten onderscheiden worden. Geconcludeerd kan worden dat er een heel groot aantal verschillende activiteiten verricht kan worden om een proces te coördineren. De vraag rijst echter in welke mate die verschillende activiteiten van belang zijn. Welke activiteiten bevorderen het meest de afstemming en welke activiteiten kosten de meeste tijd?

De Saram & Ahmed hebben in Hong Kong en Singapore onderzoek naar de effectiviteit en efficiëntie van coördinatie-activiteiten door projectmanagers.⁴⁸ Meer specifiek hebben zij middels een questionnaire de volgende vragen kwantitatief onderzocht:

- welke activiteiten voeren projectmanagers uit om een gecoördineerd verloop van het bouwproces te bewerkstelligen?
- welke coördinatie-activiteiten beschouwen projectmanagers als het meest belangrijk?
- welke coördinatie-activiteiten nemen het meeste tijd in beslag?

Ten aanzien van de eerste vraag zijn in totaal door De Saram & Ahmed 68 verschillende coördinatie-activiteiten geïdentificeerd. Deze zijn onder te brengen in vijf rubrieken⁴⁹:

- *providing leadership*: teambuilding, nadenken over strategieën, mogelijke problemen signaleren etc.;
- *facilitating*: informatie verzamelen, analyseren en delen, (her)plannen etc.;
- *controlling*: het monitoren en beheersen van kwaliteit, tijdigheid, naleving van budgetten etc.;

48 De Saram & Ahmed 2001.

49 Ibid. p. 205.

- *communicating*: communicatie tussen alle betrokken partijen, zoals opdrachtgevers, opdrachtnemers, overheid;
- *recording*: het registreren van het proces, door het registreren van documenten, beschrijvingen, goedkeuringen, aanpassingen etc.

De beantwoording van de tweede vraag naar het belang van de verschillende coördinatie-activiteiten leidt tot een lijst van 6 coördinatie-activiteiten met het grootste belang voor het projectresultaat⁵⁰:

- *identifying strategic activities and potential delays (providing leadership)*;
- *ensuring the timeliness of all work carried out (controlling)*;
- *maintaining records of all drawings, information, directives, verbal instructions, and documents received from the consultants and the client (recording)*;
- *maintaining proper relationships with client, consultants, and the contractor (providing leadership)*;
- *managing the quality of all work carried out (controlling)*;
- *liaison with the client and the consultants (communicating)*.

Ook in een ander onderzoek wordt een uitgebreide lijst met in dit geval 59 coördinatie-activiteiten gepresenteerd.⁵¹ In dit onderzoek van Jha en Iyer blijft een onderverdeling in rubrieken achterwege, maar bijna alle activiteiten zijn wel te rubriceren volgens het stamien van De Saram en Ahmed. Er zijn bijvoorbeeld zes activiteiten die betrekking hebben op het bijhouden van registreren van informatie. Andere activiteiten zien bijvoorbeeld op het verzamelen van informatie over mogelijke problemen, het verloop van het bouwproces, het coördineren van het gebruik van bepaalde ruimtes, routes, hulpmiddelen en materialen en van het werk op de bouwplaats (*facilitating*), het monitoren van de verschillende onderdelen van het werk, activiteiten op het kritieke pad (*controlling*), het identificeren van mogelijke problemen op het gebied van coördinatie, het motiveren van participanten in het project, zorgen voor discipline bij alle partijen, het creëren van een teamspirit, en het oplossen van conflicten en onduidelijkheden (*providing leadership*), het communiceren over incidenten of situaties die speciale aandacht behoeven met relevante personen en partijen, communicatie over het verloop van het bouwproject, de status van plannings, schema's, veranderingen in documenten, communicatie met autoriteiten en het optreden als een verbindingspersoon tussen de verschillende partijen onderling en tussen de opdrachtgever en de verschillende opdrachtnemers (*communicating*).

50 Ibid. p. 208.

51 Jha & Iyer 2006.

De belangrijkste coördinatie-activiteiten volgens het onderzoek van Jha en Iyer zijn⁵²:

- *implementing all contractual commitments;*
- *preparation of a project quality plan in line with contract specification;*
- *arranging remedial work methods and programs for executing in case of defect or damage;*
- *estimation of the optimum resource requirements;*
- *development of a team spirit and receiving constructive input from all participants in the project;*
- *arrangement of required inputs like drawings, specifications, and technical details on time for execution;*
- *agreement on detailed methods of construction with all the parties.*

8.2.3.3 Tussenconclusie en de relatie tot bouwcontracten

Wanneer op een concreet niveau wordt bestudeerd wat de complexe taak ‘coördinatie’ inhoudt, blijkt dat die taak uit veel verschillende activiteiten bestaat die kunnen worden ondergebracht in de rubrieken leiding geven, faciliteren, controleren, communicatie en registratie. Deze rubrieken bieden een goed raamwerk voor de beantwoording van de vraag of bouwcontracten voorzien in een goede en volledige regeling van het onderwerp coördinatie en zullen dus terugkomen in het toetsingskader dat geformuleerd wordt in hoofdstuk 10.

Een laatste belangrijke notie is dat er heel veel verschillende, verschillend geformuleerde en anders afgebakende activiteiten onder de noemer coördinatie gebracht kunnen worden. Het belang van al deze activiteiten kan echter sterk uiteen kan lopen.

8.2.4 De rol van coördinator

In de vorige paragrafen is de vraag aan de orde geweest wat coördinatie inhoudt en op wat voor manier en door welke activiteiten coördinatie plaats kan vinden. Daarbij is wel benoemd dat duidelijkheid over rollen belangrijk is. De functie van coördinator is echter nog niet expliciet benoemd. In deze paragraaf wordt ingegaan op de rol van de coördinator bij coördinatie en wordt ook aandacht besteed aan de overwegingen aan de hand waarvan beoordeeld kan worden welke persoon of partij het meest geschikt is om de rol van coördinator te vervullen.

8.2.4.1 De functie van coördinator

Coördinatie is een geheel van activiteiten dat gericht is op het managen van onderling afhankelijke werkzaamheden, zo bleek in de voorgaande paragrafen. In beginsel zouden die coördinatie-activiteiten door verschillende partijen kunnen wor-

52 Ibid. p. 319.

den verricht. Uit de aard van de coördinatie-activiteiten blijkt echter dat het van belang is dat er leiding wordt gegeven aan die activiteiten.⁵³ Hieruit volgt dat er bij coördinatie behoefte is aan een centrale figuur met een bijzondere verantwoordelijkheid. Die leidende partij wordt gewoonlijk aangeduid als de coördinator.⁵⁴

8.2.4.2 Wie heeft de rol van coördinator

De coördinator is niet de enige die activiteiten verricht in het kader van coördinatie, maar hij is wel de centrale en meest belangrijke figuur voor het verloop van de coördinatie.

De functie van de coördinator is in het bouwrecht van groot belang⁵⁵ en moet op een effectieve manier worden ingevuld om de projectdoelstellingen te behalen. In de praktijk ligt die functie in de ontwerpfase vaak bij de architect en in de uitvoeringsfase bij de bouwkundig/civiel aannemer.⁵⁶ De reden hiervoor kan gelegen zijn in de omvattendheid van de aan deze partijen verstrekte opdracht.⁵⁷ Vanuit de managementwetenschap is er een ander perspectief op de toedeling van de coördinatiefunctie af te leiden. Hossain en Wu hebben de samenhang tussen coördinatie en de centraliteit van een positie in een communicatienetwerk onderzocht, om vast te stellen in welke mate de centrale positie van een persoon bijdraagt aan zijn mogelijkheid om effectief te coördineren.⁵⁸

De centraliteit van de positie van een persoon kan op drie verschillende manieren tot uitdrukking komen⁵⁹: *degree*, *betweenness* en *closeness*. Deze drie termen

53 In par. 8.2.3.2 werd zelfs het leiding geven aan de bij coördinatie betrokken partijen als één van de vijf kerntaken op het gebied van coördinatie beschreven.

54 Zie bijv. art. 2 van de VGBouw Modeluitvoeringscoördinatieovereenkomst.

55 De coördinator draagt immers de grootste verantwoordelijkheid voor het op een goede manier doen plaatsvinden van voor het bouwproces belangrijke afstemming van activiteiten. Zie over het belang van coördinatie hierna par. 8.3.2.

56 De VGBouw Modeluitvoeringscoördinatieovereenkomst gaat er bijvoorbeeld van uit dat de bouwkundig aannemer de rol van coördinator krijgt. Zie ook de overweging in RvA 7 juli 2010, nr. 31.278:

‘12. Het gaat om een werk dat aanneemster in overleg met de bouwkundig aannemer en de gemeente diende te realiseren, op te leveren aan opdrachtgeefster en de gemeente. Het komt arbiter aannemelijk voor dat voor een dergelijk project de bouwkundig aannemer is aangewezen om de coördinatie en de planning van de verschillende werkzaamheden te verzorgen. Dat is ook logisch, omdat het gaat om een volgtijdelijk werk waarin de bouwkundig aannemer leidend is.’

57 Van de Koot 2012, p. 68.

58 Hossain 2009, p. 25-39. Hossain & Wu 2009. Dit concept van ‘centrality’ wordt in verschillende onderzoeksgebieden toegepast. Zo gebruiken Schipper, Gerrits & Koppenjan 2005, p. 447 e.v. het in het kader van management bij storingen op het spoor en gebruiken Amrit & Van Hillegersberg 2007 het in het kader van onderzoek naar sociale structuren bij softwareontwikkeling.

59 Hossain & Wu 2009, p. 797 verwijst hier naar Freeman 1979, p. 219.

laten zich (in schematische bewoordingen) als volgt uitleggen. Met *degree* wordt bedoeld de mate waarin vanuit een bepaalde positie communicatieve activiteit binnen een netwerk mogelijk is. *Betweenness* is de mate waarin een punt zich tussen de kortste weg tussen anderen bevindt. *Closeness* heeft betrekking op de afstand van een punt tot alle andere punten. Het onderzoek van Hossain en Wu toont kort gezegd aan dat er inderdaad een verband bestaat tussen het verrichten van coördinerende activiteiten en de mate van centraliteit van een positie in een communicatienetwerk.⁶⁰ *Betweenness* is daarbij het element dat het best de mogelijkheid tot coördinatie voorspelt.⁶¹

De communicatieve positie van een partij zegt iets over de mate waarin die partij toegang heeft tot informatie (door Hossain en Wu *in-centrality* genoemd) en informatie kan verspreiden (*out-centrality*).⁶² De functie van de coördinator wordt op deze manier gekoppeld aan de informatiepositie van de betrokken partijen.

De informatiepositie van een partij is echter niet de enige relevante factor bij de beoordeling welke partij de coördinerende rol dient te vervullen. De coördinator zal ook over bepaalde competenties moeten beschikken om op een effectieve manier te kunnen coördineren. Het vereist enige basisvaardigheden om complexe planningen op te stellen en aan te passen indien nodig. Daarbij zullen vele, soms onzekere (logistieke) variabelen in ogenschouw moeten worden genomen. De ene partij in het bouwproces heeft daar meer affiniteit mee dan de andere. Van oudsher ligt de werkvoorbereiding en planning van de uitvoeringsfase bijvoorbeeld in handen van de bouwkundig aannemer. In veel gevallen zal die aannemer dan ook de meest ervaren partij zijn als het gaat om planning en coördinatie.

Een ander belangrijk aspect is de vraag of specialistische kennis nodig is over projectspecifieke afstemmingsproblematiek. In sommige projecten zal dit meer dan in andere het geval zijn. Wanneer bijvoorbeeld het zwaartepunt van een bouwproject ligt bij een ingewikkeld geheel van op technisch complexe wijze met elkaar samenhangende installaties, zal de installateur afstemmingsproblemen vanuit zijn specialistische achtergrond veel beter kunnen doorzien dan een bouwkundig aannemer.⁶³

In het algemeen zijn er dus drie relevante factoren die kunnen worden onderscheiden bij het toewijzen van de coördinerende rol:

60 Hossain & Wu. p. 810.

61 Ibid.

62 Out-centrality zegt volgens Hossain & Wu 2009 meer over de mogelijkheden tot het verrichten van coördinerende activiteiten dan in-centrality, zie p. 810.

63 Vergelijk King 2011, p. 75, waar gepleit wordt voor het creëren van een belangrijkere positie voor installateurs in grote projecten, omdat installatiesystemen bij dat type projecten voor een groot gedeelte het succes bepalen. Zie ook RvA 7 juli 2010, nr. 31.278, waarin het type werk van belang werd geacht voor het aanwijzen van een bepaalde aannemer als coördinator.

1. Relevante kennis van een partij over projectspecifieke afstemmingsproblemen;
2. De informatiepositie van een partij in een project;
3. De competenties van een partij met betrekking tot het vervullen van de coördinerende rol.

De eerste en derde omstandigheid laten zich niet per project organiseren. Een specialistisch kennisniveau wordt, evenals coördinatievaardigheden, gedurende vele jaren ontwikkeld door partijen. De informatiestromen in een project kunnen in beginsel per project naar wens worden ingericht. Vanuit deze gedachte ligt het voor de hand om een afweging van de eerste en derde omstandigheid leidend te laten zijn bij de toewijzing van de functie van coördinator aan een partij. Is er weinig specialistische kennis nodig voor een goed begrip van projectspecifieke afstemmingsproblemen, dan ligt het voor de hand om de partij met de beste coördinatievaardigheden als coördinator aan te wijzen. In sommige gevallen zal echter specialistische kennis over projectspecifieke afstemmingsproblemen nodig zijn. In een dergelijke situatie ligt het voor de hand om, ondanks wellicht mindere coördinatievaardigheden, de coördinerende functie door de installateur te laten vervullen.

8.2.4.3 Tussenconclusie en de relatie tot bouwcontracten

Ten behoeve van coördinatie worden activiteiten verricht door zowel de coördinator als de partijen van wie de werkzaamheden worden gecoördineerd. Dit is relevant voor de vraag met welke partijen over verantwoordelijkheden in het kader van coördinatie moet worden gecontracteerd.

Het uitvoeren van activiteiten in de functie van coördinator door een van de betrokken partijen vereist in beginsel een contractuele grondslag.⁶⁴ Het contracteren over coördinatie behelst daarom ook dat een partij wordt aangewezen als coördinator. Voor goede coördinatie is van belang dat wordt gecontracteerd met de partij die het beste in staat is om de coördinatie-activiteiten uit te voeren.

8.2.5 Conclusie

In de conclusie van deze paragraaf laat ik kort de belangrijkste onderwerpen de revue passeren, die van belang zijn voor het in hoofdstuk 10 te formuleren toetsingskader waar bouwcontracten met betrekking tot coördinatie aan zouden moeten voldoen.

Coördinatie heeft betrekking op verschillende soorten afhankelijkheidsrelaties. Er zijn vijf belangrijke categorieën van activiteiten: leiden, faciliteren, communiceren, controleren, registreren. Deze vijf categorieën kunnen als kader dienen bij de beoordeling van de wijze waarop coördinatie juridisch is geregeld. Zijn elk van de

64 In het geval de opdrachtgever zelf coördineert, volgt de verplichting daartoe al uit de overeenkomst van de opdrachtgever met een adviseur of aannemer voort, zie hierover par. 9.4.3.1.3.

vijf categorieën afgedekt onder de in de bouw gebruikte voorwaarden? Daarmee wordt bedoeld dat er een gemeenschappelijk begrip is van welke taken er binnen elke categorie moeten worden uitgevoerd en wie er voor die taken verantwoordelijk is.

Belangrijk is verder dat er niet alleen expliciet beschreven en uitgevoerde coördinatieprocessen plaatsvinden, maar dat coördinatie ook impliciet kan verlopen. Hierbij is de relationele dimensie van coördinatie van belang, die overigens ook van invloed is voor de wijze waarop expliciete verloopt. Naarmate partijen meer vertrouwen in elkaar hebben, meer ervaringen delen, open informatie uitwisselen over en weer routines opbouwen, zal er vaker een impliciet verloop van coördinatie optreden.

Tot slot is in dit hoofdstuk ingegaan op de rol van de coördinator. Partijen hebben verschillende posities in een netwerk van afhankelijke relaties en hebben verschillende eigenschappen op het gebied van kennis en vaardigheden. Bij het toedelen van de coördinatiefunctie aan een partij zouden bovengenoemde factoren in deze volgorde mee moeten wegen:

1. De competenties van een partij met betrekking tot het vervullen van de coördinerende rol;
2. Relevante kennis van een partij over projectspecifieke afstemmingsproblemen;
3. De informatiepositie van een partij in een project.

8.3 COÖRDINATIE IN DE BOUW

8.3.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt eerst ingegaan op de mate waarin er daadwerkelijk sprake is van een relatie tussen coördinatie en een succesvol verloop van het bouwproces (par. 8.3.2). Vervolgens wordt ingegaan op mogelijke algemene oorzaken van coördinatieproblemen (par. 8.3.3). Aansluitend worden specifieke raakvlakproblemen besproken en de mogelijke oplossingen die daarvoor zijn aangedragen in de literatuur (par. 8.3.4). Tot slot worden enkele mechanismen in het kader van het management of de beheersing van het bouwproces in het algemeen behandeld om te bezien of die inzichten opleveren voor de beheersing van het coördinatieaspect in het bijzonder (par. 8.3.5).

8.3.2 Het belang van coördinatie in de bouw

Waarom is coördinatie in het bouwproces belangrijk? Bij het ontbreken van coördinatie kunnen raakvlakproblemen ontstaan van uiteenlopende aard. De ene activiteit is bijvoorbeeld nog niet afgerond, terwijl al met een daarop voortbouwende activiteit moet worden gestart. Dit soort problemen kunnen resulteren in faalkosten, kwaliteitsverlies en bouwijdoverschrijding. Op de vraag op welke wijze het

belang van coördinatie in de bouw blijkt uit de literatuur, uit rapporten die zijn opgesteld naar aanleiding van bouwprojecten waar problemen zijn opgetreden en uit onderzoek naar constructieve (on)veiligheid wordt in deze paragraaf ingegaan.

8.3.2.1 Het belang van coördinatie onderzocht

Hierboven kwam aan de orde dat de noodzaak tot coördinatie ontstaat, wanneer sprake is van activiteiten met een onderlinge afhankelijkheid. Dat deze situatie in het bouwproces aan de orde is, is een stelling die met regelmaat in de managementliteratuur wordt betrokken.⁶⁵ Sommige auteurs gaan zelfs zover te stellen dat er drie belangrijke functies zijn in het bouwproces: ontwerp, uitvoering en coördinatie.⁶⁶

Het belang van coördinatie wordt in de bouwsector verder versterkt doordat samenwerking tussen verschillende deelnemers aan het bouwproces vaak op projectbasis en dus eenmalig plaatsvindt.⁶⁷ Het werken op projectbasis kan de onderlinge (impliciete) communicatie bemoeilijken en daarmee ook de coördinatie, omdat communicatie een belangrijk middel is voor effectieve coördinatie.⁶⁸

Het belang van coördinatie wordt voorts bevestigd in buitenlandse empirische studies. In een Maleisische studie wordt geconcludeerd dat coördinatieproblemen na financiële problemen de grootste oorzaak zijn van vertraging in bouwprocessen.⁶⁹ Ook in het onderzoek van Shen en Chang wordt onder meer geconcludeerd dat een verband bestaat tussen het projectresultaat en de mate waarin effectieve coördinatie plaatsvindt.⁷⁰ Iyer en Jha identificeren in een Indiaas onderzoek coördinatie als de belangrijkste factor voor *succesfull cost performance*.⁷¹

Geconcludeerd kan worden dat coördinatie van groot belang is voor het behalen van de projectdoelstellingen op het gebied van tijd, kwaliteit en budget. Het lijkt een belangrijke voorwaarde voor een positief projectresultaat. Het is echter niet de enige voorwaarde voor een positief resultaat. Ook bij een goede inzet van coördinatiemiddelen kunnen andere omstandigheden tot gevolg hebben dat de projectdoelstellingen niet behaald worden.⁷²

65 Zie bijv. Derkink & Mans 2006, p. 6.

66 Higgin & Jessop 1965.

67 Dainty, Moore & Murray 2006, p. 19.

68 Ibid. Zie over de relatie tussen coördinatie en communicatie par. 8.5.

69 Alaghbari e.a. 2007, p. 203. Er is geen reden te veronderstellen dat de conclusies van een dergelijk onderzoek in Nederland wezenlijk anders zouden liggen.

70 Shen & Chang 2011, p. 94.

71 Iyer & Jha 2005, p. 292.

72 Shen & Chang 2011, p. 94 wijzen in hun empirische onderzoek bijvoorbeeld op een project waarin coördinatiemiddelen goed benut werden, maar laat ontdekte geologische problemen ertoe leiden dat de doelstellingen niet behaald werden. Er zijn natuurlijk meer oorzaken denkbaar die van andere aard zijn dan coördinatie en die

8.3.2.2 Onderzoeksrapporten over ongevallen

Een objectieve bron waaruit kan blijken van mogelijke problemen met coördinatie zijn de onderzoeksrapporten die door onder meer de Onderzoeksraad voor de Veiligheid zijn opgesteld naar aanleiding van ongevallen in de bouw.⁷³

a) Het Bos en Lommerplein

In het onderzoeksrapport ‘Gebroken hart’, dat is opgesteld naar aanleiding van de constructieve problemen rond het Bos en Lommerplein, komt coördinatie aan de orde als een van de oorzaken van bouwgebreken.⁷⁴ De hoofdaannemer had 50 onderaannemers ingeschakeld terwijl het overzicht over de verschillende onderdelen van het werk ontbrak. Er vond gedurende het gehele project onvoldoende afstemming plaats.

Met betrekking tot de uitvoering en het beheer van complexe bouwprojecten als het Bos en Lommerplein ziet de onderzoekscommissie de volgende dieperliggende oorzaken voor de constructieve gebreken:

‘Waar vroeger een architect of constructeur de coördinatie had van een compleet bouwproject en in die rol de samenhang tussen de onderdelen bewaakte, is dat nu niet meer gebruikelijk. De achtergrond daarvan moet worden gezocht in de specialisatie in de bouw en het streven naar kostenbesparing. Bouwprojecten worden opgeknipt in quasi-zelfstandige deelprojecten waarvoor afzonderlijke vergunningen worden verleend. Bij de uitvoering van de onderdelen voert een aannemer steeds minder zelf uit; hij schakelt tal van onderaannemers in, die op hun beurt weer anderen kunnen inschakelen. Bij het complex Bos en Lommerplein zijn voorts diverse constructiebedrijven werkzaam geweest, elk voor een onderdeel, en diverse architectenbureaus.

Dit alles brengt het risico mee dat niemand meer overzicht heeft en niemand zich verantwoordelijk voelt voor de afstemming van onderdelen en werkzaamheden op elkaar. Die taken moeten hoe dan ook naar behoren worden uitgevoerd, hetgeen bij het Bos en Lommerplein zeker niet in alle opzichten is gebeurd, maar dat is niet voldoende. De taken moeten ook, in diverse, hierna te noemen, opzichten, worden afgestemd. De afstemming heeft deels te maken met de tijdsvolgorde der dingen. Het begint met een bouwplan en vergunningaanvraag, daarna worden één of meer vergunningen verleend, vervolgens wordt het project uitgevoerd, moet worden gecontroleerd of die uitvoering conform de vergunningen, bestek en bestektekeningen verloopt en ten slotte wordt het complex in gebruik genomen. Er is dus afstemming tussen de fasen nodig: de vergunning moet de juiste vertaling zijn van algemene regels naar het specifieke bouwplan; de

tot problemen kunnen leiden in het bouwproces, zoals uitvoeringsfouten die plaatsvinden zonder dat sprake is van invloed van andere activiteiten.

73 In het inleidende hoofdstuk werd al gerefereerd aan het rapport dat de Onderzoeksraad heeft opgesteld naar aanleiding van het instorten van een verdiepingvloer van de B-Tower in Rotterdam.

74 Onderzoekscommissie Bos en Lommerplein 2007, p. 95.

uitvoering moet conform de vergunning, het bestek en de bestektekeningen verlopen en er moet een overdracht zijn van vergunningverlener naar toezichthouder. Op al deze punten is het bij het Bos en Lommerplein niet helemaal of zelfs helemaal niet goed gegaan. Maar ook *per fase* moet er een goede afstemming zijn van de werkzaamheden door de diverse betrokken partijen. Zo zouden de particuliere en gemeentelijke toezichthouders elkaar moeten aanvullen en versterken, maar het gaat verkeerd wanneer ze van elkaar denken dat de ander de controle wel uitvoert. Het gecertificeerd zijn van bedrijven kan dan zelfs contraproductief werken.

Ook de afstemming tussen stadsdeel en Multi Vastgoed bij het formuleren van belastingseisen voor het parkeerdek annex marktplein was onvoldoende. Partijen gaven elkaar onvolledige informatie. Er bestond mede daardoor geen duidelijkheid over de vraag welke voertuigen er op het plein mochten komen en in welke aantallen; ook werden geen afspraken gemaakt over wie toezicht zou houden op de feitelijke belasting. De ingewikkeldheid van het complex en de daarmee samenhangende beheerskwesaties worden weerspiegeld in de goederenrechtelijke structuur, met name de ondersplitsing van de parkeergarage in 535 appartementsrechten en de ondererfpacht van het stadsdeeltkantoor, dat dus via een U-bocht weer in handen van het stadsdeel kwam.

Bij grote bouwprojecten dreigt door de 'meervoudige complexiteit' voortdurend het gevaar van ontbrekende samenhang met alle risico's van dien. De specialisatie in de bouw en het streven naar kostenbesparing, die de doelmatigheid zouden moeten dienen, kunnen daarom uiteindelijk in strijd met de doelmatigheid zijn.⁷⁵

De commissie ziet als een van de oplossingsrichtingen het instellen van een coördinerend constructeur:

'Er moet meer samenhang komen in de planvorming, de bouwuitvoering en het toezicht ten aanzien van complexe bouwwerken. Een hoofd constructeur of een vergelijkbare coördinerende functionaris is dringend gewenst. De wetgever moet zich serieus afvragen of hij voor bouwcomplexen vanaf een bepaald niveau (van stichtingskosten of complexiteit) niet de verplichting tot het hebben van zo'n functionaris aan de vergunninghouder moet voorschrijven om te vermijden dat door prijsconcurrentie zo'n functionaris toch weer wordt wegbezuinigd.'⁷⁶

Het is volgens de commissie noodzakelijk 'dat er namens de opdrachtgever gedurende het ontwikkelingsproces en tijdens de bouw toezicht wordt gehouden op de samenhang en afstemming van de verschillende deelontwerpen, wijzigingen en bouwactiviteiten en de eventuele strijdigheid daarvan met de regels.'⁷⁷ Dit pleidooi voor een coördinerend constructeur komt ook bij andere instanties terug. Zo pleit NEPROM in de Gedragscode Constructieve Veiligheid voor een coördinerend constructeur die verantwoordelijk is voor de coördinatie en bewaking van de constructieve samenhang.⁷⁸

75 Ibid., p. 112-113.

76 Ibid., p. 113.

77 Ibid., p. 197

78 Spekkink 2008, p. 25.

b) Noord/Zuidlijn Amsterdam

Voorts is in de rapporten, verschenen naar aanleiding van onder meer de budgetoverschrijvingen en vertragingen bij de Noord/Zuidlijn in Amsterdam, gewezen op het belang van coördinatie. De commissie Veerman⁷⁹ zag als een van de wezenlijke onvolkomenheden van de projectorganisatie en onderlinge samenwerking dat de afstemming tussen aannemers onvoldoende is:

‘De afstemming tussen de twee voornaamste aannemers Bögl en Saturn is nog niet tot stand gebracht. Periodiek risico-overleg en risicoafstemming tussen projectbureau en aannemers vinden niet plaats.’⁸⁰

Een belangrijke aanbeveling van de commissie is dan ook dat er een goede coördinatie van de werkzaamheden met betrekking tot de boortunnel en de diepe stations gecreëerd moet worden, zowel op het vlak van ontwerp als van technische uitvoering. Ook uit het rapport van de enquêtecommissie Noord/Zuidlijn⁸¹ blijkt dat de knelpunten in de uitvoering onder meer te maken hebben met afstemmingsproblematiek.⁸² Doordat tijdens verschillende aanbestedingsrondes door de gemeente de contracten in verschillende stukken werden opgeknipt ontstonden raakvlakken waarvoor de gemeente als opdrachtgever verantwoordelijk was.⁸³ Bij de start van de uitvoeringsfase waren er echter geen specifieke functies bij namens de opdrachtgever optredende partijen die verantwoordelijk waren voor planning of interfacemanagement.⁸⁴

c) Het stadion van FC Twente

Ook uit het rapport naar de instorting van het dak van de Grolsch Veste van de Onderzoeksraad voor de Veiligheid wordt gebrekkige coördinatie genoemd als een van de oorzaken voor het ontstaan van bouwfouten:

‘Coördinatie en controle van de bouwwerkzaamheden

De wet bepaalt, dat de opdrachtgever afspraken moet maken en er op moet toezien dat de hoofdaannemer de bouwwerkzaamheden veilig en ordentelijk uitvoert. De coördinatie- en controleverplichting voor het gehele werk, met betrekking tot de uitvoering, was een verantwoordelijkheid van de hoofdaannemer. Uit het onderzoek bleek dat de hoofdaannemer de volgorde waarin en de wijze waarop de dakconstructie werd gemonteerd niet controleerde. Problemen werden op uitvoeringsniveau opgelost tussen de onderaannemers. De door FC Twente aangestelde bouwinspecteurs inspecteerden of de

79 Commissie Veerman 2009.

80 Ibid. p. 23

81 Enquêtecommissie Noord/Zuidlijn 2009.

82 Ibid. p. 221.

83 Op raakvlakken (interfaces) wordt hierna ingegaan in paragraaf 8.3.4.

84 Enquêtecommissie Noord/Zuidlijn 2009, p. 221.

uitbreiding na volledige realisatie zou voldoen aan de eisen van de opdrachtgever. Zij inspecteerden niet hoe er gebouwd werd en of dit veilig gebeurde.⁸⁵

d) De B-Tower in Rotterdam

Tot slot wordt hier kort gewezen op het rapport van de Onderzoeksraad naar aanleiding van het instorten van een deel van de B-tower in Rotterdam, waarin aandacht wordt besteed aan coördinatie⁸⁶:

‘Een bouwproject wordt uitgevoerd door verschillende ondernemingen - en dat worden er tegenwoordig eerder meer dan minder. De ondernemingen nemen allemaal een deel van het project voor hun rekening. Door deze opdeling wordt de kans op fouten groter. In het voorkomen hiervan worden afstemming over en invulling van de raakvlakken tussen deelhandelingen steeds belangrijker. Een duidelijke taakverdeling en een actieve centrale coördinatie zijn hier onmisbaar. In de praktijk blijkt dat in contracten te weinig expliciet aandacht wordt besteed aan deze aspecten.’⁸⁷

Conclusies naar aanleiding van de onderzoeksrapporten

Wat leren deze onderzoeksrapporten met betrekking tot coördinatie in de bouw? Allereerst moet voorop worden gesteld dat dergelijke rapporten alleen verschijnen, indien er ernstige ongelukken gebeuren met bouwprojecten. Voorts hebben de onderzoeken betrekking op relatief grote bouwprojecten. Er is daarom enige voorzichtigheid geboden bij het trekken van conclusies met betrekking tot deze onderzoeken. Wat wel geconcludeerd lijkt te kunnen worden is dat bij grote ongevallen, die aanleiding geven tot het opstellen van onafhankelijke onderzoeksrapporten, gebrekkige coördinatie vaak een factor is die heeft bijgedragen aan het ontstaan van die ongevallen. Dit wil nog niet per definitie zeggen dat gebrekkige coördinatie vaak tot ernstige gevolgen leidt, maar wel dat dit mogelijk is en dat bij ernstige incidenten vaak gebrekkige coördinatie een negatieve rol speelt. Deze bevinding onderbouwt verder het beeld dat in paragraaf 8.3.2.1, uit de internationale literatuur naar voren komt, dat coördinatie een van de onderdelen van het bouwproces is en met regelmaat niet succesvol verloopt, hetgeen de doelstellingen van de betreffende bouwprojecten in gevaar brengt.

Meer specifiek doen zich volgens de betreffende onderzoekscommissies de volgende problemen voor:

- grote bouwprojecten worden opgeknipt in deelprojecten, waarvoor verschillende opdrachtnemers worden ingeschakeld en verschillende vergunningen worden verkregen. Dit leidt tot een groot aantal raakvlakken tussen de verschillende contracten en op een centraal niveau tot een verlies aan overzicht;

85 Onderzoeksraad Voor Veiligheid 2012, p. 5.

86 Dit rapport kwam al uitgebreider aan de orde in het inleidende hoofdstuk 7.

87 Onderzoeksraad Voor Veiligheid 2012, p. 5.

Deze oorzaak gaat vooraf aan het verloop van coördinatie tijdens de bouw en zorgt ervoor dat de coördinatieonderdelen faciliteren en leiding geven onvoldoende kunnen worden uitgevoerd.⁸⁸

- informatie-uitwisseling tussen partijen is onvolledig, waardoor partijen niet of slecht op de hoogte zijn van zaken. Deze problemen hebben betrekking op de onderdelen faciliteren, communicatie en registratie;
- er is geen centrale figuur die verantwoordelijk is voor coördinatie dan wel toezicht houdt op de coördinatie. Dit probleem heeft betrekking op de onderdelen leiding geven en controle;
- over risico's (met betrekking tot coördinatie) vindt geen of te weinig overleg plaats tussen partijen die deelnemen aan het bouwproces. Deze problemen hebben betrekking op de onderdelen communicatie en faciliteren;
- het probleem lijkt te zijn dat de coördinatiefunctie niet of niet goed wordt ingevuld, ook wanneer die functie wel is toebedeeld aan een partij;
- in de praktijk blijkt dat in contracten te weinig oog is voor afstemming tussen deelprojecten.

Uit deze lijst van problemen blijkt dat in de praktijk over de volle breedte van de coördinatie taak problemen ontstaan. In een aantal onderzoeken wordt bij coördinatieproblemen ook expliciet de relatie met de juridische organisatie van het bouwproject gelegd.

8.3.2.3 Constructieve veiligheid

Recent onderzoek door Terwel naar constructieve veiligheid betreft de oorzaken van bouwfouten.⁸⁹ Dit onderzoek richt zich op fouten op het gebied van een bepaald kwaliteitsaspect: constructieve veiligheid van bouwwerken. Hoewel dit onderzoek zich dus niet richt op fouten die samenhangen met andere kwaliteitsaspecten, of met tijd en budget, worden de resultaten van dit onderzoek hier weergegeven, omdat ervan uitgegaan mag worden dat problemen die spelen rond constructieve veiligheid ook in enige mate van belang zijn voor die andere aspecten.

Terwel rangschikt de oorzaken naar drie niveaus: macro-, meso- en microniveau. Op het macroniveau kunnen bijvoorbeeld culturele of economische factoren een rol spelen. Het macroniveau heeft echter betrekking op de samenleving of de bouwsector als geheel en de factoren op macroniveau kunnen daarom niet goed op projectniveau in een overeenkomst geadresseerd worden. Dit kan wel met factoren op meso- en microniveau, die bijvoorbeeld betrekking hebben op de samenwerking tussen partijen, communicatie tussen partijen, de veiligheidscultuur binnen

88 Het ontstaan van contractuele raakvlakken kan een van de oorzaken van coördinatieproblemen zijn. In de basis gaat het echter om het afstemmen van activiteiten die door verschillende mensen worden uitgevoerd. Daarvan is ook sprake als er minder of maar één contract is. Dan zijn er immers dezelfde activiteiten en zijn er ook eenzelfde hoeveelheid mensen nodig.

89 Terwel 2014.

een project, de verdeling van verantwoordelijkheden in een project, een analyse en verdeling van verantwoordelijkheden, de technische competenties van personen en de houding van personen.⁹⁰

Het empirisch onderzoek door Terwel heeft aangetoond dat de kritische factoren voor constructieve veiligheid op projectniveau de volgende zijn⁹¹:

- communicatie en samenwerking;
- controle;
- allocatie van verantwoordelijkheden;
- risicomangement;
- veiligheidscultuur;
- kennisinfrastructuur;

Terwel stelt ten aanzien van deze kritische factoren ook concrete verbeterpunten voor. Deze verbeterpunten worden hier kort besproken, omdat ze relevantie (kunnen) hebben voor de wijze waarop goede coördinatie kan bijdragen aan het voorkomen van bouwfouten. Alleen de eerste drie onderwerpen komen aan bod, omdat die een directe relatie hebben met (juridische) aspecten van coördinatie.

a) Communicatie en samenwerking⁹²

Communicatie en samenwerking hangen onderling nauw samen en hangen voorts nauw samen met coördinatie.⁹³ Communicatie kan volgens Terwel tussen de ontwerpdiscipline en de uitvoerende discipline bevorderd worden door betrokkenheid van uitvoerders in de ontwerpfase en van ontwerpers in de uitvoeringsfase. Voorts stelt Terwel dat het gebruik van geïntegreerde contracten communicatie tussen de verschillende disciplines kan bevorderen. De gedachte hierachter is dat er minder (contractuele) raakvlakken ontstaan als de verschillende fasen van het bouwproject niet apart worden gecontracteerd. Dit kan het geval zijn, maar de vraag die dan wordt opgeroepen is of er niet op een ander niveau in de contractuele keten alsnog aparte contracten tot stand komen. Een derde mogelijkheid tot verbetering van de communicatie is het gebruik van het Building Information Model (BIM).

Voor samenwerking zijn verschillende factoren van belang, zoals verstandhouding en vertrouwen. Vertrouwen kan bevorderd worden wanneer partijen elkaars competenties vertrouwen. Een goede sfeer binnen een team kan ertoe leiden dat een team gemakkelijker zal omgaan met onverwachte situaties. Voorts is van belang dat de verschillende disciplines (managers, ingenieurs, uitvoerders) elkaars manier van werken begrijpen. Tot slot kan ook ketenintegratie bijdragen aan de verbetering van de samenwerking.

90 Ibid. p. 100-111.

91 Ibid. p. 126.

92 Ibid. p. 148-150.

93 Zie hierover de paragrafen 8.4 en 8.5.

b) Controle⁹⁴

Een verbetering van controle vereist volgens Terwel in de eerste plaats dat betrokken partijen overtuigd zijn van de noodzaak van controle.⁹⁵ Er kunnen bijvoorbeeld conflicten ontstaan tussen controle op fouten en het voorkomen van vertraging. Het is van belang dat die conflicten niet tot gevolg hebben dat controle achterwege blijft. Voorts is relevant dat controle plaatsvindt waar de risico's het hoogst zijn.⁹⁶ Controle dient ook gevolgd te worden door een adequate reactie op zaken die aan het licht komen. Controle kan verder gestimuleerd worden door het verruimen van de aansprakelijkheid van partijen⁹⁷, standaardisering, het gebruik van prefab elementen en het gebruik van moderne technieken om constructieve prestaties van bouwwerken te monitoren.

c) Allocatie van verantwoordelijkheden⁹⁸

Allocatie van verantwoordelijkheden wordt belangrijker naarmate een bouwproces meer wordt 'opgeknipt'. Verbetering op dit gebied kan bereikt worden door duidelijke en complete contracten die bovendien prikkels bevatten om extra kosten te vermijden. Een tweede mogelijkheid tot verbetering van de verantwoordelijkheidsverdeling is het aanwijzen van een centrale partij die verantwoordelijk is voor de coördinatie. Een derde verbeterpunt is de vermindering van de complexiteit van het bouwproces. Hoewel dit niet altijd mogelijk is, zal in sommige gevallen de complexiteit beperkt kunnen worden door een maximum aantal participanten te hanteren, geïntegreerde contracten te gebruiken of ketenintegratie toe te passen.

De door Terwel als kritisch aangeduide factoren zijn van verschillende aard. Een aantal van de factoren heeft betrekking op de beïnvloeding van gedrag en cultuur, zoals communicatie en samenwerking in een sfeer van vertrouwen. Andere factoren zien meer op verbetering van het management van het bouwproces door betere risicoanalyse en betere controlemechanisme. Er worden ook typisch juridische factoren genoemd, zoals het duidelijk vastleggen van verantwoordelijkheden en het verminderen van de contractuele complexiteit en versnippering van het bouwproces.

8.3.2.4 Tussenconclusie en de relatie tot bouwcontracten

Coördinatie is een belangrijk element van succesvolle bouwprojecten zo blijkt uit de literatuur. Ook in onderzoeksrapporten die tot stand zijn gekomen naar aanleiding van ongevallen of budgetoverschrijdingen met bouwprojecten, komt naar

94 Terwel 2014, p. 145-148.

95 Ibid. p. 145

96 Ibid. p. 146.

97 Ibid. p. 147.

98 Ibid. p. 139-143.

voren dat coördinatie een belangrijke factor is. In die rapporten is ook de relatie gelegd met de wijze waarop projecten contractueel zijn georganiseerd. De volgende aspecten kwamen aan de orde.

- Grote bouwprojecten worden opgeknipt in deelprojecten, waarvoor verschillende opdrachtnemers worden ingeschakeld en er een (groot) aantal contractuele raakvlakken ontstaan waaruit coördinatie-risico's voortvloeien.
- Informatie-uitwisseling tussen partijen is onvolledig, waardoor partijen niet of slecht op de hoogte zijn van zaken. Er is te weinig overleg binnen het bouwproces over (coördinatie)risico's. Het uitwisselen van informatie over onderlinge afhankelijkheden is een onderwerp dat terugkomt in bouwcontracten in het algemeen en coördinatiecontracten in het bijzonder.
- Er is geen centrale figuur die verantwoordelijk is voor coördinatie dan wel toezicht houdt op de coördinatie. Een dergelijke centrale figuur zal gecontracteerd moeten worden en binnen het bouwproces ook voldoende (contractuele) bevoegdheden moeten hebben om de centrale rol goed uit te kunnen voeren.

Ook Terwel gaat in op het aanwijzen van een centrale figuur in het bouwproces die verantwoordelijk is voor coördinatie. Verder besteedt hij aandacht aan andere aspecten die een relatie hebben met het bouwcontractenrecht, zoals de prikkelende werking van aansprakelijkheid, de hoeveelheid van contracten die gebruikt worden voor een bouwproject, de mate waarin deze contracten geïntegreerd zijn en het duidelijk en volledig verdelen van verantwoordelijkheden.

8.3.3 Welke omstandigheden liggen ten grondslag aan coördinatieproblemen in het bouwproces

Coördinatie is een activiteit die in veel organisaties en samenwerkingsverbanden moet worden uitgevoerd en niet alleen in bouwprojecten. Overal waar samenwerking plaatsvindt, zal een zekere mate van afstemming plaats moeten vinden en kunnen zich problemen voordoen met betrekking tot die afstemming. Er zijn echter ook factoren die specifiek voor het bouwproces tot coördinatieproblemen leiden. In deze subparagraaf wordt ingegaan op de verschillende soorten factoren die een rol spelen. Achtereenvolgens komen factoren met betrekking tot de eigenschappen van het bouwproces, economische factoren, de houding en hoedanigheid van partijen en juridische factoren aan de orde.

8.3.3.1 Factoren met betrekking tot de eigenschappen van het bouwproces

Sommige factoren zijn inherent aan het karakter dat een bouwproces kan hebben. In dit kader kunnen de volgende omstandigheden worden benoemd.

- Bouwprojecten zijn in sommige gevallen projecten op een grote schaal. Er moet een grote hoeveelheid vaak arbeidsintensieve handelingen worden verricht, die, zeker bij grote projecten, een grote hoeveelheid tijd in beslag nemen.

- Hierdoor is het lastig of in sommige gevallen onmogelijk voor één partij om een goed overzicht te verkrijgen en behouden over het gehele proces.⁹⁹
- Bouwprojecten worden in steeds grotere mate opgeknipt om de te verrichten activiteiten te verdelen over verschillende partijen.¹⁰⁰ De oorzaak hiervan is onder meer gelegen in de toenemende specialisatie onder partijen die actief zijn in de bouwsector.¹⁰¹ De diversiteit van verschillende disciplines wordt in de bouw ervaren als een bron van complexiteit. In verschillende specialisatie-richtingen spreekt men bijvoorbeeld niet altijd dezelfde taal en verschillende disciplines kunnen verschillende belangen hebben in een project.¹⁰² Bovendien kunnen er op de raakvlakken van verschillende contracten onduidelijkheden ontstaan over de verantwoordelijkheden van partijen.
 - Bouwprojecten kunnen technisch zeer complex zijn in objectieve zin of voor de betrokken partijen.¹⁰³ Percepties van complexiteit kunnen verschillen, hetgeen op zich zelf ook een reden kan zijn van coördinatieproblemen.
 - Bouwprojecten hebben te maken met een relatief grote mate van onzekerheid. Door de lange duur van een project, de complexiteit en de afhankelijkheid van omgevingsfactoren kunnen zich omstandigheden voordoen waar van tevoren geen rekening mee is of kon worden gehouden.¹⁰⁴ Er zijn talloze oorzaken denkbaar die gedurende het bouwproces technische of tijdsaanpassingen nodig maken.¹⁰⁵
 - Bouwprojecten zijn vaak uniek.¹⁰⁶ Bij ieder project is in beginsel sprake van een nieuw ontwerp en van nieuwe omgevingsfactoren, zodat ook de uitvoering van het ene project nooit hetzelfde is als de uitvoering bij een ander project.¹⁰⁷
 - Partijen werken vaak eenmalig met elkaar samen. Dit maakt het voor de verschillende betrokken partijen bij een bouwproces moeilijk om bepaalde routi-

99 Zoals het geval was bij het Bos en Lommerplein, zie par. 8.3.2.2.

100 Priemus & Ale 2010, p. 113.

101 Een voorbeeld hiervan is dat het ontwerptraject van de installaties wordt opgesplitst in een advies op hoofdlijnen over de keuze van het type installatie en het in een later stadium door een ander adviesbureau laten uitwerken van die installatiekeuze in het ontwerp, zoals het geval was in Hof Den Bosch 9 december 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:5171.

102 Bosch-Rekvelde 2013, p. 36.

103 Zie voor een onderzoek naar percepties van projectcomplexiteit Bosch-Rekvelde 2013. In Hof Den Bosch 9 december 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:5171 was bijvoorbeeld sprake van toepassing van een ventilatiesysteem met decentrale warmte-terugwinning-units, maar geen van de betrokken partijen had enige ervaring met dit ten tijde van de toepassing nieuwe systeem.

104 Zie ook Heldt 2009, p. 138.

105 Voorbeelden zijn gewijzigde inzichten over de van tevoren moeilijk in te schatten bodemgesteldheid, een te late levering van bouwstoffen, etc.

106 Cooper e.a. 2005, p. 1. Zie ook Jansen 2009, p. 99, Van Gulijk 2014, p. 73.

107 Hierbij past wel enige relativisering. Sommige projecten, bijvoorbeeld die de bouw van een woning betreffen, stemmen in essentie overeen en vertonen slechts weinig afwijkingen van elkaar, zie Construction Task Force 1998, p. 18.

nes op te doen en de bedrijfsprocessen op elkaar af te stemmen.¹⁰⁸ Bovendien vergroot dit het risico op conflicten tussen deelnemers aan het bouwproces. Ook bestaan er tussen verschillende projecten verschillen op het gebied van samenwerkingscultuur.¹⁰⁹

- Er zijn verschillende soorten afhankelijkheidsrelaties tussen de verschillende activiteiten die in het bouwproces moeten worden gecoördineerd. Sommige van die raakvlakken zijn te voorzien, andere ontstaan later. In het verlengde hiervan kan gewezen worden op het onderscheid tussen actieve (installaties, IT) en passieve systemen (civiel, infra, constructie) die zeer respectievelijk minder gevoelig zijn voor wijzigingen en aanpassingen.¹¹⁰ Er zijn verschillende soorten afhankelijkheidsrelaties tussen de verschillende activiteiten die in het bouwproces moeten worden gecoördineerd. Niet alleen het bestaan van raakvlakken, maar ook de mate waarin raakvlakken zich tussen verschillende disciplines bevinden¹¹¹ en de mate waarin raakvlakken van tevoren worden herkend, zijn van belang.¹¹²
- Bouwprojecten bestaan uit verschillende fases. De verantwoordelijkheden van partijen liggen vaak per fase verschillend, waardoor niet alleen binnen de fases van het bouwproces, maar ook in de aansluiting tussen de fases problemen kunnen ontstaan.¹¹³
- De lange duur van bouwprocessen kan een oorzaak zijn van afstemmingsproblemen.¹¹⁴ De periode van ontwerp tot oplevering duurt vaak lang. In deze periode kunnen feitelijke omstandigheden veranderen, evenals de wensen van opdrachtgevers.
- Het feit dat productie op locatie plaatsvindt in de bouw, in tegenstelling tot de meeste andere sectoren in de industrie, heeft tot gevolg dat het bouwproces logistiek en technisch ingewikkeld kan zijn.

8.3.3.2 Economische factoren

Voorts kunnen economische prikkels een negatieve invloed hebben op het succesvol verloop van coördinatie.

- Er bestaan sterke prikkels om projecten zo snel mogelijk¹¹⁵ en goedkoop mogelijk af te ronden. Dit heeft tot gevolg dat het niet goed mogelijk is om (tijds)

108 Er zijn wel initiatieven in de sector om projectoverstijgend samen te werken door middel van ketensamenwerking. Over dit onderwerp verscheen in 2013 een preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht van de hand van Chao-Duivis en Wamelink.

109 King 2009.

110 Neerlands Diep 2014, p. 9.

111 Bosch-Rekvelde 2013, p. 36.

112 Bosch-Rekvelde 2013, p. 36.

113 Onderzoekscommissie Bos en Lommerplein 2007, p. 112-113.

114 Cooper e.a. 2005, p. 2.

115 Xie, Thorpe & Baldwin 2000, p. 771. Zie hierover ook Bosch-Rekvelde 2013, p. 36.

marges in te bouwen in het project en zoveel mogelijk activiteiten parallel plaatsvinden¹¹⁶, waardoor vertragingen op bepaalde onderdelen directere en grotere gevolgen kunnen hebben voor het gehele project.

- Opportunistisch gedrag van individuele partijen.¹¹⁷ Indien een partij onvoldoende het gemeenschappelijk belang bij een gecoördineerd verloop van het bouwproces ervaart¹¹⁸, zal opportunistisch gedrag eerder op de loer liggen, dan wanneer alle partijen coördinatie als een groot gemeenschappelijk belang zien, waardoor individuele partijen van samenwerking profiteren.¹¹⁹
- De economische wetten van vraag en aanbod zijn ook van toepassing op coördinatie. Naarmate het aanbod groter is dan de vraag zal de prijs van een project dalen, hetgeen ook zal gelden voor het onderdeel coördinatie. Een kleiner budget voor coördinatie kan van nadelige invloed zijn op de resultaten die met coördinatie bereikt worden. Een vraagmarkt kan partijen onder druk zetten om coördinatie taken zo beperkt mogelijk te begroten en uit te voeren.

8.3.3.3 Houding en hoedanigheid van partijen

Ten derde kunnen factoren een rol spelen die betrekking hebben op de houding en de hoedanigheid van partijen. Daarbij kan gedacht worden aan de volgende omstandigheden.

- Gebrekkige informatiedeling¹²⁰ tussen partijen met verschillende disciplines kan afstemmingsproblemen tot gevolg hebben.
- Bij een deel van de bouwprojecten is sprake van onervaren opdrachtgevers, die in sommige gevallen taken en verantwoordelijkheden hebben op het gebied van coördinatie.¹²¹ Hierbij kan in de eerste plaats gedacht worden aan particulieren, maar ook bedrijven die een andere positie innemen in het economisch verkeer, kunnen op het gebied van bouwprocessen ondeskundig en onervaren zijn.
- Conflicten kunnen een negatief effect hebben op de samenwerking tussen partijen in een project.

116 Austin 1996.

117 De mogelijkheid dat actoren opportunistisch gedrag vertonen, bestaande uit het nastreven van eigenbelang door het vertonen van oneerlijk gedrag, vormt bijvoorbeeld onderdeel van economische theorie. Zie hierover Welling 2006, p. 59-60, 73.

118 Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als de opdrachtgever met de ene nevenaannemer een krappe bouwtijd overeenkomt en met de andere nevenaannemer een veel ruimere bouwtijd overeenkomt. Wanneer die nevenaannemers met elkaar samen moeten gaan werken, zal de ene nevenaannemer een veel groter belang hechten aan goede afstemming dan de andere nevenaannemer.

119 Een voorbeeld van het creëren van een gemeenschappelijk belang is de alliantievorm. Positieve en negatieve resultaten worden via een verdeelsleutel over verschillende partijen gedeeld.

120 Bosch-Rekvelde 2013, p. 36.

121 Cooper e.a. 2005, p. 1.

8.3.3.4 Juridische factoren

Tot slot wordt hier gewezen op mogelijke juridische factoren.

- Wanneer de verantwoordelijkheden op het gebied van coördinatie juridisch niet duidelijk zijn vastgelegd of onvoldoende zijn afgestemd op de coördinatieproblematiek die in een specifiek project speelt, kan dit negatief van invloed zijn op de wijze waarop de coördinatie plaatsvindt.
- Uitsluiting of beperking van aansprakelijkheid met betrekking tot coördinatie kan tot leiden tot een verminderde prikkel om afstemmingsproblemen te voorkomen.
- De met coördinatie en afstemming samenhangende processen van besluitvorming en communicatie dienen vaak plaats te vinden in een juridisch schemergebied van samenwerkende partijen die niet (direct) contractueel verbonden zijn met elkaar.
- Denkbaar is dat deze partijen wel contractueel met elkaar verbonden, maar dan moeten de bilaterale en multilaterale contracten wel op elkaar zijn afgestemd.¹²²
- Een partij die een coördinerende functie heeft, heeft daarvoor bepaalde bevoegdheden nodig. Ontbreken die bevoegdheden dan wordt de uitvoering van de coördinatie taak daardoor bemoeilijkt.

Er is kortom een groot aantal factoren dat coördinatie in het bouwproces negatief en ook positief kan beïnvloeden. Een aantal factoren is een gegeven en kan in een individueel project niet beïnvloed worden. Een voorbeeld van dit type factoren is dat de bouw van een werk op locatie plaatsvindt. Andere factoren, zoals de mate waarin informatie gedeeld wordt, is wel per project te beïnvloeden. De laatstgenoemde factoren bieden aanknopingspunten voor de wijze waarop gecontracteerd dient te worden over coördinatie.

8.3.3.5 Tussenconclusie en de relatie tot bouwcontracten

Bij goede coördinatie dienen de coördinatie-activiteiten gericht te zijn op het voorkomen c.q. bestrijden van de verschillende typen oorzaken van afstemmingsproblemen:

- De (complexe organisatorische) eigenschappen van het bouwproces;
- Economische prikkels;
- Relationale factoren;
- Juridische factoren.

Deze verschillende factoren zullen aan bod moeten komen in contracten die coördinatie van het bouwproces als onderwerp hebben. Deze verschillende typen oorzaken hebben een verschillende aanpak nodig. Is de verwachting dat opportu-

122 Zie over deze problematiek Jansen 2014, Strang 2017, p. 1332-1333.

nistisch gedrag van bepaalde partijen een probleem kan zijn, dan zal een andere oplossing aangewezen zijn dan wanneer verschillende percepties van de complexiteit van een versnipperd bouwproces als mogelijke oorzaak van problemen wordt gezien.

8.3.4 Raakvlakken in de verschillende fases van het bouwproces

8.3.4.1 Inleiding

Winters heeft in 2014 onderzoek gedaan naar raakvlakrisico's bij nevenaanning.¹²³ In zijn onderzoek komen motieven voor het knippen van projecten aan de orde, de raakvlakrisico's die zich voordoen als gevolg van dit opknippen en de mogelijke maatregelen die raakvlakrisico's kunnen voorkomen of beperken. De resultaten van dit onderzoek worden in deze paragraaf weergegeven.

Daaraan voorafgaand is van belang het onderscheid dat Winters maakt tussen verschillende categorieën van raakvlakken.¹²⁴ Raakvlakken kunnen bestaan tussen fysieke gebouwelementen. In dat geval vloeien ze in feite voort uit ontwerpkeuzes. Raakvlakken kunnen ook contractueel of organisatorisch van aard zijn of betrekking hebben op de tijd. In het laatste geval vloeien ze voort uit de organisatie van het bouwproces en de contracten die daaraan ten grondslag liggen.

8.3.4.2 Motieven voor opknippen van projecten

Voor beantwoording van de vraag of het mogelijk is om het opknippen van projecten te voorkomen, is inzicht nodig in de motieven die ten grondslag liggen aan het opknippen.¹²⁵ Uit de literatuur¹²⁶ zijn een aantal verschillende motieven bekend:

- het project heeft een lange doorlooptijd en er kunnen tussentijds inzetbare onderdelen worden opgeleverd;
- het project kent specifieke onderdelen, waarvoor een gespecialiseerde aannemer nodig is;
- het project is te groot om bij één opdrachtnemer neer te leggen;
- de eisen met betrekking tot later te verrichten werkzaamheden binnen het project zijn nog niet bekend.

Winters heeft in een empirisch onderzoek 35 mogelijke motieven voor opknippen nader onderzocht. In de resultaten van dat onderzoek klinken de bovengenoemde aspecten door: het beïnvloeden van het startmoment en de doorlooptijd van (deel)

123 Winters 2014.

124 Ibid. p. 30.

125 Terzijde wordt opgemerkt dat in het geval van overheidsopdrachten het aanbestedingsrechtelijke kader m.b.t. het samenvoegen of splitsen van opdrachten (zie art. 1.5 Aw 2012) van belang kan zijn.

126 Couwenberg 2011, p. 6.

projecten, het vergroten van het aantal mogelijke opdrachtnemers, het daardoor spreiden van risico's, het gebruik maken van gespecialiseerde partijen en een betere beheersbaarheid per (deel)project worden als motieven opgesomd. Vanuit de contractuele invalshoek worden de volgende motieven genoemd:

- de opdrachtgever kan verschillende contractuele relaties aangaan met opdrachtnemende partijen;
- per deelproject kan een ander contract worden opgesteld afhankelijk van de invloed die opdrachtgevers willen uitoefenen en de risico's die per deelproject verschillend kunnen zijn.

Ten aanzien van de hierboven genoemde motieven kan het volgende worden opgemerkt. Bij bepaalde motieven lijkt er niet echt keuzevrijheid te bestaan bij de opdrachtgever. Wanneer een gespecialiseerde opdrachtnemer nodig is om een bepaald deelproject uit te voeren, dan zal de opdrachtgever haast gedwongen zijn om het werk op te knippen. Bij andere motieven is het wellicht niet strikt noodzakelijk om op te knippen, maar zijn er wel aanzienlijke voordelen te behalen (bijvoorbeeld een korte doorlooptijd) die op kunnen wegen tegen het ontstaan van raakvlakrisico's. Het is met andere woorden niet altijd mogelijk of wenselijk om af te zien van het opknippen van projecten.

8.3.4.3 Raakvlakrisico's

Raakvlakrisico's kennen verschillende oorzaken. Winters noemt tien verschillende oorzaken.¹²⁷

1. Onduidelijke coördinatieverantwoordelijkheden bij nevenaanneming dragen het meeste bij aan veel voorkomende raakvlakrisico's.
2. Onduidelijke ontwerp-/uitvoeringsverantwoordelijkheden. Onduidelijke ontwerpverantwoordelijkheden kunnen leiden tot hiaten of fouten in de uitwerking van fysiek-technische raakvlakken. Onduidelijke uitvoeringsverantwoordelijkheden kunnen ertoe leiden dat niet duidelijk is welke partij een bepaald raakvlak dient uit te voeren.
3. Onbekende/onvoorziene raakvlakken ontstaan op een moment dat een (deel)contract al gesloten is. Ook kunnen raakvlakken bij de ene partij wel bekend zijn en bij de andere partij niet.
4. Tussentijdse scopewijzigingen deelprojecten kunnen invloed hebben op de raakvlakken met andere deelprojecten.
5. Planningswijzigingen in een deelproject kunnen invloed hebben op de planning van een ander deelproject of van het project als geheel.
6. Problemen aanbestedingsstrategie kunnen samenhangen met de duur van de aanbestedingsprocedure en het moment van gunnen.

127 Winters 2014, p. 81.

7. Locatie en beeldvorming knip. De knip kan op verschillende ‘locaties’ worden gemaakt. De ene locatie brengt meer raakvlakrisico’s met zich dan de andere.
8. Opleveringsproblemen. Wanneer deelprojecten op een verschillend moment worden opgeleverd is het niet goed mogelijk om de raakvlakken tussen die deelprojecten te toetsen.
9. Bedrijfsmatige oorzaken. Deze hebben betrekking op de doelstellingen van het project, de beslissystemen en de onderlinge transparantie.
10. Informatietechnische kwesties. Wanneer partijen uitgaan van verschillende informatie kunnen raakvlakrisico’s ontstaan.

Veel van deze oorzaken van raakvlakrisico’s hebben een bouwcontractueel aspect.¹²⁸ Het vastleggen van coördinatieverantwoordelijkheden, ontwerp- en uitvoeringsverantwoordelijkheden, (de mogelijkheid tot) het wijzigen van deelprojecten, het wijzigen van de planning, de wijze van opknippen van projecten en de oplevering van deelprojecten zijn zaken waarover wordt gecontracteerd. Bij succesvolle coördinatie zullen de risico’s die hieruit voortvloeien onder ogen moeten worden gezien.

8.3.4.4 Maatregelen nemen die raakvlakrisico’s kunnen beperken of voorkomen

Winters geeft een aantal maatregelen die genomen kunnen worden om raakvlakrisico’s te voorkomen. Deze maatregelen hebben onder meer betrekking op:

- het toedelen van coördinatieverantwoordelijkheden aan de meest gereede partij en het maken van procesafspraken met betrekking tot raakvlakken. In het algemeen is volgens Winters een opdrachtnemende partij het meest geschikt, maar in sommige gevallen de opdrachtgever. Dit laatste is het geval wanneer er sprake is van een politiek complexe omgeving of wanneer de deelprojecten niet allemaal een raakvlak met elkaar hebben en een opdrachtnemer zich dus niet bij alle deelprojecten even betrokken zal voelen¹²⁹;
- een scheiding in de tijd tussen ontwerpwerkzaamheden en de daarop volgende ontwerp- en uitvoeringswerkzaamheden. Dit voorkomt dat er wijzigingen op het raakvlak optreden terwijl bepaalde contracten al gesloten zijn;
- het gezamenlijk opstellen van de scopedocumenten van deelprojecten;
- het zo vroeg mogelijk transparant maken van raakvlakproblemen;
- het gebruik van één contracttype voor deelprojecten die raakvlakken met elkaar hebben;
- een risicoverdeling met betrekking tot ontwerpraakvlakken en het creëren van financiële prikkels met betrekking tot het voorkomen van raakvlakproblemen;
- het toedelen van de ontwerpverantwoordelijkheid voor raakvlakken aan de meest geschikte partij.

128 Daarop gaat Winters 2014 ook uitgebreid in op p. 89-112.

129 Ibid. p. 114.

Als overkoepelende maatregel beschrijft Winters een ‘Alliantie-light model’ dat voorwaarden bevat die op raakvlakproblemen van toepassing zijn.¹³⁰ De nadruk ligt op het ontwerp, omdat uitvoeringsproblemen vaak hun oorzaak vinden in beslissingen die zijn genomen tijdens de ontwerpfase.¹³¹ Beide nevenopdrachtnemers zijn in het model verantwoordelijk voor het raakvlakontwerp en dragen het risico middels een bonus/malusregeling en coördinatieverantwoordelijkheden worden helder verdeeld.¹³²

8.3.4.5 Tussenconclusie en de relatie tot bouwcontracten

Een onderwerp dat een directe relatie heeft tot het contracteren over coördinatie is het verdelen van de verantwoordelijkheden met betrekking tot raakvlakken. In deze paragraaf zijn problemen en oplossingen aan de orde gekomen die een directe relatie hebben met het contracteren over coördinatie, onder meer het moment van contracteren in relatie tot de uitvoering van andere contracten, (wijzigingen in) de scope van de contracten, de toedeling van onderlinge verantwoordelijkheden, het creëren van prikkels om raakvlakproblemen te voorkomen en het zo vroeg mogelijk identificeren van raakvlakproblemen.

8.3.5 Beheersing van het bouwproces in relatie tot coördinatie

De overkoepelende term projectmanagement is een ook buiten de bouwsector bekend begrip. Met dit begrip wordt de activiteit aangeduid waardoor binnen een project het behalen van bepaalde doelstellingen wordt nagestreefd. Projectmanagement heeft voor een deel betrekking op coördinatieproblematiek, maar richt zich in beginsel op de algehele beheersing van een project en alle factoren die daarop van invloed kunnen zijn.¹³³ Het voert voor dit onderzoek te ver om uitgebreid in te gaan op onderzoek naar projectmanagement. In deze paragraaf wordt wel ingegaan op aspecten van de beheersing van het bouwproces die specifiek betrekking hebben op raakvlakproblemen en/of bouwprojecten.

8.3.5.1 Bouwprojectmanagement en de beheersaspecten daarvan

Bouwprojectmanagement richt zich in het algemeen op een vijftal aspecten die met het acroniem GOTIK worden aangeduid: Geld, Organisatie, Tijd, Informatie en Kwaliteit.¹³⁴ In deze subparagraaf wordt kort ingegaan op de vraag hoe het onderwerp coördinatie zich verhoudt tot deze benadering van het management van bouwprojecten.

130 Winters 2014, p. 126.

131 Ibid p. 127.

132 Ibid. p. 128-129.

133 Söderlund 2012, p. 41, 48-49.

134 Wamelink 2010, p. 49.

Organisatie heeft betrekking op de structuur van het project: de wijze waarop partijen gaan samenwerken en wel contractmodellen daarvoor worden gebruikt.¹³⁵ Dit aspect heeft dus ook betrekking op de organisatorische en juridische aspecten van coördinatie. De verdeling van verantwoordelijkheden en welke contractuele rol partijen spelen met betrekking tot coördinatie.

Informatie is als het ware de grondstof voor coördinatie. Partijen moeten op het juiste moment op de hoogte zijn van informatie die van belang is voor de wijze waarop ze hun activiteiten moeten uitvoeren. Dit is te meer van belang wanneer er raakvlakrisico's zijn. Het registreren en beheren van deze informatie en deze verspreiden draagt bij aan een goede afstemming.

De overige drie invalshoeken (geld, tijd en kwaliteit) betreffen aspecten die beheerst kunnen worden door onder meer coördinatie. Ten aanzien van deze drie aspecten vinden over het algemeen plannende activiteiten plaats, zoals het stellen van een budget voor bepaalde posten¹³⁶, het maken van een tijdsplanning¹³⁷ en het stellen van kwaliteitseisen¹³⁸. Gedurende het bouwproject worden er vervolgens voortgangsbewakende en eventueel bijsturende activiteiten uitgevoerd, om aan de planning, het budget of de kwaliteitsnorm te voldoen. Deze plannende activiteiten, voortgangsbewakende activiteiten en bijsturende activiteiten vallen, voor zover ze betrekking hebben op onderlinge afhankelijkheden, onder de definitie van coördinatie zoals die gegeven is in par. 8.2.2.

Conclusie is dat het uiteindelijke doel van coördinatie vooral ligt bij de beheersaspecten tijd, kwaliteit en geld, maar dat de doelstelling op dat gebied bereikt kunnen worden door een bepaalde organisatorische en juridische structuur te creëren waarin informatie wordt uitgewisseld tussen partijen en bij te sturen wanneer de doelstellingen op het gebied van tijd, kwaliteit en geld niet behaald worden.

Het is overigens denkbaar dat verschillende beheersaspecten met elkaar conflicteren. Een bouwproces kan bijvoorbeeld mogelijk sneller worden afgerond wanneer er minder aandacht is voor kwaliteitsborging. Goede coördinatie heeft daarom niet alleen oog voor de verschillende GOTIK-aspecten, maar ook voor de risico's die voortvloeien uit mogelijke conflicten tussen die aspecten.

8.3.5.2 Interfacemanagement

Een vorm van (project)management die specifiek betrekking heeft op raakvlakrisico's is interfacemanagement. Deze vorm van management wordt niet alleen in het kader van bouwprocessen bestudeerd, maar bijvoorbeeld ook in het kader van

135 Ibid. p. 55.

136 Ibid. p. 51.

137 Ibid. p. 52.

138 Ibid. p. 50.

offshore projecten en bijvoorbeeld de ruimtevaart.¹³⁹ Interfacemanagement kan betrekking hebben op fysieke, contractuele en organisatorische raakvlakrisico's.¹⁴⁰

In de basis bestaat interfacemanagement uit vier achtereenvolgende stappen¹⁴¹:

- de identificatie van raakvlakrisico's. Deze stap vindt zo vroeg mogelijk plaats voorafgaand aan het project of gedurende speciaal daarvoor bijeengeroepen bijeenkomsten;
- de beschrijving van raakvlakrisico's. Raakvlakken die geïdentificeerd zijn worden uitgewerkt en beschreven;
- de daaropvolgende coördinatie-activiteiten waarmee raakvlakrisico's worden beheerst. Deze coördinatiemaatregelen worden beschreven en de verantwoordelijkheid daarvoor wordt toebedeeld aan een 'raakvlakeigenaar';
- de controle van raakvlakken. Bij deze stap wordt de wijze waarop de coördinatie-activiteiten zijn uitgevoerd gecontroleerd en besproken in de daarvoor bedoelde bijeenkomsten.

In geval van complexe projecten kan het voor een goed overzicht van de raakvlakrisico's behulpzaam zijn om de eisen op dit gebied systematisch te benaderen.¹⁴² Uit een artikel van Couwenberg over dit onderwerp blijkt hoe in sommige gevallen in de praktijk met raakvlakmanagement wordt omgegaan door middel van een Raakvlak Database.¹⁴³

In een dergelijke database worden matrices opgenomen waarin de raakvlakeisen worden opgenomen. Aan de hand van deze eisen worden vervolgens verplichtingen van partijen geformuleerd en de eisen die daaromtrent in het contract moeten worden opgenomen. Het doel is de eisen die aan partijen gesteld worden te 'ontkoppelen' zodat zijn zoveel mogelijk zelfstandig kunnen voldoen aan de eisen die gesteld worden met betrekking tot raakvlakken. Bij complexe raakvlakken kan dit soms niet goed mogelijk zijn.¹⁴⁴ Couwenberg noemt hier als voorbeeld de koppeling van twee beveiligingssystemen. In een dergelijk geval moeten de uitvoerende partijen onderling, onder leiding van een raakvlakmanager, uitwerken wie welk deel van het raakvlak realiseert, hoe elk deel getest kan worden en hoe de gezamenlijke werking van de delen getest kan worden.

139 Nooteboom 2004, Staats 2014, p. 19.

140 Pavitt & Gibb 2003, p. 9.

141 Staats 2014, p. 18.

142 Couwenberg 2011, p. 8.

143 Het navolgende is gebaseerd op Couwenberg 2011, p. 8-9.

144 Couwenberg 2011, p. 9.

8.3.5.3 Kwaliteitsborging

In de loop der tijd is het onderwerp kwaliteitsborging in de bouw steeds meer in de belangstelling komen te staan, met als meest recente resultaat het wetsvoorstel Wet kwaliteitsborging voor het bouwen (Wkb).¹⁴⁵

De basis voor kwaliteit ligt in de uitvoering van de primaire processen (ontwerp en uitvoering) van het bouwproces. Worden de ontwerp- en uitvoeringstaken, en de afstemming daarvan, op een goede manier uitgevoerd, dan zal de kwaliteit van het projectresultaat hoog zijn. Met kwaliteitsborging wordt er gecontroleerd hoe deze primaire processen zijn uitgevoerd. Die controle kan op verschillende niveaus plaatsvinden¹⁴⁶:

- systeemniveau: in welke mate voorziet het kwaliteitssysteem van de organisatie in voldoende mate in processen die de kwaliteit van de door de organisatie uitgevoerde werkzaamheden kunnen borgen?
- procesniveau: in welke mate worden de in het kwaliteitssysteem beschreven processen daadwerkelijk zo uitgevoerd?
- productniveau: in welke mate hebben de bovenbedoelde processen ook daadwerkelijk tot een kwalitatief product geleid?

Aangezien coördinatieproblematiek een belangrijke oorzaak is van verminderde bouwkwaliteit, zullen kwaliteitsborgende instanties kwaliteitsborgingsinstrumenten moeten gebruiken die in voldoende mate en op alle niveaus moeten voorzien in controle op afstemmingsrisico's.

De coördinerende partijen zelf kunnen ook gebruik maken van controle op verschillende niveaus. In par. 8.2.3 is aan de orde gekomen dat controle een van de categorieën van activiteiten is die plaatsvinden bij coördinatie. Een coördinator die controleert of partijen hun activiteiten goed afstemmen kan niet alleen kijken naar bijvoorbeeld het technische resultaat van de afstemming (productniveau), maar zou ook bij partijen kunnen nagaan welke processen zij uitvoeren om tot een goed afgestemd resultaat te komen (procesniveau).

8.3.5.4 Tussenconclusie en de relatie tot bouwcontracten

In de eerste subparagraaf kwam projectmanagement aan de orde, dat ook betrekking kan hebben op coördinatie. Binnen projectmanagement is het van belang om de organisatiestructuur en de informatie-uitwisseling (contractueel) goed vorm te geven om de (in de loop van een project bij te stellen) projectdoelstellingen op het gebied van kwaliteit, tijd en geld te realiseren.

145 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 453.

146 Zie over deze verschillende niveaus Rijkswaterstaat 2007, p. 15, Favié 2010, p. 31.

Er is ook een managementspecialisatie die zich specifiek richt op raakvlakken in het bouwproces: raakvlakmanagement of interfacemanagement. Met een systematische benadering van raakvlakrisico's kunnen de verschillende eisen worden geïdentificeerd die aan partijen gesteld kunnen worden en waarvan contractuele verplichtingen met betrekking tot ontwerp- of uitvoeringswerkzaamheden worden afgeleid.

Tot slot kwam kwaliteitsborging aan de orde. Controles in het kader van kwaliteitsborging kunnen op verschillende niveaus worden uitgevoerd: op systeem-, proces- en productniveau. Op een dergelijke wijze kunnen ook controles op het gebied van coördinatie worden uitgevoerd. Hierover kunnen contractuele afspraken worden gemaakt.

8.3.6 Conclusie

Het bereiken van de doelstellingen van een bouwproject hangt nauw samen met een goed verloop van de coördinatie van het bouwproces. Met een goed verloop van de coördinatie in het bouwproces wordt bedoeld, dat zowel ontwerpwerkzaamheden en uitvoeringswerkzaamheden als de aansluiting van ontwerp op uitvoering succesvol worden gecoördineerd, zodat projectdoelstellingen voor wat betreft de coördinatie worden behaald.

Voor een goed verloop van de coördinatie, en dus ook voor de juridische regeling daarvan, is een aantal in dit hoofdstuk genoemde aspecten van belang. Grote bouwprojecten worden vaak opgeknipt in deelprojecten. Hieronder ontstaat een verlies aan overzicht over het gehele project, zeker wanneer geen centrale figuur is gecontracteerd die verantwoordelijk is voor de (constructieve) samenhang van de deelprojecten.

In het algemeen zijn er verschillende soorten oorzaken denkbaar die problemen op kunnen leveren voor de coördinatie van het bouwproces: oorzaken die samenhangen met de eigenschappen van het bouwproces, economische oorzaken, oorzaken die voortvloeien uit de houding of hoedanigheid van partijen en juridische oorzaken. Bouwcontracten die zich richten op coördinatie zullen in beginsel deze verschillende oorzaken onder ogen moeten zien.

Het opknippen van projecten brengt specifieke raakvlakrisico's met zich die vaak een relatie hebben met het sluiten van overeenkomsten die ten grondslag liggen aan de activiteiten die partijen uitvoeren. Te denken valt aan het moment van contracteren in relatie tot de uitvoering van andere contracten, (wijzigingen in) de scope van de contracten, de toebedeling van onderlinge verantwoordelijkheden, het creëren van prikkels om raakvlakproblemen te voorkomen en het zo vroeg mogelijk identificeren van raakvlakproblemen.

Tot slot is ingegaan op verschillende beheersingsmechanismen die kunnen worden toegepast in het bouwproces. Vanuit die invalshoek kan worden opgemerkt dat een

goede projectstructuur met effectieve informatie-uitwisseling, een systematische benadering van raakvlakproblemen en een gelaagde benadering van het toezicht dat wordt uitgevoerd in het kader van coördinatie behulpzaam kunnen zijn om de coördinatie van een project zo succesvol mogelijk te laten verlopen.

8.4 SAMENWERKING

8.4.1 Inleiding

In de managementwetenschap is het verband tussen samenwerking en het projectresultaat onderzocht. Samenwerking blijkt, niet verrassend, een positief effect te hebben op het behalen van projectdoelstellingen.¹⁴⁷ Het is daarom een relevant onderwerp voor het bouwproces.

Samenwerking is niet alleen van belang voor het bouwproces in het algemeen, maar is ook nauw verbonden met specifiek de coördinatie van het bouwproces. Bij coördinatie zijn immers per definitie meerdere partijen betrokken van wie de ontwerp- en/of uitvoeringsactiviteiten met elkaar samenhangen en die dus met elkaar samenwerken om deze activiteiten te coördineren. De veronderstelling lijkt daarom gerechtvaardigd dat coördinatie positief beïnvloed wordt door goede samenwerking tussen partijen.

Aandacht voor samenwerking bij coördinatie past in een trend in het denken over de bouw: de ‘zachte kant’ komt steeds prominenter naar voren.¹⁴⁸ Vanuit de gedachte dat een goede samenwerking coördinatie positief kan beïnvloeden en een slechte samenwerking negatief, wordt in dit hoofdstuk nader ingegaan op het onderwerp samenwerking.

In deze paragraaf wordt eerst kort ingegaan op het begrip samenwerking en wat dit begrip betekent (par. 8.4.2). Vervolgens komen bepaalde in de literatuur genoemde aspecten aan de orde, zoals de verhoudingen tussen partijen en daarmee samenhangende ‘zachte’ factoren als cultuur en vertrouwen (par. 8.4.3). In welke mate dragen die factoren bij aan een goede samenwerking (en daarmee aan succesvolle coördinatie)? Daarna wordt aandacht besteed aan een onderzoek naar systematisch samenwerken (par. 8.4.4). Tot slot komen mogelijke bedreigingen van samenwerking aan bod, te weten: conflicten en geschillen (par. 8.4.5 en 8.4.6). Op welke wijze kunnen conflicten en geschillen het beste worden opgelost, met het oog op de noodzaak van de voortzetting van de samenwerking voor het verdere gecoördineerde verloop van het bouwproces?

147 Dulaimi e.a. 2001.

148 Reinking 2013. Wijsheden van King, p. 29. *HSL-Zuid. Lessen Geleerd*, p. 29-30. Zie ook bijvoorbeeld de op <www.bouwrechtbedrijf.nl> gepubliceerde contracten over ketensamenwerking. Ook Wamelink 2013, p. 11 wijst op de aandacht voor de ‘zachte kant’ van samenwerken. Het relationele aspect van (impliciete) coördinatie kwam al aan de orde in paragraaf 8.2.2.3.2.

8.4.2 Het begrip samenwerking

In deze subparagraaf wordt ingegaan op de betekenis van het begrip samenwerking. Daarbij komt ook de relatie met coördinatie aan bod.¹⁴⁹

8.4.2.1 Het begrip samenwerking

Tjong Tjin Tai, Van Doorn, Zegveld en Van Laarhoven hebben in een artikel over samenwerking de volgende twee elementen genoemd, die de minimumvereisten vormen om te kunnen spreken van samenwerking: 1) een gemeenschappelijk doel en 2) een individuele bijdrage.¹⁵⁰

Het eerste element, een gemeenschappelijk doel, behoeft enige uitleg. Vaak zullen verschillende organisaties die samenwerken gedreven worden vanuit aparte doelen. Als er sprake is van commerciële organisaties die op een bepaalde wijze samenwerken, zal er bijvoorbeeld bij de afzonderlijke organisaties een individueel doel bestaan om met de eigen organisatie bedrijfswinst te behalen. In een samenwerking bestaat er een onderlinge afhankelijkheid met betrekking tot het behalen van de individuele doelen, er is sprake van verwevenheid. In die onderlinge afhankelijkheid kan het gemeenschappelijke doel liggen.¹⁵¹ Een voorbeeld hiervan is dat er aan het eind van het samenwerkingstraject een bonus te verdelen is.¹⁵² De hoogte van die bonus is afhankelijk van het succes van de samenwerking. Het uiteindelijke individuele doel van ieder van de bij de samenwerking betrokken partijen zal bestaan uit het verkrijgen van een zo groot mogelijk deel van de bonus. Dit betekent echter niet dat er geen gemeenschappelijk doel is. Alle partijen zijn immers gebaat bij een zo hoog mogelijk bonusbedrag.

Het tweede door Tjong Tjin Tai e.a. gegeven element van samenwerking is een individuele bijdrage. Dat daarvan sprake moet zijn is inderdaad evident. Indien een van de partijen geen enkele bijdrage levert aan het doel, wordt dat doel geheel door de andere partij getracht te realiseren en werkt die partij alleen.

Geconcludeerd kan worden dat van de bovengenoemde elementen inderdaad sprake moet zijn, om te kunnen spreken van samenwerking. Op basis van de genoemde elementen kan voorts vastgesteld worden dat bij coördinatie van het bouwproces sprake is van samenwerking. Er zijn verschillende partijen die activiteiten verrich-

149 Een opmerking vooraf over de gebruikte literatuur. In dit hoofdstuk staan nog niet de juridische aspecten van samenwerking centraal. Er wordt wel gebruik gemaakt van juridische bronnen, omdat die soms ook niet-juridische aspecten bespreken. Tjong Tjin Tai e.a. 2009 bespreken bijvoorbeeld eerst het verschijnsel samenwerking, voordat ze ingaan op juridische aspecten.

150 Tjong Tjin Tai e.a. 2009, par. 2.1, onder verwijzing naar onder meer Deutsch 1949.

151 Zie Tjong Tjin Tai e.a. 2009, voetnoot 15.

152 Vergelijk het risicofonds in het Alliantie Light Model in Winters 2014, p. 128-129.

ten op het gebied van coördinatie en daar is ook een duidelijk doel aan verbonden: het bereiken van projectdoelstellingen op het gebied van kwaliteit, tijd en/of geld.

Maar hiermee is het begrip samenwerking nog niet volledig beschreven. Vaak zal in enige mate communicatie tussen partijen nodig zijn om het gemeenschappelijke doel te kunnen bereiken. Allereerst moeten partijen een gemeenschappelijk doel vaststellen en gedurende de samenwerking wellicht bijstellen. Daarnaast kunnen partijen communiceren over de vraag hoe de individuele bijdragen van partijen passen bij het bereiken van het gemeenschappelijk doel en wellicht ook hoe de individuele bijdragen van partijen elkaar beïnvloeden. Kamminga & Smits, die meer de nadruk leggen op het procesmatige karakter van samenwerking, komen daarom met de volgende definitie van samenwerking:

‘het interactieproces tussen mensen die door een op samenwerking gerichte houding en gedrag een gezamenlijk doel beogen te realiseren’¹⁵³

Deze definitie gaat ervan uit dat het verloop van de samenwerking afhankelijk is van de ‘houding’ van partijen. Uit de houding van partijen kunnen bedreigingen voortvloeien voor het interactieproces. In theorie is het mogelijk dat partijen elkaar, ook in een conflictsituatie, adequaat van informatie voorzien. In de praktijk zullen partijen die betrokken zijn bij een conflict echter op een andere manier met elkaar communiceren dan wanneer de verhoudingen goed zijn. Een slechte samenwerking kan daarom risico’s inhouden voor een succesvolle coördinatie.

8.4.2.2 Projectoverstijgende en projectgebonden samenwerking

Samenwerking kan binnen één bepaald bouwproject plaatsvinden, maar kan zich ook uitstrekken over meerdere bouwprojecten. Dit laatste is bij projectoverstijgende ketensamenwerking het geval.¹⁵⁴ Omdat partijen een bepaald belang hebben om de samenwerking gedurende meerdere projecten te laten voortduren ontstaat een positieve prikkel tot samenwerking binnen het bouwproces. Voorts brengt het langere verloop van de samenwerking met zich dat partijen in de gelegenheid komen hun bedrijfsprocessen beter op elkaar af te stemmen, gezamenlijke routines te ontwikkelen en te bouwen aan vertrouwen in elkaar en een sfeer van goede verstandhouding.

In algemene zin kan daarom geconcludeerd worden dat samenwerking en daarmee coördinatie in beginsel gebaat zijn bij projectoverstijgende samenwerkingsvormen.¹⁵⁵

153 Kamminga & Smits 2012, p. 587.

154 Zie over de definitie van ketensamenwerking het Wameling 2013, p. 15.

155 Zie ook hierna par. 9.2.7.

8.4.3 De verhoudingen tussen betrokken partijen

In de literatuur is aandacht gevraagd voor factoren als cultuur van een bouwproject en de goede verhoudingen tussen de participanten in een bouwproject. Deze factoren zijn van invloed op de mate waarin partijen in staat zijn en van zin zijn om met elkaar samen te werken.

8.4.3.1 Cultuur

Een aspect van de verhoudingen tussen partijen waar in de literatuur aandacht voor is geweest, is de projectcultuur.¹⁵⁶ Volgens Schein is de cultuur binnen een bedrijf of organisatie op verschillende niveaus aanwezig: 1) in de onbewust aangenomen overtuigingen en gevoelens, 2) in strategieën, doelstellingen en filosofieën en 3) in zichtbare organisatiestructuren en processen.¹⁵⁷ Aangezien voor effectieve coördinatie van belang is dat afstemming, communicatie en samenwerking gestalte krijgen in de zichtbare organisatiestructuren en processen, zullen deze waarden ook dieper in de cultuur, in de strategieën en doelstellingen en daaronder liggende overtuigingen en percepties verankerd moeten worden. Gebeurt dit niet, dan staat de projectcultuur een succesvolle coördinatie in de weg.

Een ander belangrijk gegeven is dat een bouwprojectorganisatie andere kenmerken heeft dan veel andere organisaties. Het meest in het oog springend is dat een bouwprojectorganisatie in korte tijd wordt opgebouwd en in sterke mate verandert gedurende de looptijd van het project. Op het moment dat het bouwproject een andere fase ingaat, raken er vaak andere personen betrokken, waardoor er ook een andere cultuur zijn intrede kan doen.¹⁵⁸

Uit de publicatie King 2009, waarin de cultuur van vier grote infrastructurele projecten is onderzocht, blijkt dat er aanzienlijke verschillen zitten in de culturen van verschillende projecten.¹⁵⁹ Partijen werken dus in verschillende projecten op een verschillende manier samen. Hieruit kan afgeleid worden dat de projectcultuur een wezenlijke factor is die onder ogen moet worden gezien bij het bevorderen van effectieve coördinatie. Het feit dat er sprake is van aanzienlijke verschillen suggereert immers dat ook met betrekking tot samenwerking, communicatie en afstemming aanzienlijke verschillen in de cultuur ontstaan en dat de projectcultuur daarmee de coördinatie van het project beïnvloedt.

Ondanks de verschillen tussen de verschillende culturen kan wel, met enige voorzichtigheid, een patroon aangewezen worden in de onderzochte projectculturen. King stelt dat de volgende kenmerken terugkeren in verschillende projecten¹⁶⁰:

156 King 2009.

157 Nikshomar 2010, p. 24-25.

158 King 2009, p. 15-16. Dit verschijnsel werd ook al aangestipt in par. 8.2.3.1.

159 Ibid. p. 31.

160 Ibid. p. 31.

- resultaatgedreven met bijbehorende drukte en dynamiek;
- verschillende groepen binnen de projectorganisatie die de neiging hebben zich te isoleren (zogenaamde eilanden);
- informele omgangsvormen, goede sfeer van belang;
- vakinhoudelijk sterke en bekwame mensen hebben aanzien.

Met name het tweede aspect kan als een bedreiging voor goede afstemming van werkzaamheden worden beschouwd.

Uit het bovenstaande kan ten aanzien van coördinatie worden afgeleid dat er belangrijke cultuurvragen zijn die beantwoording behoeven voor er sprake kan zijn van succesvolle coördinatie. De verschillende partijen die in een project samenwerken dienen vragen onder ogen te zien als: welke cultuur past bij dit project, wat verstaan we onder samenwerking, welk type leidinggevende personen past bij de gekozen cultuurdoelen, waar liggen de risico's en op welke manier wordt er gecommuniceerd. Voorafgaand aan en gedurende het project moeten partijen hierover in gesprek gaan om ervoor te zorgen dat partijen op een goede manier gericht zijn en blijven op coördinatie.

8.4.3.2 Verhoudingen tussen partijen in het bouwproces

Meng heeft in het Verenigd Koninkrijk onderzoek gedaan naar de invloed van de verhoudingen tussen partijen in de bouwketen op het projectresultaat.¹⁶¹ Vanwege de (mogelijke) samenhang tussen 'softe' factoren als cultuur, sfeer, vertrouwen en openheid en effectieve coördinatie worden de resultaten van het onderzoek hier vermeld. Meng onderscheidt kort gezegd tien verschillende variabelen die van invloed kunnen zijn op het projectdoelstellingen met betrekking tot kwaliteit, tijd en geld¹⁶²:

- het formuleren van gezamenlijke doelstellingen;
- het delen van winsten of kostenbesparingen en verliezen of kostenstijgingen;
- wederzijds vertrouwen;
- 'no-blame culture'
- gezamenlijk werken (gezamenlijk nemen van beslissingen, zoeken van oplossingen voor problemen en verbetermogelijkheden);
- open communicatie;
- het zo snel mogelijk oplossen van problemen op een zo laag mogelijk niveau, zodat het ontstaan dan wel het groeien van conflicten wordt voorkomen;
- een redelijke en heldere toedeling van risico's;
- het meten van projectprestaties volgens afspraken, zodat verbetermogelijkheden zichtbaar worden;
- een voortdurend streven naar verbetering van werkzaamheden.

161 Meng 2012.

162 Ibid. p. 190-191.

Meng concludeert aan de hand van zowel kwantitatief als kwalitatief onderzoek dat er een sterke relatie is tussen de verhoudingen tussen partijen in de bouwketen en de mate waarin tijdoverschrijdingen, kostenoverschrijdingen en gebreken voorkomen. Hij constateert onder meer de volgende verbanden

Tijdoverschrijdingen kunnen worden gereduceerd door samenwerken.¹⁶³ Kostenoverschrijdingen kunnen worden beperkt door open communicatie, een duidelijke en redelijke risicoverdeling, het verlaten van de *blame culture*, het meten van prestaties en het effectief en snel oplossen van problemen.¹⁶⁴ Kwaliteitsproblemen kunnen worden vermeden door het effectief en snel oplossen van problemen.¹⁶⁵ Tot slot concludeert Meng dat partijen hun verstandhouding en daarmee het succes in het behalen van projectdoelstellingen kunnen verbeteren door het aangaan van partnering relaties en in de ideale situatie projectoverstijgende partnering relaties.¹⁶⁶

8.4.3.3 Tussenconclusie en relatie tot het bouwcontractenrecht

In deze subparagraaf kwamen ‘zachte’ aspecten van het bouwproces aan de orde, zoals de cultuur van een project, vertrouwen, open communicatie en het voorkomen van een ‘blame culture’. Dit zijn aspecten die met het gedrag van partijen te maken hebben en de daaraan ten grondslag liggende overtuigingen en waarden en normen. Het betreft onderwerpen die niet eenvoudig in een afdwingbare contractuele bepaling zijn te vatten.

Er zijn echter wel relaties tot het bouwcontractenrecht aan te wijzen. Zo is denkbaar dat de mate waarin sprake is van ‘eilandgedrag’ afhankelijk is van de wijze waarop partijen contractuele prikkels ervaren met betrekking tot het verloop van het gehele project. Die contactuele prikkels kunnen bestaan uit gemeenschappelijke winst- of verliesposten, maar ook uit een projectoverstijgend karakter van contractuele samenwerkingsverbanden.

De wijze waarop partijen communiceren is een ander aspect dat aan de orde kwam. Denkbaar is dat partijen afspraken maken over de wijze waarop en de bewoordingen waarin over problemen of conflicten wordt gecommuniceerd. Dit onderwerp komt aan de orde in paragraaf 8.4.5.

Het zo snel mogelijk oplossen van problemen is een ander aspect. Dit heeft een relatie tot de wijze waarop conflictoplossing en geschilbeslechting juridisch zijn geregeld. Op dit onderwerp wordt ingegaan in paragraaf 8.4.5 en 8.4.6.

163 Ibid. p. 196.

164 Ibid. p. 196.

165 Ibid. p. 196.

166 Ibid. p. 196-197.

8.4.4 Sturingsmechanismen voor contractuele relaties

Kamminga is in zijn dissertatie op zoek gegaan naar een systematische benadering om samenwerking te verbeteren, waardoor projecten succesvoller zullen verlopen.¹⁶⁷ Daartoe heeft hij eerst voor infrastructuurprojecten de factoren geïdentificeerd die de prestaties in een project positief of negatief beïnvloeden. Deze worden in de eerste subparagraaf weergegeven. In de tweede subparagraaf wordt ingegaan op de deelprocessen van samenwerking.

8.4.4.1 Succes- en faalfactoren

Kamminga heeft de volgende elementen genoemd als succesfactoren:

- sterk commitment aan de overeengekomen projectdoelstellingen. Dit wordt beïnvloed door teambuilding en een beloningssysteem;¹⁶⁸
- bekwaamheid op zowel technisch als sociaal vlak. Dit wordt beïnvloed door training van personen en selectie van partijen (bijvoorbeeld het meewegen van bepaalde technische kennis of gedemonstreerde communicatieve vaardigheden);¹⁶⁹
- duidelijke interactie en communicatie tussen partijen. Dit wordt beïnvloed door regelmatige vergaderingen onder deskundige leiding, sociale evenementen die het onderlinge vertrouwen vergroten en speciale taakgroepen waarin belangrijke onderwerpen als conflicten en risico's worden besproken;¹⁷⁰
- effectieve controle en feedback. Dit levert informatie op voor aankomende werkzaamheden in het project. Beïnvloeding van deze factor vindt plaats door regelmatige evaluatie van het procesverloop aan de hand van duidelijke doelstellingen en goede communicatie.¹⁷¹

Bij deze succesfactoren komt een aantal elementen terug dat al eerder in dit hoofdstuk aan de orde zijn geweest. Het commitment aan de overeengekomen projectdoelstellingen heeft betrekking op het voorkomen van het in de vorige paragraaf genoemde 'eilandgedrag'. Ook interactie en communicatie werden al eerder genoemd.¹⁷²

167 Kamminga 2008, p. 1. Zie over systematisch samenwerken in bouwprojecten ook Kamminga, Simons & Goris 2009. Het onderzoek van Kamminga is weliswaar (deels) juridisch, maar wordt toch in dit hoofdstuk gebruikt, omdat het een multidisciplinaire invalshoek heeft en ook gebruik maakt van sociale en economische invalshoeken.

168 Ibid. p. 8.

169 Ibid. p. 8-9.

170 Ibid. p. 9-10.

171 Ibid. p. 10.

172 Op dat onderwerp wordt ingegaan in par. 8.5.

Andere succeselementen kwamen nog niet aan de orde en hebben een relatie met het bouwcontractenrecht. Het meewegen van communicatieve vaardigheden in de selectie van partijen heeft bijvoorbeeld betrekking op de partij met wie een contractuele relatie wordt aangegaan. Dit aspect gaat echter vooraf aan de ontwerp- en uitvoeringsfase en valt dus buiten het bereik van coördinatie in het bouwproces zoals het in dit onderzoek is gedefinieerd.

De door Kamminga genoemde faalfactoren zijn:

- conflicten. Het ontstaan van conflicten kan worden voorkomen door de inzet van ervaren personen die (potentiële) conflicten in een vroeg stadium herkennen en het vergroten van kennis over (beheersing van) conflicten door trainingen;¹⁷³
- onvoldoende investering in projectmanagement. Ook hier speelt ervaring en training een belangrijke rol;¹⁷⁴
- bureaucratie kan leiden tot onpersoonlijke relaties en versnipperde verantwoordelijkheden. Hierdoor laat besluitvorming lang op zich wachten. Het gebruik van besluitvormingstechnieken en het daarin trainen en er op selecteren beïnvloedt deze faalfactor positief;¹⁷⁵
- wantrouwen in de aanbestedings- en realisatiefase. Het gebruik van technieken die een constructieve sfeer en een open en actieve houding oproepen, zoals het helder definiëren van vragen en het tonen van antwoordbereidheid, kan wantrouwen voorkomen. Voorts kan de opdrachtnemer zich betrouwbaar en voorspelbaar opstellen;
- een korte voorbereidingstijd voor de inschrijving heeft tot gevolg dat er slordigheden ontstaan die spanningen in het bouwproces kunnen veroorzaken. Het toestaan van meer voorbereidingstijd kan dit voorkomen.

Een aantal van deze factoren heeft een relatie met coördinatie en de contracten waarin coördinatie wordt geregeld. De mate waarin geïnvesteerd wordt in projectmanagement kan voor zover het gaat om het management van raakvlakken bijvoorbeeld van grote invloed zijn op het verloop van coördinatie. De partij die gecontracteerd wordt om het project op het punt van coördinatie te managen, de opdracht die deze partij meekrijgt en de middelen en bevoegdheden die deze partij tot zijn beschikking heeft, zijn aspecten die het verloop van coördinatie kunnen beïnvloeden en die contractueel kunnen worden vastgelegd.

Ook besluitvorming over coördinatie is een onderwerp dat contractueel kan worden geregeld. Voorbeelden van mogelijke contractuele afspraken zijn de bevoegdheid van de coördinator om bepaalde besluiten te nemen en de wijze waarop deze besluitvorming en de voorbereiding daarop dient plaats te vinden.

173 Ibid. p. 11.

174 Ibid.

175 Ibid. p. 11-12.

Tot slot kan in bouwcontracten ook aandacht worden besteed aan de wijze waarop met conflicten over coördinatie moet worden omgegaan. Dit onderwerp komt aan de orde in paragraaf 8.4.5.

8.4.4.2 Deelprocessen van samenwerking

Kamminga gaat vervolgens dieper in op deelprocessen van samenwerking (onderhandeling, het creëren en onderhouden van een relatie, het voorzien van conflicten en geschilbeslechting) en gebruikt daarvoor psychologische, economische en juridische motieven.

a) Onderhandelingsproces

Het eerste deelproces dat hij behandelt is het onderhandelingsproces. Belangrijke factoren daarin zijn: de onderhandelingsmethode, motieven van partijen, percepties van partijen, onderhandelingsstijlen, de neiging van partijen om soortgelijk gedrag te vertonen, de keuze voor communicatiekanalen, de mate van rationaliteit bij het nemen van beslissingen, de mate waarin partijen anticiperen op de beperkingen van het menselijk verstand, het corrigeren van *biases*, transactiekosten, informatie-assymetrie, het gebruik van maatregelen om irrationeel gedrag te voorkomen, sociale normen, de onderhandelingsstrategie, vertrouwen tussen partijen, belemmeringen voor bepaald gedrag die uit het recht voortvloeien, de mate van vrijheid van partijen om hun contract vorm te geven, de mate waarin het recht partijen in een competitieve richting duwt en de invloed van juristen.¹⁷⁶

Het onderhandelingsproces gaat in beginsel vooraf aan de ontwerp- en uitvoeringsfase en valt daarom buiten het bereik van de definitie van coördinatie in het bouwproces zoals die in dit onderzoek gehanteerd wordt.

b) Het creëren en onderhouden van een relatie

Het tweede deelproces waar Kamminga op ingaat is het creëren en onderhouden van een relatie tussen de samenwerkende partijen. Belangrijke factoren in dit deelproces zijn de perceptie die partijen hebben van de relatie, de motivatie van partijen om samen te werken, de verdeling van de macht tussen partijen, de verdeling van risico's, procedures voor geschilbeslechting in contracten en contractenrecht en andere onderdelen van het recht die het gedrag van partijen in een samenwerking bestrijken.¹⁷⁷

Hier komen typisch juridische factoren aan de orde die de samenwerking van partijen beïnvloeden. Een risicoverdeling wordt in beginsel in contractuele afspraken tussen partijen vastgelegd. Ook afspraken over de beslechting van geschillen worden vaak contractueel overeengekomen.

176 Ibid. p. 188-192.

177 Ibid. p. 257-259.

c) Het voorzien van conflicten

Het derde onderwerp van zijn analyse is het voorzien van conflicten in contractuele relaties. Factoren die in dit deelproces van belang zijn bij het onderkennen van een conflict, betreffen het type conflict, het onderwerp van het conflict, de verschijningsvorm van een conflict, de bij het conflict betrokken partijen en de omstandigheden die de kans op een conflict vergroten.¹⁷⁸ Factoren die van belang zijn bij het begrip van een conflict zijn: de kennis en ervaring dat een conflict een evoluerend proces is, het feit dat een conflict een proces met verschillende stadia is, het feit dat conflicten zowel positieve als negatieve gevolgen kunnen hebben, het kwalificeren van een conflict als een juridisch conflict, kennis van de aard van juridische procedures en kennis van de invloed van juristen.¹⁷⁹

Voor een deel hebben de factoren in dit deelproces betrekking op de bewustwording van partijen over conflicten. Denkbaar is dat er (contractuele) afspraken tussen partijen worden gemaakt die deze bewustwording bevorderen. Zo kunnen overlegmomenten worden afgesproken waarin de mogelijkheid van conflicten worden verkend en kunnen de risico's op dit gebied in kaart worden gebracht. Een tweede aspect waar partijen zich bewust van kunnen zijn is dat de (juridische) reactie van partijen op conflicten gevolgen heeft voor de ontwikkeling van dat conflict. Op het onderwerp van conflictbeheersing wordt ingegaan in paragraaf 8.4.5.

d) Het oplossen van conflicten

Bij het vierde deelproces gaat het om de omgang met conflicten in contractuele relaties. Factoren die het gedrag van partijen beïnvloeden zijn onder meer de keuzemogelijkheden voor de methode van (alternatieve) geschilbeslechting, de rol van derde partijen, de juridische instrumenten die partijen ter partijen beschikking staan, de aard van de relatie en de perceptie van het conflict.¹⁸⁰

Aan deze factoren kleven contractuele aspecten. Afspraken over methoden van geschilbeslechting worden vaak in bouwcontracten vastgelegd.¹⁸¹ Op dit onderwerp wordt ingegaan in par. 8.4.6.

8.4.4.3 Tussenconclusie en relatie met het bouwcontractenrecht

Uit het onderzoek van Kamminga naar sturingsmechanismen voor contractuele relaties komen aspecten van de samenwerking tussen partijen aan de orde die van belang zijn voor het contracteren over de coördinatie van het bouwproces. Die aspecten hebben kort samengevat betrekking op:

178 Ibid. p. 306.

179 Ibid. p. 306.

180 Ibid. p. 382.

181 Zie bijv. par. 49 UAV 2012.

- de omvang van de coördinatieopdracht en de daarbij behorende bevoegdheden,
- de wijze waarop besluiten over coördinatie worden genomen,
- de verdeling van risico's die samenhangen met coördinatie,
- de wijze waarop partijen met conflicten omgaan en
- de wijze waarop partijen geschillen beslechten.

8.4.5 Conflictbeheersing

Indien de samenwerking niet naar tevredenheid van alle partijen verloopt, kan er een conflictsituatie ontstaan. Uit de vorige subparagrafen kwam naar voren dat conflicten nadelige gevolgen kunnen hebben voor de samenwerking en daarmee ook voor de samenwerking op het gebied van coördinatie. In deze paragraaf wordt ingegaan op de oorzaken van conflicten, soorten conflicten en de oplossing van conflicten.

8.4.5.1 Oorzaken van conflicten

In de literatuur wordt onderscheid gemaakt tussen zes verschillende typen oorzaken die tot het ontstaan van geschillen kunnen leiden:

- de verwachtingen van partijen komen niet uit;
- een partij heeft spijt en probeert onder haar verplichtingen uit te komen;
- een partij pleegt opzettelijk contractbreuk;
- externe omstandigheden maken de uitvoering van de overeenkomst moeilijk of onmogelijk;
- een partij maakt een fout;
- beide partijen maken fouten door falende interactie.¹⁸²

Deze factoren kunnen zowel een oorzaak als een gevolg van gebrekkige coördinatie zijn. Er bestaat een wisselwerking tussen coördinatie van het bouwproces en conflicten in het bouwproces. Allereerst kan het gedrag van partijen ten aanzien van coördinatie leiden tot conflicten. Deze situatie kan zich voordoen wanneer sprake is van falende interactie, of wanneer partijen zelfstandig een fout maken of contractbreuk plegen. Daarnaast kunnen conflicten, niet noodzakelijkerwijs veroorzaakt door slechte coördinatie, tot gevolg hebben dat de communicatie tussen partijen afneemt of zelfs stil komt te liggen.¹⁸³ In beide gevallen is beheersing van het conflict van belang voor een goed (verder) verloop van de coördinatie.

Voor het succesvol beheersen van conflicten is van belang dat partijen in een vroeg stadium samen tot een oplossing komen. Een conflict is een evoluerend verschijn-

182 Barendrecht & Van Beukering-Rosmuller 2000, p. 41 onder verwijzing naar Heussen 1997, nr. 383.

183 Barendrecht & Van Beukering-Rosmuller 2000, p. 43.

sel¹⁸⁴, dat naarmate het voortduurt verder kan escaleren. In beginsel is in een vroeg stadium de kans groter dat er op een coöperatieve wijze een einde komt aan het conflict, dan in een laat stadium. Onderhandelingen over een oplossing hebben daarom in een vroeg stadium meer kans op succes.

8.4.5.2 Soorten conflicten

Alvorens op het stimuleren van coöperatieve conflictbeheersing in te gaan, is het van belang dat er in de literatuur onderscheid wordt gemaakt tussen verschillende typen conflicten¹⁸⁵:

- taakconflicten over werkzaamheden, doelen en procedures (kunnen samenwerking verbeteren);
- taakconflicten over middelen (lastig op te lossen, omdat mensen uitgaan van een vaste hoeveelheid middelen die moet worden verdeeld);
- relatieconflicten (over communicatie normen en waarden).

Niet ieder type conflict heeft per definitie een ongunstige invloed op de samenwerking tussen partijen. De zogenaamde taakconflicten die betrekking hebben op werkzaamheden, doelen en procedures kunnen nuttig zijn, in die zin dat er bij oplossing van het conflict een meer gemeenschappelijk begrip ontstaat over hoe bijvoorbeeld bepaalde procedures geïnterpreteerd moeten worden.¹⁸⁶ Slepen taakconflicten te lang voort, dan kan er ook een relatieconflict ontstaan, dat wel nadelig is voor de onderlinge verhouding tussen partijen.¹⁸⁷

Taakconflicten over middelen hoeven ook niet per definitie tot een verslechtering van de samenwerking te leiden. Denkbaar is dat er in een projectstructuur een overleggroep is waar partijen hun conflict kunnen inbrengen¹⁸⁸, waardoor escalatie van het conflict tussen de partijen die samenwerken in de ontwerp- of uitvoeringsfase wordt voorkomen.

Relatieconflicten zijn het lastigst op te lossen¹⁸⁹ en hebben betrekking op aspecten van de projectcultuur die in paragraaf 8.4.3.1 aan de orde kwamen. Als partijen andere normen en waarden hebben en een andere interpretatie hebben van de wijze waarop partijen met elkaar om moeten gaan in het project, dan kan dat tot conflicten leiden die lastig zijn op te lossen, maar waarvan de oplossing wel bij kan dragen aan de goede verhoudingen tussen partijen.

184 Zie Kamminga 2008, p. 273-274 onder verwijzing naar literatuur met een sociaal-wetenschappelijke invalshoek.

185 Schonewille 2007, p. 56-57.

186 Ibid. p. 56.

187 Ook hieruit volgt dat een vroegtijdige oplossing van conflicten belangrijk is.

188 Zie par. 4.4.1.

189 Schonewille 2007, p. 57.

8.4.5.3 De oplossing van conflicten

Als het (chronologisch) eerste aspect van conflictoplossing wordt in de literatuur genoemd dat vroegtijdig wordt nagedacht over mogelijke toekomstige conflicten en dat conflicten als ze ontstaan in een vroegtijdig stadium gesignaleerd worden.¹⁹⁰ Dat stelt partijen in staat om door onderhandelingen vroegtijdig een conflict op te lossen. Onderhandelingen kunnen echter op een competitieve en coöperatieve manier gevoerd worden. Van Beukering-Rosmuller & Barendrecht zien als een van de mogelijkheden om coöperatief onderhandelingsgedrag te stimuleren de inschakeling van een neutrale derde of derden.¹⁹¹ In de bouw is een dergelijke figuur bekend onder de naam Raad van Deskundigen.¹⁹²

In bredere zin valt de ontwikkeling te signaleren dat geschilbeslechtende instanties hun diensten uitbreiden naar de begeleiding van de oplossing van conflicten in de vroegste fase.¹⁹³ Sinds 2013 biedt de Raad van Arbitrage voor de Bouw de mogelijkheid van een aan een project verbonden Adviesraad. Een dergelijke Adviesraad wordt aan het begin van het project benoemd, waarna de Adviesraad gedurende het project vergaderingen bijwoont en op de hoogte wordt gehouden van de ontwikkelingen binnen het project. Beoogde voordelen van deze methode zijn dat de Adviesraad geen informatieachterstand heeft bij het ontstaan van het conflict en dat door de voortdurende aanwezigheid tijdens het bouwproces de drempel verlaagd wordt om naar de Adviesraad te stappen. Ook andere sectoren, zoals de ICT-sector, kennen dit soort vormen van vroege conflictpreventie.¹⁹⁴

8.4.5.3.1 Belemmeringen voor een snelle oplossing van conflicten

Een belemmering om conflicten via (begeleide) onderhandelingen op te lossen, is bijvoorbeeld een puur juridische benadering van een probleem, zonder ook een bedrijfsmatig perspectief te hanteren.¹⁹⁵ Voorts kan het lastig zijn om over de aanpak van een geschil afspraken te maken, wanneer het geschil al is ontstaan. Het ontbreken van concrete richtlijnen bij bedrijven heeft tot gevolg dat managers er zelf achter moeten komen hoe ze het geschil moeten oplossen, waardoor het eerder kan escaleren.¹⁹⁶

190 Kamminga 2008, p. 263 e.v.

191 Van Beukering-Rosmuller & Barendrecht 2000, p. 127.

192 Zie par. 47 lid 5 UAV-GC 2005.

193 Deze ontwikkeling valt ook in internationale bouwcontracten te signaleren, zie Strang 2017, par. 7.

194 Vergelijk de figuur van de conflictmoderator van de Stichting Geschillenoplossing Automatisering (SGOA).

195 Schonewille 2007, p. 58.

196 Ibid. p. 58.

Een bijzonder punt van aandacht is wat door De Hoon de ‘beschuldigingsvalkuil’ wordt genoemd.¹⁹⁷ Uit de sociale psychologie is bekend dat mensen de neiging kunnen hebben hun eigen fouten te bagatelliseren en er achteraf een rechtvaardiging voor proberen te vinden. Eveneens hebben mensen de neiging om hun intuïtieve idee over de schuld van een ander achteraf te rechtvaardigen. Mensen zijn kort gezegd niet altijd in staat tot een objectieve beoordeling van de situatie. Er spelen nog allerlei denkprocessen die dit in meer of mindere mate versterken. Wanneer van beide kanten de neiging bestaat het eigen handelen positief te beoordelen en het handelen van anderen te veroordelen, kan dat resulteren in beschuldigingen over en weer.

De eerste stap om aan deze valkuil te ontkomen is volgens De Hoon de bewustwording ervan.¹⁹⁸ Vervolgens is vroegtijdige herkenning en van conflicten en daar snel op volgende laagdrempelige interventies van belang. Het gebruik van juridische instrumenten en juridische taal kan daarbij overigens polariserend werken. Een ingebrekestelling zal zelfrechtvaardiging en beschuldiging van de wederpartij eerder aanwakkeren dan doen afnemen. Door op vroegtijdige wijze na te denken over mogelijke geschilpunten en afspraken te maken over hoe daarover in meer neutrale bewoordingen kan worden gecommuniceerd, kunnen partijen gestimuleerd worden om tot een coöperatieve oplossing van de conflictsituatie te komen. Uiteraard zullen partijen er in sommige gevallen niet aan ontkomen om juridische instrumenten te gebruiken, omdat ze daarbij bijvoorbeeld gebonden zijn aan bepaalde termijnen. Ook op dit punt kan vroegtijdige bewustwording wellicht tot beter onderling begrip leiden en zijn er wellicht methoden om juridische instrumenten op een minder polariserende manier te gebruiken en de nadruk te leggen op onderling overleg.¹⁹⁹

8.4.5.3.2 Factoren in het bouwproces die succesvolle beheersing van conflicten beïnvloeden

Een belangrijke prikkel voor het beheersen van een conflict kan zijn dat partijen een duurzame relatie onderhouden. Dit is in de bouwsector vaak niet het geval tussen opdrachtgevers en opdrachtnemers en evenmin tussen opdrachtnemers onderling. Opgemerkt dient te worden dat dit binnen bepaalde samenwerkingsvormen, zoals projectoverstijgende ketensamenwerking, wel het geval is. Zie hierover par. 9.7.2. Het voordeel dat een partij behaalt met het continueren van een dergelijke samenwerking kan prikkels opleveren om zodanig gedrag te vertonen dat geen conflicten ontstaan, of dat conflicten zo snel mogelijk worden opgelost.

Een ander belangrijk aspect is dat problemen zoals conflicten tussen bepaalde partijen op de werkvloer, de plek waar de samenwerking feitelijk plaatsvindt, op het

197 De Hoon, 2013.

198 Ibid. p. 11.

199 Zie het voorbeeld genoemd door De Hoon 2013, p.11.

juiste moment worden opgeschaald naar een ander niveau.²⁰⁰ Wanneer mensen die samenwerken erop gericht zijn om zelf de problemen op te lossen die betrekking hebben op hun activiteiten, kan daarvan het gevolg zijn dat het conflict zich op een negatieve manier verder ontwikkelt en de samenwerking tussen die partijen verslechtert. Het gevolg hiervan kan zijn dat die problemen te laat onder de aandacht komen van de personen op een hoger niveau in de organisatie, waardoor het probleem inmiddels groter is geworden en uit de hand is gelopen. Door op het op juiste moment de oplossing van het conflict naar een hoger niveau in de organisatie te brengen, worden de personen die naast elkaar werken op de werkplaats in staat gesteld enige afstand te nemen tot het conflict.

Tot slot kan hier nog gewezen worden op de mogelijkheid dat er een conflictsituatie ontstaat tussen partijen die geen (directe) contractuele relatie hebben, bijvoorbeeld in het geval van twee nevenaannemers die geen partij zijn bij een multilaterale coördinatieovereenkomst. Partijen die niet contractueel zijn verbonden, zullen zich bij onderlinge conflicten wellicht richten tot een andere partij in de contractuele keten waarmee zij wel contractueel zijn verbonden. Oplossing van het conflict wordt dan afhankelijk van de opstelling van die andere partij.

8.4.5.4 Tussenconclusie en relatie tot het bouwcontractenrecht

Conflicten tussen partijen kunnen een gevolg zijn van coördinatieproblemen, maar kunnen ook voorafgaan aan coördinatieproblemen door de samenwerking negatief te beïnvloeden.

Het vroegtijdig signaleren en oplossingen van conflicten is een onderwerp dat terug kan komen in de (contractuele) afspraken die partijen maken over de onderlinge overlegstructuur. Partijen kunnen bijvoorbeeld overlegmomenten inplannen over mogelijke risico's met betrekking tot conflicten en naar aanleiding daarvan nadere afspraken maken. Ook kunnen partijen een overleg instellen waar conflicten kunnen worden ingebracht, waardoor het risico wordt teruggebracht dat het conflict tussen partijen die er onderling niet uit kunnen komen verder escaleert. Tot slot kan voor conflictbeheersing van belang zijn dat partijen zich ervan bewust zijn dat de wijze waarop zij over conflicten communiceren polariserend kan werken. Met (contractuele) afspraken op het gebied van communicatie kan dit probleem in sommige gevallen ondervangen worden.

8.4.6 Geschilbeslechting

Indien het de samenwerkende partijen niet lukt om een conflict te beheersen, kan een juridisch geschil ontstaan, waarvan de beslechting aan een derde partij wordt opgedragen. Evenals bij de in de vorige paragraaf besproken conflicten kunnen juridische geschillen de samenwerking nadelig beïnvloeden. Er bestaan veel me-

200 King 2011, p. 59.

thoden van geschilbeslechting, daarom wordt hier gestart met een onderverdeling in hoofdvarianten.

8.4.6.1 Vormen van geschilbeslechting

In de literatuur wordt onderscheid gemaakt tussen bovenpartijdige geschilbeslechting, tussenpartijdige geschilbeslechting, partijdige geschilbeslechting en hybride vormen van geschilbeslechting.²⁰¹ Bepalend voor de vraag tot welke variant een specifieke vorm van geschilbeslechting in deze onderverdeling behoort, is bij welke partij(en) de autonomie rust ten aanzien van de oplossing van het geschil.²⁰²

Bij de bovenpartijdige vorm van geschilbeslechting heeft de derde in beginsel beslissingsmacht en een verantwoordelijkheid ten aanzien van het verloop van het proces van geschiloplossing. Onder bovenpartijdige geschiloplossing vallen overheidsrechtspraak, arbitrage en bindend advies. Geschillen worden beslecht aan de hand van juridische regels en de beslechting kost doorgaans de nodige tijd.

Bij tussenpartijdige geschiloplossing heeft de derde in beginsel geen beslissingsmacht, deze blijft bij partijen, maar wordt de sturing van proces wel uit handen gegeven aan de derde. Onder deze variant valt onder meer de bekendste vorm van tussenpartijdige geschiloplossing: mediation.²⁰³ Mediation is anders dan bovenpartijdige geschiloplossing niet gericht op beoordeling aan de hand van rechtsregels, maar op het blootleggen van belangen van partijen, het wegnemen van beletselen om tot overeenstemming te komen en het door partijen laten zoeken naar oplossingsmogelijkheden die voor beide partijen acceptabel zijn. Er kan ook gedacht worden aan Dispute Review Boards (Raden van Deskundigen) en niet-bindend adviseurs.²⁰⁴

Bij partijdige geschiloplossing is er geen sprake van een onpartijdige persoon die een rol speelt bij de oplossing en het proces dat daaraan voorafgaat.²⁰⁵ Te denken valt aan onder meer een partijdig advies van bijvoorbeeld een advocaat of een andere adviseur van een van de partijen.

Voorts zijn er allerlei hybride vormen van geschiloplossing, die echter in Nederland niet vaak voorkomen. Het gaat het bestek van dit onderzoek te buiten om daar dieper op in te gaan.

201 Van Beukering-Rosmuller 2007, p. 43.

202 Ibid.

203 Ibid. p. 52.

204 Van Beukering-Rosmuller 2007, p. 59.

205 Ibid. p. 61.

8.4.6.2 De keuze voor een methode van geschilbeslechting

De keuze voor een manier van geschilbeslechting kan ex ante in het contract, of ex post wanneer het geschil reeds is ontstaan.²⁰⁶ Omdat mogelijke geschillen ex ante zonder onevenredige inspanningen maar beperkt kenbaar zijn, bevatten contracten soms geen bepalingen over geschilbeslechting of wordt er slechts een keuze gemaakt voor een bepaald instituut of voor een bepaalde methode. Nadeel van ex post beslissingen is dat er verschillende barrières zijn die een gezamenlijke keuze onwaarschijnlijk maken.²⁰⁷ Deze barrières kunnen van psychologische aard zijn, maar bijvoorbeeld ook van tactische aard. Het is daarom verstandig om van tevoren gezamenlijk een keuze te maken voor de beste vorm van geschilbeslechting.²⁰⁸

Van Beukering-Rosmuller stelt dat een combinatie nodig kan zijn om maatwerk te kunnen leveren.²⁰⁹ Ze komt tot een drietrapsmodel:

- onderhandelingen; door probleemoplossend onderhandelen kunnen partijen al een deel van de conflicten oplossen, of in ieder geval tot een uitvoerige conflict diagnose komen;
- mediation; in de tweede fase worden de onderhandelingen intensief begeleid door een neutrale derde. Deze tussenstap wordt in de praktijk vaak overgeslagen, maar kan leiden tot meer coöperatieve onderhandelingen;
- overheidsrechtspraak of arbitrage; deze vorm van geschillenbeslechting kan toegepast worden op geschillen die niet in de eerdere twee stappen zijn beslecht, of wanneer de eerste twee stappen zijn overgeslagen, bijv. omdat partijen een rechtsvraag beantwoord willen zien.

Een bedreiging voor de toepassing van mediation is het submission probleem, dat met name speelt als vooraf geen afspraken zijn gemaakt over mediation.²¹⁰ Beide partijen moeten overtuigd kunnen worden dat mediation de juiste weg is en dat de betreffende mediator de juiste persoon is. In een conflictsituatie kan dit tot problemen leiden. Het feit dat de ene partij mediation en een bepaalde mediator wenst, kan al reden zijn voor de andere partij om mediation dan wel de mediator af te wijzen.

Ook kunnen er meer juridische problemen rond een afspraak over een bepaalde keuze voor een geschilbeslechtingmethode spelen. Partijen kunnen bijvoorbeeld twisten over de verbindende kracht van de mediationclausule.²¹¹

206 Barendrecht en De Vries 2006, p. 88.

207 Ibid. p. 89.

208 Barendrecht & Van Beukering-Rosmuller 2007, p. 70-71.

209 Zij licht dit toe op p. 83-88.

210 Barendrecht & Baarsma 2012, p. 6.

211 Dat dit een juridisch probleem kan zijn blijkt bijv. uit Schutte 2009.

8.4.6.3 Tussenconclusie en relatie met het bouwcontractenrecht

Geschilbeslechting is een onderwerp dat in beginsel in bouwcontracten aan de orde komt.²¹² Het ligt daarom voor de hand om dit onderwerp ook in bouwcontracten die betrekking hebben op coördinatie te regelen. Door vooraf afspraken te maken op dit punt, wordt zo veel mogelijk voorkomen dat de keuze voor een geschilbeslechtingsmethode onderwerp wordt van het geschil. Anderzijds is het lastig om alle mogelijke geschillen van te voren te overzien, dus is het noodzakelijk om maatwerk te kunnen leveren.

Aangezien samenwerking een belangrijk element is van coördinatie, verdient het aanbeveling om zoveel mogelijk gebruik te maken van geschilbeslechting die gericht is op onderlinge overeenstemming en op een snelle oplossing. Het kan uiteraard voorkomen dat partijen er onderling niet uitkomen, dus is het van belang dat er (in meerdere stappen) opgeschaald kan worden naar bovenpartijdige geschiloplossing. Een dergelijk getrap model biedt de meeste kansen om tot een maatwerkoplossing te komen in geval van een specifiek conflict.

8.4.7 Conclusie

Bij coördinatie dienen partijen samen te werken om afstemmingsproblemen te voorkomen. Factoren die de samenwerking tussen partijen positief of negatief beïnvloeden, kunnen daarom ook de coördinatie van het bouwproces positief of negatief beïnvloeden.

In deze paragraaf kwamen onder meer de ‘zachte’ aspecten van het bouwproces aan de orde, zoals de cultuur van een project, vertrouwen, open communicatie en het voorkomen van een ‘blame culture’. Dit zijn aspecten die met het gedrag van partijen te maken hebben en de daaraan ten grondslag liggende overtuigingen en waarden en normen. Het betreft onderwerpen die niet eenvoudig in een afdwingbare contractuele bepaling zijn te vatten. Dat neemt niet weg dat partijen met elkaar in overleg kunnen gaan en procesafspraken maken die bij kunnen dragen aan goede verhoudingen. Ook is denkbaar dat zogenaamd ‘eilandgedrag’ wordt tegengegaan door het creëren van contractuele prikkels met betrekking tot het verloop van het gehele project.

Uit het onderzoek naar sturingsmechanismen voor contractuele relaties kwamen aspecten van de samenwerking tussen partijen aan de orde die van belang zijn voor het contracteren over de coördinatie van het bouwproces. Die aspecten hebben kort samengevat betrekking op:

- de omvang van de coördinatieopdracht en de daarbij behorende bevoegdheden,
- de wijze waarop besluiten over coördinatie worden genomen,
- de verdeling van risico's die samenhangen met coördinatie,

212 Zie bijv. par. 49 UAV 2012, par. 47 UAV-GC 2005.

- de wijze waarop partijen met conflicten omgaan en
- de wijze waarop partijen geschillen beslechten.

Een volgend onderwerp in deze paragraaf was de beheersing van conflicten. Door vroegtijdig de risico's met betrekking tot conflicten te herkennen en deze gezamenlijk aan te pakken, kunnen conflicten waar mogelijk voorkomen worden. Voorts kunnen procesafspraken gemaakt worden die betrekking hebben op de methode van het oplossen van conflicten, de personen die daarbij betrokken worden en de mate waarin partijen zich polariserend gedragen in conflictsituaties.

Tot slot kwam geschilbeslechting aan de orde. Dit is een onderwerp dat ook in bouwcontracten die betrekking hebben op coördinatie geregeld kan worden. Het verdient in dit verband aanbeveling om zoveel mogelijk gebruik te maken van geschilbeslechting die gericht is op onderlinge overeenstemming en op een snelle oplossing. Het kan uiteraard voorkomen dat partijen er onderling niet uitkomen, dus is het van belang dat er (in meerdere stappen) opgeschaald kan worden naar bovenpartijdige geschiloplossing.

8.5 INFORMATIE EN COMMUNICATIE

8.5.1 Inleiding

Coördinatie vindt plaats op basis van informatie. In paragraaf 8.2.3.2 bleek dat coördinatie-activiteiten onder meer bestaan uit:

- *facilitating*: informatie verzamelen, analyseren en delen, (her)plannen etc.;
- *communicating*: communicatie tussen alle betrokken partijen, zoals opdrachtgevers, opdrachtnemers, overheid;
- *recording*: het registreren van het proces, door het registreren van documenten, beschrijvingen, goedkeuringen, aanpassingen etc.

De afstemming van de ene activiteit op de andere kan alleen plaatsvinden, wanneer er informatie beschikbaar is, waaruit blijkt:

- wat de ene activiteit inhoudt;
- wat de andere activiteit inhoudt;
- welke afhankelijkheidsrelatie er is tussen de twee activiteiten;
- of er nog andere relevante omstandigheden zijn, zoals reeds gemaakte afspraken, een mogelijk verband met andere activiteiten etc.

Informatie is zowel de 'input' als de 'output' van het proces coördinatie. De uitwisseling van informatie is daarom van belang voor het succesvol verloop van communicatie. Een factor die de uitwisseling van informatie tussen partijen negatief of positief beïnvloedt kan daarom ook de coördinatie van het bouwproces positief of negatief beïnvloeden.

In deze paragraaf worden de aspecten van informatie en communicatie die van invloed kunnen zijn op het verloop van coördinatie besproken.²¹³ Allereerst wordt kort ingegaan op de betekenis van de begrippen informatie en communicatie in algemene zin en in relatie tot het bouwproces. Vervolgens wordt besproken wat voor communicatieproblemen er op kunnen treden en wanneer communicatie effectief is. Tot slot wordt ingegaan op informatiestromen bij coördinatie en op het digitaal plaatsvinden daarvan.

8.5.2 De begrippen informatie en communicatie

8.5.2.1 Informatie

Een definitie die aan het begrip ‘informatie’ kan worden gegeven is:

Alles wat als bericht of als overdracht van kennis of gegevens tot iemand komt.²¹⁴

Deze definitie is zeer breed en het begrip ‘informatie’ zal verder worden uitgelegd door in te gaan op verschillende soorten informatie.

8.5.2.1.1 Onderscheid naar doel van informatie

Een eerste onderscheid dat gemaakt kan worden is het onderscheid tussen zakelijke en overige informatie.²¹⁵ Zakelijke informatie betreft informatie over de stand van zaken in de werkelijkheid. In een bouwproces kan de zakelijke informatie in een boodschap bijvoorbeeld bestaan uit de hoeveelheid wapening die is aangebracht in een constructie. Daarnaast kan een boodschap ook andere vormen van informatie bevatten, zoals expressieve informatie, relationele informatie en appellerende informatie.²¹⁶ Expressieve informatie heeft betrekking op de houding van de zender. De manier waarop een boodschap geformuleerd is, kan immers iets zeggen over de zender. Die kan bijvoorbeeld een formele of een informele houding aannemen en een coöperatieve of non-coöperatieve houding. Relationele informatie zegt iets over de hoe de zender staat tegenover de ontvanger.

Voor de uitwisseling van informatie in het bouwproces, en het maken van afspraken daarover, is van belang wat voor informatie er in de perceptie van partijen uitgewisseld moet worden. Wordt een partij geacht alleen zakelijke informatie over de stand van zaken weer te geven, of wordt van een partij verwacht dat die instructies of een waarschuwing geeft? Ook kunnen afspraken worden ge-

213 Zie voor het belang van transparantie en communicatie in het algemeen voor het bouwproces Regieraad Bouw & PSIBouw 2008.

214 Deze definitie is ontleend aan het Van Dale woordenboek nu ik in de management-literatuur geen definitie ben tegengekomen.

215 Zie over dit vier-aspecten-model van communicatie Wiertzema & Jansen 2004, p. 52.

216 Ibid.

maakt om bepaalde expressieve informatie, die bijvoorbeeld in conflictsituaties polariserend zou kunnen werken²¹⁷, achterwege te laten.

8.5.2.1.2 Informatie en kennis

Een tweede onderscheid dat gemaakt kan worden is dat tussen het begrip ‘informatie’ en het in de definitie van informatie gebruikte begrip ‘kennis’.²¹⁸ Informatie ontstaat wanneer een bepaalde betekenis kan worden toegekend aan gegevens die worden overgebracht.²¹⁹ Wanneer bepaalde informatie door een persoon is geïnternaliseerd en geschikt is voor hergebruik kan gesproken worden van kennis.²²⁰

Dit onderscheid kan van belang zijn bij het maken van (contractuele) afspraken over informatie-uitwisseling in het bouwproces. Indien van een partij verwacht wordt dat hij informatie uitwisselt over het verloop van het bouwproces is dat een wezenlijk andere procesafpraak dan wanneer van hem verwacht wordt dat hij op ervaring gebaseerde kennis over het leiden van een team of over het inbrengen van bepaalde raakvlakproblemen inbrengt. Het beschrijven van wat onder de informatie verstaan kan worden, kan verhelderen wat er precies van partijen verwacht wordt wanneer er van het algemene begrip informatie-uitwisseling wordt gesproken.

8.5.2.1.3 Tacit knowledge en explicit knowledge

Een onderscheid dat ten aanzien van kennis kan worden gemaakt is het onderscheid tussen *tacit knowledge* en *explicit knowledge*.²²¹ De basis van het denken over *tacit knowledge* ligt in het werk van Polanyi.²²² *Tacit knowledge* wordt opgedaan door ervaring en is moeilijk onder woorden te brengen, omdat de kennis in non-verbale vorm aanwezig is in de mens.²²³ *Explicit knowledge* is kennis die wel (makkelijk) onder woorden kan worden gebracht.

Pathirage, Amaratunga & Haigh hebben op basis van interviews onderzocht waaruit *tacit knowledge* in de bouw bestaat en hoe die verworven kan worden. Het bestaat uit kennis en vaardigheden die door ervaring worden opgedaan, zoals de vaardigheid een team te leiden, of bepaalde werkprocessen te begrijpen.²²⁴ Deze kennis kan verworven worden door trainingen en bijvoorbeeld contact met colle-

217 Zie daarover par. 8.4.5.3.2.

218 Zie hierover ook De Boeck 2000, p. 27 die ook andere begrippen omschrijft zoals ‘gegevens’ en ‘cultuur’.

219 Ibid.

220 Ibid.

221 Zie hierover ook Bektaş 2013, p. 38-39.

222 Polanyi 1958.

223 Pathirage, Amaratunga & Haigh 2007.

224 Ibid. p. 107.

ga's. Voorts werd het belang van *tacit knowledge* in het onderzoek onderschreven om effectiever en efficiënter te kunnen werken.²²⁵

Ook op projectniveau is er kennis aanwezig bij personen die zich moeilijk laat vastleggen of niet is vastgelegd.²²⁶ Dergelijke kennis kan alleen worden ontsloten door betrokken personen.

Aangezien het lastig is om *tacit knowledge* op te roepen en onder woorden te brengen, zal *tacit knowledge* minder makkelijk gedeeld wanneer partijen informatie uitwisselen door middel van afstandelijke communicatiemiddelen, zoals e-mail. Bij digitale communicatie zal bijvoorbeeld minder *tacit knowledge* overgedragen kunnen worden dan in een 'face to face' contact, waarin meer en snellere (non-) verbale interactie plaatsvindt en personen directer bevraagd kunnen worden.²²⁷

8.5.2.2 Communicatie

In de meest basale vorm is communicatie het proces waarbij een zender een signaal afgeeft aan een ontvanger.²²⁸ De elementen van deze basale definitie kunnen worden gevangen in het ZBMO-model: zender, boodschap, medium en ontvanger. Hoe basaal deze elementen ook zijn, ze komen terug in belangrijke aspecten van informatieplichten in het bouwproces en deze informatieplichten beperken zich vaak ook tot deze elementen. In par. 9 UAV 2012 wordt bijvoorbeeld de communicatie rond de opneming van werk geregeld. Lid 1 van die paragraaf bepaalt dat de opneming geschiedt op een door de aannemer (zender) schriftelijke (medium) tot de directie (ontvanger) gerichte aanvraag (boodschap).

Over het algemeen wordt coördinatie meer als een interactief proces gedefinieerd²²⁹:

‘Communicatie is een proces van tweerichtingsverkeer waarbij zender en ontvanger beiden actief kunnen zijn en van rol kunnen wisselen; communicatie wordt in deze optiek gezien als een interactief proces.’

Van Gulijk geeft in haar VBR preadvies uit 2014 een definitie van communicatie die specifiek betrekking heeft op communicatie in het bouwproces en die ook de nadruk legt op het interactieve karakter:

225 Ibid. p. 123.

226 Ibid. p. 122.

227 Pathiraga, Amaratunga & Haigh 2008, p. 210.

228 Michels 2013, p. 10.

229 Michels 2013, p. 10. Zie ook Van Gulijk 2014, p. 70 die hierbij verwijst naar managementliteratuur.

‘Een actieve uitwisseling van informatie tussen in ieder geval twee maar vermoedelijk meer dan twee bouwactoren, die verder gaat dan het eenzijdig delen van informatie van de ene actor naar de andere.’²³⁰

Ze voegt daaraan toe: “Het moet gaan om een continu proces waarbinnen op een interactieve wijze communicatie tussen de betrokken actoren plaatsvindt (en niet om een eenzijdige, eenmalige actie van een van die actoren richting een andere).”

Communicatie vindt bijna continu plaats.²³¹ Met heel veel gedragingen geven personen onbewust of bewust een signaal af. In het kader van dit onderzoek is vooral relevant hoe partijen bewust met elkaar communiceren over coördinatie in het bouwproces. Die coördinatie kan op verschillende manieren plaatsvinden.

Zo kan communicatie via verschillende media plaatsvinden. Indien twee personen zich op een verschillende locatie bevinden, is het mogelijk om te telefoneren, maar ook om te e-mailen. Over het gebruik van communicatiemedia kunnen procesafspraken gemaakt worden om te voorkomen dat er communicatieproblemen ontstaan.

Voorts kan aan bepaalde vormen van communicatie een formeel karakter worden toegekend.²³² Dit formele karakter is vaak ontleend aan de documenten waarin de communicatie wordt neergelegd. Hetgeen in een bouwvergadering wordt besproken en vervolgens in een verslag wordt vastgelegd, heeft een andere status dan een informeel overleg tussen partijen dat niet volgens de procedure van een bouwvergadering plaatsvindt.²³³ Het is denkbaar dat informele communicatie op een later moment wordt geformaliseerd. Soms dient overleg snel plaats te vinden, maar is er geen tijd om volgens de overeengekomen procedures een vergadering bijeen te roepen. Door het formaliseren van afspraken kan het risico worden verkleind dat partijen een verschillende perceptie hebben van een afspraak en wordt het eenvoudiger voor partijen om elkaar aan te spreken op de naleving van een afspraak.

8.5.2.3 Tussenconclusie en relatie tot het bouwcontractenrecht

In deze paragraaf zijn enkele aspecten aan de orde gekomen die in relatie zijn te brengen met het bouwcontractenrecht. Partijen kunnen afspraken maken over het type informatie of kennis dat ze willen delen en welke communicatiemiddelen ze daarvoor willen gebruiken. Willen partijen deze afspraken juridisch afdwingbaar maken, dan zal daarvoor een contractuele grondslag nodig zijn. Voorts kunnen partijen die bij coördinatie betrokken zijn contractuele afspraken maken over de

230 Van Gulijk 2014, p. 15.

231 Michels p. 10.

232 Vergelijk ook Kraut & Streeter 1995, p. 71 over het onderscheid tussen informele en formele communicatie.

233 De UAV 2012 kent bijv. in par. 27 lid 9 een specifieke procedure voor het verslag doen van bouwvergadering.

status die aan bepaalde communicatie kan worden toegekend. Denkbaar is bijvoorbeeld dat afspraken die zijn vastgelegd in verslagen van een bouwvergadering of een specifiek op coördinatie gerichte vergadering een bepaalde contractuele status toekennen.

8.5.3 Oorzaken van communicatieproblemen

Omdat communicatie een belangrijk middel of mechanisme is in het coördinatieproces, is het belangrijk om een beter begrip te krijgen van communicatieproblemen.²³⁴ Communicatieproblemen kunnen er immers toe leiden dat coördinatie minder succesvol is en zijn daarom een belangrijk aandachtspunt voor succesvolle coördinatie. Een goede communicatie tussen partijen in een bouwproces is geen vanzelfsprekendheid.²³⁵

Er kan een onderscheid gemaakt worden tussen twee typen communicatieproblemen: a) er wordt niet, niet volledig of niet tijdig gecommuniceerd en b) er wordt wel tijdig gecommuniceerd, maar de boodschap wordt niet goed ontvangen of geïnterpreteerd door de ontvanger.

Als oorzaak van de eerste categorie communicatieproblemen zijn de volgende oorzaken denkbaar:

- geen toewijding aan de projectdoelstellingen (eilandgedrag);
- gebrek aan inzicht in de invloed van de eigen werkzaamheden op andere activiteiten;
- slechte verstandhouding tussen partijen;
- juridische motieven.

Als oorzaak van de tweede categorie van communicatieproblemen worden in de literatuur de volgende factoren genoemd²³⁶:

- de informatie worden niet begrepen, omdat het niet goed mogelijk blijkt de informatie begrijpelijk over te brengen;
- de ontvanger krijgt zoveel informatie tegelijkertijd en/of opeenvolgend dat het onmogelijk wordt alle informatie tot zich te nemen en goed te begrijpen²³⁷;

234 Vaak worden coördinatie en communicatie zelfs in één adem genoemd, zie Hossain 2009, De Blois e.a. 2011. Derkink & Mans 2006, p. 6 noemen miscommunicatie tijdens de ontwerpfasen als één van de oorzaken voor incidenten op het gebied van constructieve veiligheid en instortingen.

235 Zie Van Wassenaeer 2006, p. 57 waar gesteld wordt dat de oorzaak van geschillen in de bouw voor een belangrijk deel ligt in gebrekkige communicatie en een gebrek aan transparantie.

236 Dainty, Moore & Murray 2006, p. 26-27.

237 Zie King 2011, p. 61, waar gesteld wordt dat er uit nervositeit veel meer informatie wordt gevraagd dan nodig is, waardoor de informatieparadox optreedt: meer in-

- de informatie is van slechte kwaliteit;
- door gebrek aan een duidelijke intentie of doelstelling, ontstaat verwarring over de boodschap.;
- gedurende de overdracht van de informatie ontstaan fouten;
- doordat zender en ontvanger een andere houding hebben of andere bedoelingen hebben, kennen ze een andere betekenis toe aan informatie;
- omgevingsfactoren, zoals lawaai, een gebrek aan goede communicatiemiddelen, fysieke afstand;
- het fenomeen dat naarmate meer personen betrokken zijn bij het doorgeven van informatie, de boodschap langzaam vervormd raakt.

De laatstgenoemde factoren doen zich in vergelijking tot organisaties in andere sectoren relatief vaak voor in bouworganisaties²³⁸ in vergelijking met andere organisaties en kunnen daarom een bedreiging vormen voor effectieve coördinatie.

Indien partijen informatie van slechte kwaliteit hebben, dan kunnen communicatieproblemen niet worden verholpen door (contractuele) afspraken te maken over het communicatieproces. Andere oorzaken kunnen echter wel worden bestreden door communicatieafspraken. Gedacht kan worden aan zoveel mogelijk directe communicatie om vervorming van de boodschap tegen te gaan, het maken van afspraken over het communicatiemedium, het maken van afspraken over welke informatie dient te worden overgedragen en het identificeren van de informatiebehoefte van de ontvanger.

Wat tot slot opvalt is dat er ook een teveel aan communicatie kan bestaan, waardoor de communicatie negatief beïnvloed wordt. Een *overload* aan communicatie kan negatieve effecten hebben.²³⁹ In dit verband kan ook gewezen worden op het empirische onderzoek van Pocock, Hyun, Liu & Kim, waarin geconcludeerd wordt dat interactie het projectresultaat positief beïnvloedt, maar dat boven een bepaalde mate van interactie het projectresultaat niet meer positief beïnvloed wordt.²⁴⁰ Als mogelijke oorzaak geven Pocock e.a. aan dat wanneer een bepaalde mate van interactie plaatsvindt, andere factoren meer invloed hebben op het projectresultaat. Dat er teveel informatie wordt verstrekt, lijkt overigens minder vaak voor te komen dan dat er te weinig informatie wordt verstrekt.²⁴¹

formatie leidt tot meer stress en minder inzicht en waarschijnlijk tot meer vragen, zonder dat eventuele problemen eerder gezien worden.

238 Dainty Moore & Murray 2006, p. 27.

239 Xie, Thorpe & Baldwin 2000, p. 777 hebben onderzoek gedaan naar informatie overload in het ontwerpproces. Dit blijkt minder vaak voor te komen dan informatie underload.

240 Pocock e.a. 1996, p. 175.

241 Dit geldt in ieder geval voor het ontwerp, zie Xie, Thorpe & Baldwin 2000, p. 777.

8.5.4 Effectiviteit van communicatie

Van Gulijk is op basis van managementliteratuur in haar preadvies ingegaan op de effectiviteit van communicatie aan de hand van een rangschikking van de communicatiemiddelen die gebruikt kunnen worden.²⁴² Kort samengevat vallen uit de rangschikking twee factoren af te leiden:

- communicatie is effectiever naarmate een meer directe (face-to-face, telefoon) vorm van communicatie wordt gebruikt;
- communicatie is effectiever naarmate de informatie die wordt overgebracht meer gevisualiseerd is.

Deze rangschikking biedt handvatten voor de wijze waarop partijen die over coördinatie communiceren afspraken kunnen maken over het gebruik van communicatiemiddelen.

Vanuit een iets andere invalshoek hebben Den Otter & Emmitt de effectiviteit van communicatie in ontwerpteams onderzocht.²⁴³ Deze auteurs maken een onderscheid tussen synchrone communicatie en asynchrone communicatie.²⁴⁴ Met synchrone communicatie wordt bedoeld op communicatie waarbij partijen op dezelfde tijd met elkaar communiceren al dan niet op dezelfde plaats. Voorbeelden hiervan zijn face-to-face communicatie die bilateraal of multilateraal plaats kan vinden, telefoongesprekken en videoconferenties. Bij asynchrone communicatie vinden activiteiten van partijen op verschillende momenten plaats. Voorbeelden hiervan zijn het verzenden van papieren documenten of van e-mail. Het opstellen en verzenden van de boodschap vindt op een ander moment plaats dan het ontvangen en lezen ervan.

Volgens het onderzoek van Den Otter & Emmitt draait het erom een balans te vinden tussen synchrone en asynchrone communicatie. In sommige gevallen kan synchrone communicatie effectiever zijn. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn in de eerste fases van het ontwerpproces waarin partijen een consensus moeten bereiken over bepaalde keuzes, er discussie nodig is met betrekking tot het nemen van bepaalde besluiten en er nog weinig ontwerp-informatie is vastgelegd in tekeningen en documenten.²⁴⁵ Op andere momenten kan asynchrone communicatie effectiever zijn. De auteurs noemen hierbij de fase waarin partijen een overzicht van de ontwerp-informatie moeten krijgen en die moeten verwerken en gedateerde informatie moeten bijstellen.²⁴⁶

242 Van Gulijk 2014, p. 76-77. Zij verwijst hier met name naar Emmitt & Gorse 2007.

243 Den Otter & Emmitt 2007.

244 Ibid. p. 411.

245 Ibid. p. 411.

246 Ibid. p. 411.

8.5.5 Informatiestromen bij coördinatie

Coördinatie kent twee hoofdelementen: besluitvorming en communicatie. Besluitvorming houdt in dat er besluiten moeten worden genomen over de afstemming van onderling afhankelijke activiteiten. Die besluitvorming moet gebaseerd zijn op correcte en volledige informatie, er moet sprake zijn van geïnformeerde besluitvorming. Voldoende en tijdige informatiestromen in het bouwproces zijn een *conditio sine qua non* voor adequate besluitvorming over afstemmingsproblemen.

Er kunnen twee belangrijke informatiestromen worden onderscheiden bij coördinatie. De eerste informatiestroom moet de partij of partijen met een coördinerende rol voorzien van juiste en volledige informatie over afstemmingsproblemen. Die informatiestroom kan op verschillende manieren op gang worden gebracht:

- de partij van wie de activiteit wordt gecoördineerd kan informatie aanleveren bij de coördinator over (mogelijke) afstemmingsproblemen met andere activiteiten;
- de coördinator kan relevante informatie op het spoor komen doordat hij toezicht houdt op de uitvoering van de activiteiten die hij coördineert;
- een derde partij, die niet direct betrokken is bij de betreffende activiteit, kan de coördinator attenderen op (mogelijke) afstemmingsproblemen met andere activiteiten.

Deze drie manieren waarop relevante informatie bij de coördinator terecht kan komen, kunnen elkaar aanvullen. Er zijn immers inherente beperkingen aan de hiergenoemde manieren waarop informatiestromen naar de coördinator op gang kunnen worden gebracht. Het is bijvoorbeeld goed denkbaar dat de partij van wie de activiteit wordt gecoördineerd geen informatie aanlevert over een mogelijk afstemmingsprobleem, omdat die partij niet het totaaloverzicht heeft en daardoor minder goed dan bijvoorbeeld de coördinator in staat is om afstemmingsproblemen te voorzien. De coördinator kan het verloop van de activiteit wel monitoren, maar zal in de praktijk nooit een 100% dekkend toezicht kunnen houden, omdat hij zijn aandacht in een complex bouwproces zal moeten verdelen over verschillende afstemmingsproblemen. De derde niet direct betrokken partij tenslotte, zal vaak minder inzicht hebben in het verloop van de te coördineren activiteit dan de direct betrokken partijen, en daardoor nog minder dan de direct betrokken partijen afstemmingsproblemen zal kunnen voorzien.

Een instrument dat bekend is uit de NEC-contracten om informatiestromen zo snel mogelijk op gang te brengen is de zogenaamde *early warning*, waarbij partijen elkaar zo snel mogelijk waarschuwen als ze op de hoogte raken van een omstandigheid die bijvoorbeeld tot overschrijding van termijnen kan leiden. Uit onderzoek blijkt dat van een dergelijk instrument een positief effect op het oplossen van problemen en projectresultaat uitgaat.²⁴⁷

247 Meng 2014, p. 151.

De tweede informatiestroom die op gang gebracht moet worden, is de stroom die informatie over de genomen besluiten met betrekking tot de afstemmingsproblemen bevat. Die besluiten worden neergelegd in bijvoorbeeld tijdschema's, planningen of instructies aan partijen. Partijen moeten ervan op de hoogte worden gebracht dat hun activiteiten niet op de voorgenomen wijze of op het voorgenomen moment kunnen worden uitgevoerd. Het ligt voor de hand dat het initiatief voor het op gang brengen van deze informatiestroom zal liggen bij de coördinator, omdat degene die de betreffende besluiten neemt, degene is die ervan op de hoogte is dat er iets gecommuniceerd dient te worden.

8.5.6 Informatie-uitwisseling door middel van digitale hulpmiddelen

Hierboven kwam het gebruik van digitale hulpmiddelen reeds aan de orde en werd geconstateerd dat, wanneer het gebruik van digitale hulpmiddelen een gebrek aan persoonlijk contact tot gevolg heeft, dit een negatieve invloed kan hebben op de effectiviteit van communicatie en daarmee op de effectiviteit van coördinatie.²⁴⁸ Geconcludeerd kan worden dat persoonlijk contact belangrijk is, maar dat digitale hulpmiddelen voordelen kunnen bieden, omdat het bouwproces informatie-intensief is.²⁴⁹

Verwacht kan worden dat het gebruik van digitale hulpmiddelen in de toekomst steeds verder toe zal nemen. Dit sluit aan bij een bredere ontwikkeling in de maatschappij, waarin digitale informatiesystemen centraal staan en direct kritische bedrijfsprocessen ondersteunen. Moderne ontwikkelingen op het gebied van automatisering van productieprocessen zouden verdere digitalisering van communicatie verder kunnen aanjagen.

Een digitaal communicatiemiddel waarmee partijen hun communicatie op een andere manier vorm kunnen geven is het Bouw Informatie Model (BIM).

Met de term BIM wordt bedoeld op ontwerp- en visualisatiesoftware die gebruikers in staat stelt om 3D objecten te ontwerpen. Door de Bouw Informatie Raad (BIR) wordt BIM gedefinieerd als een digitale representatie van functionele en fysieke karakteristieken van een bouwwerk.²⁵⁰

Het gebruik van BIM leidt er toe dat er één digitale plaats is waar alle relevante informatie over het ontwerp van het bouwwerk wordt verzameld. Dit heeft verschillende voordelen. Allereerst betekent dit dat er een centrale digitaal toegankelijke plaats is waar informatie beschikbaar komt voor verschillende partijen. Deze partijen worden daardoor minder afhankelijk van de wijze waarop en het moment waarop aan hen informatie wordt verstrekt. Wanneer die informatie beschikbaar

248 Zie par. 8.5.4.

249 Construction Industry Review Committee 2001, p. 113, Bartels & Bøe 2012, p. 125, 127.

250 <<http://www.bouwinformatieraad.nl/wat-bim/>>

is, kunnen ze die zelf al ontsluiten via het BIM-model.²⁵¹ Een ander voordeel is dat het digitaal samenbrengen van de informatie een digitale zogeheten *clash test* mogelijk maakt. Met de software kan een controle worden uitgevoerd op problemen rond de raakvlakken van de verschillende ontwerponderdelen.²⁵² Voorts zijn er minder risico's op het gebruik van verschillende versies van informatie, omdat er een centrale digitale plek is waar de informatie steeds kan worden bijgewerkt en opnieuw kan worden ontsloten.²⁵³

Over het gebruik van BIM dienen wel afspraken te worden gemaakt tussen partijen, waardoor ook hier de relatie tot het bouwcontractenrecht kan worden gelegd.²⁵⁴ Voor het maken van afspraken zijn BIM-protocollen beschikbaar die gebruikt kunnen worden om relevante onderwerpen te regelen. Voorbeelden van aspecten waarover afspraken nodig zijn, zijn het aanwijzen van een centrale BIM-regisseur, -coördinator en -modelleur²⁵⁵, de structuur van (aspect-)modellen²⁵⁶, het opstellen van een workflow schema²⁵⁷ en het opstellen van samenwerkingsvoorwaarden. Bij deze laatste voorwaarden kan onder meer gedacht worden aan het houden van gezamenlijke sessie, verplichtingen tot controle van eigen aspect-modellen en het verstrekken van een overzicht van de status van de informatie in het model.²⁵⁸

8.5.7 Conclusie

In dit hoofdstuk kwamen verschillende aspecten van informatie en communicatie aan de orde. In paragraaf 8.5.2 kwamen eerst verschillende soorten informatie en kennis aan de orde. Het onderscheid tussen deze verschillende soorten kan behulpzaam zijn bij het maken van afspraken over de vraag welke informatie partijen geacht worden uit te wisselen en welke informatie partijen geacht worden achterwege te laten.

Voorts kunnen uit de oorzaken van informatieproblemen afgeleid worden hoe in algemene zin partijen afspraken kunnen maken om communicatie in het bouwproces te verbeteren. Daarbij kan gedacht worden aan de keuze voor bepaalde communicatiemiddelen, het direct communiceren en het identificeren van de informatiebehoefte van partijen.

251 Chao-Duivis 2009, p. 205.

252 Zie het model BIM Protocol van Dik Spekkink van 20 februari 2012 onder 3.3 voor een overzicht van de uit te voeren simulaties en analyses.

253 Hoewel ook bij BIM afspraken over versiebeheer nodig zijn, zie Chao-Duivis 2009, p. 211.

254 Zie voor verschillende BIM-protocollen de website <www.hetnationaalbimplatform.nl>.

255 Chao-Duivis 2015, p. 43 resp. 45 en 46.

256 Ibid. p. 34.

257 Ibid. p 31-32.

258 Ibid. p. 37.

Bepaalde vormen van communicatie kunnen effectiever zijn dan andere. Bij het maken van afspraken over communicatie kan daarom van tevoren worden nagedacht op welke wijze welke informatie dient te worden overgebracht. Zo is er een onderscheid te maken tussen synchrone en asynchrone communicatie en zijn deze vormen in verschillende stadia van het ontwerpproces meer of minder effectief.

In paragraaf 8.5.5 zijn de informatiestromen bij coördinatie in hoofdlijnen in kaart gebracht. Voor het contracteren over coördinatie is dit van belang, omdat partijen eventuele informatieverplichtingen betrekking moeten hebben op de informatiestromen die nodig zijn voor coördinatie.

Tot slot is aangestipt dat er bij het gebruik van een Bouw Informatie Model bepaalde specifieke afspraken gemaakt moeten worden.

8.6 CONCLUSIE EN BEANTWOORDING DEELVRAAG

In dit hoofdstuk stond de volgende deelvraag centraal:

Welke inzichten biedt de (bouw)managementliteratuur over coördinatie en daarmee samenhangende onderwerpen als communicatie en samenwerking?

Voor de beantwoording van deze vraag is het van belang om eerst helderheid te krijgen over wat er onder het begrip coördinatie moet worden verstaan. Coördinatie heeft betrekking op verschillende soorten afhankelijkheidsrelaties die zich in bouwprocessen kunnen voordoen. Als in een bouwproject de uitvoering van de ene activiteit op een bepaalde manier afhankelijk is van de uitvoering van de andere activiteit, dan is er coördinatie nodig. Een vervolgvraag is wat coördineren concreet inhoudt. Wanneer de activiteit 'coördineren' ontleed wordt in deelactiviteiten, dan blijken er vijf belangrijke categorieën van deelactiviteiten te bestaan: leiden, faciliteren, communiceren, controleren, registreren. Deze vijf categorieën kunnen als kader dienen bij de beoordeling van de wijze waarop coördinatie juridisch is geregeld. Zijn elk van de vijf categorieën afgedekt onder de in de bouw gebruikte voorwaarden? Daarvan zal pas sprake zijn wanneer duidelijk is welke taken er binnen elke categorie moeten worden uitgevoerd, wie er voor die taken verantwoordelijk is en welke bevoegdheden daarbij kunnen worden ingezet.

Belangrijk is verder dat er niet alleen expliciet beschreven en uitgevoerde coördinatieprocessen plaatsvinden, maar dat coördinatie ook impliciet kan verlopen. Hierbij is de relationele dimensie van coördinatie van belang, die overigens ook van invloed is voor de wijze waarop expliciete coördinatie verloopt. Naarmate partijen meer vertrouwen in elkaar hebben, meer ervaringen delen, open informatie uitwisselen over en meer routines opbouwen, zal er vaker een impliciet verloop van coördinatie optreden, waardoor afstemming binnen bouwprojecten als het ware 'vanzelf' plaatsvindt.

De expliciete coördinatie-activiteiten moeten door de verschillende bij een bouwproces betrokken partijen worden uitgevoerd. Een belangrijke rol is echter weggelegd voor de partij die een leidende rol heeft bij coördinatie: de coördinator. Voor de beantwoording van de vraag welke partij het meest geschikt is om de rol van coördinator te vervullen is van belang dat partijen verschillende posities hebben in een netwerk van afhankelijke relaties en verschillende eigenschappen hebben op het gebied van kennis en vaardigheden. Bij het toedelen van de coördinatiefunctie aan een partij zouden bovengenoemde factoren in deze volgorde mee moeten wegen:

1. de competenties van een partij met betrekking tot het vervullen van de coördinerende rol;
2. relevante kennis van een partij over projectspecifieke afstemmingsproblemen;
3. de informatiepositie van een partij in een project.

Het hierboven beschreven fenomeen coördinatie is van groot belang in bouwprocessen. Het bereiken van de doelstellingen van een bouwproject hangt nauw samen met een goed verloop van de coördinatie. Met een goed verloop van de coördinatie in het bouwproces wordt bedoeld, dat ontwerpwerkzaamheden en uitvoeringswerkzaamheden succesvol worden gecoördineerd, evenals de aansluiting van ontwerp op uitvoering.

In het algemeen zijn er verschillende soorten oorzaken denkbaar die problemen op kunnen leveren voor de coördinatie van het bouwproces: oorzaken die samenhangen met de eigenschappen van het bouwproces, economische oorzaken, oorzaken die voortvloeien uit de houding of hoedanigheid van partijen en juridische oorzaken. Bouwcontracten die zich richten op coördinatie zullen in beginsel deze verschillende oorzaken onder ogen moeten zien.

Een belangrijke oorzaak van coördinatieproblematiek is dat grote bouwprojecten vaak worden opgeknipt in deelprojecten. Hieronder ontstaat een verlies aan overzicht over het gehele project, zeker wanneer geen centrale figuur is gecontracteerd die verantwoordelijk is voor de (constructieve) samenhang van de deelprojecten.

Het opknippen van projecten brengt specifieke raakvlakrisico's met zich die vaak een relatie hebben met het sluiten van overeenkomsten die ten grondslag liggen aan de activiteiten die partijen uitvoeren. Te denken valt aan het moment van contracteren in relatie tot de uitvoering van andere contracten, (wijzigingen in) de scope van de contracten, de toedeling van onderlinge verantwoordelijkheden, het creëren van prikkels om raakvlakproblemen te voorkomen en het zo vroeg mogelijk identificeren van raakvlakproblemen.

Meer in het algemeen bestaan er verschillende beheersingsmechanismen die kunnen worden toegepast in het bouwproces. Vanuit die invalshoek kan worden opgemerkt dat een goede projectstructuur met effectieve informatie-uitwisseling, een systematische benadering van raakvlakproblemen en een gelaagde benadering van

het toezicht dat wordt uitgevoerd in het kader van coördinatie behulpzaam kunnen zijn om de coördinatie van een project zo succesvol mogelijk te laten verlopen.

Een volgend belangrijk aspect bij coördinatie is dat partijen dienen samen te werken om afstemmingsproblemen te voorkomen. Factoren die de samenwerking tussen partijen positief of negatief beïnvloeden, kunnen daarom ook de coördinatie van het bouwproces positief of negatief beïnvloeden.

Bij samenwerking kan onder meer gedacht worden aan de ‘zachte’ aspecten van het bouwproces aan de orde, zoals de cultuur van een project, vertrouwen, open communicatie en het voorkomen van een ‘blame culture’. Dit zijn aspecten die met het gedrag van partijen te maken hebben en de daaraan ten grondslag liggende overtuigingen en waarden en normen. Het betreft onderwerpen die niet eenvoudig in een afdwingbare contractuele bepaling zijn te vatten, maar het is wel mogelijk dat partijen met elkaar in overleg gaan en procesafspraken maken die bij kunnen dragen aan goede verhoudingen. Ook is denkbaar dat zogenaamd ‘eilandgedrag’ wordt tegengegaan door het creëren van contractuele prikkels met betrekking tot het verloop van het gehele project.

Uit onderzoek naar sturingsmechanismen voor contractuele relaties zijn aspecten van de samenwerking tussen partijen af te leiden die van belang zijn voor het contracteren over de coördinatie van het bouwproces. Die aspecten hebben kort samengevat betrekking op:

- de omvang van de coördinatieopdracht en de daarbij behorende bevoegdheden,
- de wijze waarop besluiten over coördinatie worden genomen,
- de verdeling van risico's die samenhangen met coördinatie,
- de wijze waarop partijen met conflicten omgaan en
- de wijze waarop partijen geschillen beslechten.

Met betrekking tot de beheersing van conflicten is van belang dat vroegtijdig de risico's met betrekking tot conflicten worden herkend en dat deze gezamenlijk worden aangepakt. Hierdoor kunnen conflicten waar mogelijk worden voorkomen of worden opgelost voor ze verder evolueren en in ernst toenemen. Voorts kunnen procesafspraken gemaakt worden die betrekking hebben op de methode van het oplossen van conflicten, de personen die daarbij betrokken worden en de mate waarin partijen zich polariserend gedragen in conflictsituaties.

Het valt echter niet uit te sluiten dat conflicten evolueren en dat er juridische geschillen ontstaan tussen partijen. Dit is een onderwerp dat ook in bouwcontracten die betrekking hebben op coördinatie geregeld kan worden. Het verdient in dit verband aanbeveling om zoveel mogelijk gebruik te maken van geschilbeslechting die gericht is op onderlinge overeenstemming en op een snelle oplossing. Het kan uiteraard voorkomen dat partijen er onderling niet uitkomen, dus is het van belang dat er (in meerdere stappen) opgeschaald kan worden naar bovenpartijdige geschiloplossing.

Een laatste belangrijk aspect in de managementliteratuur is communicatie. Het is raadzaam om in het kader van coördinatie na te denken over de uitwisseling van informatie. Welke (soort) informatie moet gewisseld worden en welke niet? Partijen kunnen hier afspraken over maken.

Voorts kunnen uit de oorzaken van informatieproblemen afgeleid worden hoe in algemene zin partijen afspraken kunnen maken om communicatie in het bouwproces te verbeteren. Daarbij kan gedacht worden aan de keuze voor bepaalde communicatiemiddelen, het direct communiceren en het identificeren van de informatiebehoefte van partijen.

Bepaalde manieren van communiceren kunnen in een bouwproject overigens effectiever zijn dan andere manieren. Bij het maken van afspraken over communicatie kan daarom van tevoren worden nagedacht op welke wijze welke informatie dient te worden overgebracht. Zo is er een onderscheid te maken tussen synchrone en asynchrone communicatie en zijn deze vormen in verschillende stadia van het ontwerpproces meer of minder effectief.

Tot slot zijn de informatiestromen bij coördinatie relevant. Voor het contracteren over coördinatie is dit van belang, omdat partijen eventuele informatieverplichtingen betrekking moeten hebben op de informatiestromen die nodig zijn voor coördinatie. Voor het verloop van coördinatie is essentieel dat relevante informatie tijdig wordt uitgewisseld tussen de betrokken partijen en de informatiestromen op gang worden gebracht.

Coördinatie vanuit een juridisch perspectief

9.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk wordt het fenomeen coördinatie vanuit een verbintenisrechtelijk perspectief benaderd om de volgende deelvraag te beantwoorden:

Welke inzichten volgen uit de juridische literatuur over relevante leerstukken die samenhangen met het onderwerp coördinatie van het bouwproces?

De beantwoording van deze deelvraag dient de juridische bouwstenen op te leveren voor het toetsingskader dat in hoofdstuk 10 gehanteerd zal worden om bouwcontracten te beoordelen.

In dit hoofdstuk worden allereerst verschillende samenwerkingsmodellen in het bouwproces besproken. Deze samenwerkingsmodellen hebben betrekking op de verhoudingen tussen partijen die betrokken zijn bij coördinatie (par. 9.2). Vervolgens worden uit deze modellen vier ‘grondvormen’ afgeleid die als leidraad worden gehanteerd bij de bespreking van de juridische aspecten van coördinatie van het bouwproces (par. 9.3). In de laatste paragraaf wordt het verschijnsel coördinatie van een juridisch-dogmatisch perspectief benaderd. In die paragraaf wordt uiteengezet in welke verschillende soorten overeenkomsten coördinatie of voor coördinatie relevante onderwerpen terugkomen (par. 9.4). Tot slot volgt in de laatste paragraaf een beantwoording van bovenstaande deelvraag (par. 9.5).

9.2 SAMENWERKINGSMODELLEN

In deze paragraaf wordt een eerste schets gegeven van de juridische context waarin de coördinatie van het bouwproces plaats vindt. De samenwerking in het bouwproces kan via verschillende juridische modellen plaatsvinden. De volgende samenwerkingsmodellen worden hieronder beschreven¹:

1 De keuze voor deze modellen is ingegeven door de modellen zoals die onderscheiden worden in de bouwrechtelijke literatuur, zie Asser/Van den Berg 7-VI 2017, Chao-Duivis 2013, Van den Berg 1990, omdat het onderzoek zich specifiek richt op het bouwproces. In de algemene juridische literatuur treft men ook andere onderverdelingen aan, zie bijv. Cafaggi 2008, p. 12-16.

- traditionele driehoek;
- nevenaanneming;
- onderaanneming;
- integratie van ontwerp en uitvoering;
- bouwteam;
- bouwcombinatie;
- alliantie;
- ketensamenwerking;
- ontwerpteam.

Bij de beschrijving van deze modellen wordt eerst ingegaan op de algemene kenmerken die deze modellen onderscheiden van andere modellen. Vervolgens wordt een koppeling gemaakt met het onderwerp coördinatie door aan de hand van deze algemene kenmerken na te gaan of specifieke oorzaken van coördinatieproblemen² aanwezig of juist afwezig zijn, of ze leiden tot het plaatsvinden van coördinatieactiviteiten en of eventueel belangrijke factoren als samenwerking³ en informatie en communicatie⁴ op een positieve of negatieve manier beïnvloed worden.

Volledigheidshalve wordt nog opgemerkt dat er in een bouwproject niet altijd sprake is van toepassing van slechts één samenwerkingsmodel. Verschillende modellen kunnen binnen een project gecombineerd worden toegepast.⁵ Dit geldt te meer omdat sommige samenwerkingsmodellen alleen de verhouding tussen opdrachtnemende partijen beschrijven en andere ook de verhouding tussen opdrachtgever en opdrachtnemende partijen. In alle gevallen gaat het echter om modellen die betrekking hebben op de samenwerking tussen partijen die betrokken zijn bij coördinatie.

9.2.1 Traditionele ‘driehoek’

In het traditionele model zijn er drie verschillende partijen betrokken bij het bouwproces: de opdrachtgever, de architect en de aannemer.⁶ Er zijn in dit model twee contractuele relaties. De eerste contractuele relatie is die tussen de opdrachtgever en de architect. Deze partijen sluiten een overeenkomst met betrekking tot het opstellen van een ontwerp. Een veelgebruikte set van algemene voorwaarden die deze overeenkomst beheerst is de DNR 2011. De tweede contractuele relatie is die tussen de opdrachtgever en de aannemer. Voor deze overeenkomst, die de uitvoering van het ontwerp als onderwerp heeft, zijn de UAV 2012 veelgebruikte voorwaarden. Tussen de architect en de aannemer bestaat geen contractuele relatie.

2 Zie over deze oorzaken par. 8.3.3.

3 Zie hierover hoofdstuk 4.

4 Zie hierover hoofdstuk 5.

5 Een eenvoudig voorbeeld is de situatie waarin twee nevenaannemers ieder ook onderaannemers inschakelen.

6 Zie over het traditionele model Van den Berg 1990, nr. 18 e.v., Chao-Duivis 2010, p. 5 e.v.

In dit model is er een duidelijke scheiding aangebracht tussen de ontwerpfase en de uitvoeringsfase. In de ontwerpfase is er geen betrokkenheid van de aannemer. Nadat de ontwerpfase is afgerond komt de aannemer in beeld en wordt aan deze door de opdrachtgever het ontwerp gegeven dat de aannemer uit gaat voeren. In de rechtsverhouding tussen opdrachtgever en de aannemer is de eerste verantwoordelijk voor het ontwerp, met dien verstande dat op de aannemer wel een waarschuwingsplicht rust met betrekking tot onjuistheden in het ontwerp.⁷

Hoewel er gedurende de uitvoeringsfase in beginsel geen ontwerpwerkzaamheden meer verricht hoeven te worden, is in sommige gevallen de architect wel betrokken bij de uitvoeringsfase als directievoerder.⁸

Bouwprojecten zijn in werkelijkheid vaak te ingewikkeld om via het traditionele model te realiseren. In veel gevallen zijn er gespecialiseerde adviseurs nodig in de ontwerpfase en gespecialiseerde aannemers tijdens de uitvoeringsfase. Ook is het niet altijd mogelijk een duidelijke scheiding te maken tussen de ontwerp- en uitvoeringsfase. De aannemer kan bijvoorbeeld al beginnen met de werkzaamheden voor het ontwerp tot in alle details uitontwikkeld is.

Coördinatie in de traditionele driehoek

In dit model is er sprake van één ontwerpende partij en één uitvoerende partij. Dit betekent dat voor zover er coördinatie nodig is voor de afstemming van ontwerp- of uitvoeringswerkzaamheden, deze coördinatie plaatsvindt binnen de onderneming van de ontwerpende- en uitvoerende partij. De coördinatie is in dit model dan ook geen onderwerp dat geregeld dient te worden in de ontwerp- of uitvoeringsovereenkomst die tussen de opdrachtgever en de architect respectievelijk aannemer wordt gesloten.

9.2.2 Nevenaanneming

Het model van nevenaanneming komt deels overeen met het hierboven besproken model van de traditionele driehoek. De opdrachtgever gaat ook in dit model een overeenkomst aan met een architect die het ontwerp maakt. Vervolgens wordt het ontwerp niet ter uitvoering aan één aannemer verstrekt door de opdrachtgever, maar aan twee of meer aannemers, die ieder een apart deel van de uitvoering van het werk op zich nemen. Het gebruik van dit samenwerkingsmodel is ingegeven vanuit de specialisatie die is opgetreden in het uitvoerend bouwbedrijf.⁹ Naast het feit dat specialisatie een efficiëntere uitvoering mogelijk maakt, worden als

7 Zie over ontwerpverantwoordelijkheid in het algemeen Chao-Duivis 2016, p. 17-32 en p. 40 e.v. en over de waarschuwingsplicht in algemene zin Van den Berg 2016, p. 132-139.

8 Zie over de taken van de directie par. 3 UAV 2012.

9 Chao-Duivis 2013, p. 48. Het betreft hier een economisch verschijnsel dat niet alleen in de bouw voorkomt en al wordt beschreven sinds Adam Smith (1776), zie

voordelen van nevenaanneming genoemd dat de opdrachtgever zich de opslagen kan besparen die een hoofdaannemer in rekening brengt over in onderaanneming uitgevoerde werkzaamheden en dat de opdrachtgever meer invloed op het uitvoeringsproces kan laten gelden, omdat hij met alle nevenaannemers een directe contractuele relatie heeft.¹⁰ Of deze voordelen zich ook daadwerkelijk voordoen in bouwprojecten, kan in sommige gevallen worden betwijfeld.¹¹

Die twijfel hangt samen met het feit dat tussen de werkzaamheden van nevenaannemers raakvlakken ontstaan. De werkzaamheden van de ene nevenaannemer raken fysiek aan de werkzaamheden van een of meer andere nevenaannemers en voorts kunnen er raakvlakken ontstaan op het gebied van planning of van logistieke aard.¹² Ten aanzien van deze raakvlakken is het nodig om in enigerlei vorm te coördineren, zodat de risico's op dat punt beheerst worden.¹³ Deze noodzaak werd uitdrukkelijk benoemd in een arbitrale uitspraak uit 2010:

‘15. Door aannemster is onweersproken gesteld dat de aannemingsovereenkomst d.d. 8 november 2007 na uitvoerige bezuinigingsonderhandelingen tot stand is gekomen. Was in eerste instantie het uitgangspunt dat aannemster de volledige bouw van het winkelpand in kwestie zou realiseren, uiteindelijk hebben de werkzaamheden zich beperkt tot de casco bouw. De overige onderdelen van het werk zijn aan derden uitbesteed. Met andere woorden, opdrachtgeefster heeft er voor gekozen om het werk “in stukken te knippen”.

16. Hoewel geen ongebruikelijke gang van zaken bestaat het risico dat door de wijze van verdeling van het werk, zoals omschreven in r.o. 15 de diverse onderdelen - die dus door verschillende partijen worden uitgevoerd - niet op elkaar aansluiten. Tevens dient opdrachtgeefster bij een dergelijke wijze van uitbesteding rekening te houden met het feit dat het werk (nog) niet in iedere fase kan voldoen aan de uiteindelijk bij voltooiing van de bouw te stellen eisen. Een en ander brengt met zich mee dat bijzondere zorg wordt gevraagd van degene belast met de bouwcoördinatie, zijnde in het onderhavige geval de architect, tevens directievoerder namens opdrachtgeefster. (...)’¹⁴

De opdrachtgever is de enige partij die de juridische mogelijkheden heeft om de werkzaamheden van de nevenaannemers te coördineren. Tussen de nevenaanne-

Welling 2006, p. 3. Zie over de oorzaken hiervan, die deels specifiek betrekking hebben op de bouwsector Asser/Van den Berg 7-VI 2017, nr. 191.

10 Asser/Van den Berg 7-VI 2017, nr. 217.

11 Chao-Duivis 2013, p. 50 verwijst op dit punt naar de Inleiding bij de VGBouw Model Uitvoeringscoördinatieovereenkomst.

12 RvA 15 oktober 2012, nr. 31.754, r.o. 110 biedt een sprekend voorbeeld van fout gelopen afstemming in het kader van de planning van de uitvoering. De ene nevenaannemer heeft – tegen de gemaakte afspraken in – te vroeg een vloer gestort in een kelder, waardoor een andere nevenaannemer niet in staat was de in het bestek voorziene vloerverwarming aan te brengen.

13 Zie over raakvlakrisico's par. 8.3.4.

14 RvA 27 oktober 2010, nr. 31.634.

mers bestaat immers in beginsel geen contractuele relatie. Alleen de opdrachtgever heeft directe contractuele relaties met alle nevenaannemers. In de literatuur wordt algemeen aangenomen dat de opdrachtgever in beginsel verantwoordelijk is voor de coördinatie van de werkzaamheden van de nevenaannemers.¹⁵ De algemene voorwaarden¹⁶ en de jurisprudentie¹⁷ sluiten aan bij dit uitgangspunt.

Hoewel tussen de nevenaannemers in beginsel geen contractuele relatie bestaat, wordt in de literatuur aangenomen dat er tussen de nevenaannemers over en weer wel verplichtingen kunnen bestaan.¹⁸ Deze diligentieplichten vloeien voort uit de feitelijke betrokkenheid die nevenaannemers bij elkaars werkzaamheden hebben en vinden hun juridische grondslag in hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt.¹⁹

In sommige gevallen is niet louter sprake van betrokkenheid, maar is er sprake van feitelijke samenwerking, in het kader waarvan partijen buitencontractuele afspraken maken. In dit verband kan worden gewezen op het arrest Mooijman/Netjes.²⁰

Het bestaan van de bovengenoemde diligentieplichten is ook expliciet onderkend in een arbitrale uitspraak uit 2014²¹, waarin wordt verwezen naar ‘algemene regels’ als juridische grondslag:

‘13. Aanneemster is hoofdaannemer voor zover zij onderaannemers in haar opdracht laat werken. Zij draagt de verantwoordelijkheden ten aanzien van het werk van die onderaannemers die paragraaf 6 lid 27 en volgende UAV 1989 haar toedelen. Aanneemster draagt nimmer verantwoordelijkheid voor het werk of de planning van nevenaannemers. Zij is wel verplicht op grond van algemene regels zich de belangen van die

15 Asser/Van den Berg 7-VI 2017, nr. 219, Chao-Duivis 2009, p. 35, Van Gulijk & Muller 2011, p. 316. Dit uitgangspunt geldt ook in andere landen, zie Jansen 1998, p. 183-186.

16 Zie Asser/Van den Berg 7-VI 2017, nr. 219.

17 Zie bijv. Hof Den Bosch 25 oktober 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AU6748, waarin wordt aangenomen dat het niet gangbaar en haalbaar is om een nevenaannemer te coördineren, RvA 3 april 2014, nr. 34.466, waarin gesteld wordt dat een aannemer nimmer verantwoordelijkheid draagt voor het werk of de planning van een nevenaannemer, RvA 23 september 2015, nr. 34.658 en 34.695, r.o. 29 waarin de opdrachtgever een deel van de werkzaamheden uit de opdracht van de aannemer heeft gehaald en al uit laten voeren voor de start van de werkzaamheden van de aannemer. In de verhouding tussen de opdrachtgever en de aannemer zijn deze uit de opdracht gehaalde werkzaamheden - inclusief de raakvlakken met vervolgwerkzaamheden - in de risicosfeer van de opdrachtgever komen te liggen.

18 Chao-Duivis 2013, p. 48, waar wordt verwezen naar Asser/Van den Berg 7-VI 2017, nr. 216.

19 Asser/Van den Berg 7-VI 2017, nr. 216.

20 HR 29 mei 1998, NJ 1998, 98. Op dit arrest wordt nader ingegaan in par. 3.4.2.1 en 3.4.2.3.

21 RvA 3 april 2014, nr. 34.466.

nevenaannemers aan te trekken voor zover zij daar binnen de planning van haar eigen werkzaamheden aan kan bijdragen. In ieder geval behoort daartoe dat zij nevenaannemers niet hindert, tenzij haar werkzaamheden dat noodzakelijk meebrengen. Afgezien van het feit dat van tekortkomingen in dat opzicht in de procedure niet is gebleken, is aanneemster ook ten aanzien van eventuele dergelijke tekortkomingen nimmer in gebreke gesteld tijdens het werk.’

Voor de vraag of sprake is van nevenaanneming is beslissend of er parallelle contractuele relaties zijn tussen de opdrachtgever en twee of meer aannemers. In sommige gevallen van nevenaanneming wordt er echter in het kader van de afstemming van de werkzaamheden van de verschillende nevenaannemers in sommige gevallen door de nevenaannemers (met of zonder de opdrachtgever) een coördinatieovereenkomst gesloten. In de literatuur wordt veelal verwezen naar de VGBouw Model Uitvoeringscoördinatieovereenkomst als modelregeling voor de coördinatieovereenkomst.²² In deze overeenkomst, in het geval van drie of meer partijen een meerpartijenovereenkomst, worden de verplichtingen van partijen met betrekking tot de coördinatie van de verschillende bouwactiviteiten vastgelegd.

Coördinatie bij nevenaanneming

Uit de hierboven beschreven algemene juridische aspecten van nevenaanneming volgt dat in dit samenwerkingsmodel omstandigheden besloten (kunnen) liggen die ten grondslag liggen aan coördinatieproblemen. Bij nevenaanneming is sprake van het opknippen van een project in deelprojecten²³, zijn de economische belangen van de nevenaannemers in beginsel slechts gekoppeld aan de deelprojecten, ligt de coördinatieverantwoordelijkheid in beginsel bij de opdrachtgever die in sommige gevallen als niet deskundig kan worden aangemerkt en dient er samenwerking en besluitvorming plaats te vinden tussen partijen die niet direct contractueel met elkaar verbonden zijn. Bovendien zijn er in de basiskenmerken van dit model geen inherente prikkels aanwezig die partijen aanzetten tot samenwerking, communicatie en (impliciete) coördinatie-activiteiten.

De hier besproken negatieve aspecten met betrekking tot de coördinatie van het bouwproces kunnen (deels) ondervangen worden door het gebruik van een coördinatieovereenkomst. Indien een dergelijke overeenkomst gesloten wordt, is relevant hoe de verrichting van coördinatie-activiteiten in de overeenkomst geregeld is en op welke wijze de overeenkomst de belangrijke factoren samenwerking en communicatie beïnvloedt.

22 Asser/Van den Berg 7-VI 2017, nr. 224, Chao-Duivis 2009, p. 39-40, Chao-Duivis 2013, p. 49-50, Van Gulijk & Muller 2011, p. 317, Van Gulijk 2014, p. 28.

23 Hetgeen niet alleen raakvlakrisico's (zie daarover par. 8.3.4.3), maar ook eilandgedrag (zie daarover par. 8.4.3.1) tot gevolg kan hebben.

9.2.3 Onderaanneming

In het samenwerkingsmodel onderaanneming wordt voor de uitvoering een integrale opdracht verstrekt door de opdrachtgever aan de hoofdaannemer. Deze hoofdaannemer draagt vervolgens voor delen van zijn opdracht de uitvoering op aan één of meer onderaannemers.²⁴ De hoofdaannemer sluit een bilaterale overeenkomst met de opdrachtgever en met de onderaannemer(s). Er bestaat geen directe contractuele verhouding tussen de opdrachtgever en de onderaannemer(s). De behoefte van de hoofdaannemer tot het sluiten van onderaannemingsovereenkomsten is vaak ingegeven door de tendens van specialisatie in de bouwsector.²⁵

Aangezien de integrale opdracht aan de hoofdaannemer is opgedragen, is deze jegens de opdrachtgever aansprakelijk voor de deugdelijke uitvoering van de opdracht, ook wanneer een deel van de opdracht in onderaanneming wordt uitgevoerd.²⁶ In bepaalde gevallen is deze hoofdregel niet van toepassing op de aansprakelijkheid van de hoofdaannemer.

In de eerste plaats kan gewezen worden op de situatie waarin een onderaannemer wordt voorgeschreven door de opdrachtgever. De UAV 2012 bepalen in par. 6 lid 27 onder meer dat de aannemer in dat geval voor wat het presteren van de voorgeschreven onderaannemer betreft jegens de opdrachtgever tot niet meer gehouden dan tot datgene, waartoe de aannemer die onderaannemer of leverancier kan houden krachtens de voorwaarden door deze gehanteerd en zoals deze door de opdrachtgever zijn aanvaard of goedgekeurd.

Voorts bepaalt art. 6 lid 27 UAV 2012 dat indien de voorgeschreven onderaannemer niet, niet tijdig of niet deugdelijk presteert en de aannemer het redelijkerwijs nodige heeft gedaan om nakoming en/of schadevergoeding te verkrijgen, de opdrachtgever de voor de aannemer ontstane meerdere kosten aan hem zal vergoeden, voor zover deze hem niet zijn vergoed door de onderaannemer of leverancier. Deze bepaling houdt niet in dat het enkele feit van het voorschrijven van een onderaannemer tot een risico-omslag leidt.²⁷ Van een risico-omslag is echter wel sprake, indien de opdrachtgever het redelijkerwijs nodige heeft gedaan om schadevergoeding te verkrijgen.

In de tweede plaats kan worden gewezen op de mogelijkheid dat de opdrachtgever, of namens deze de directievoerder, aanwijzingen geeft aan de onderaannemer. De opdrachtgever volgt dan niet de contractuele lijnen, door via de hoofdaannemer een aanwijzing te geven en kan daardoor onduidelijkheid creëren.²⁸ Indien de aanwijzingen een negatieve invloed hebben op het verloop van het bouwproces,

24 Asser/Van den Berg 7-VI 2017, nr. 190.

25 Ibid.

26 Zie art. 7:751 BW, par. 6 lid 26 UAV 2012.

27 Van Wijngaarden & Chao-Duvis 2016a, p. 231.

28 Asser/Van den Berg 7-VI 2017, nr. 208.

waardoor er gebreken ontstaan of het project vertraging oploopt, dan komt dan in de relatie tussen opdrachtgever en hoofdaannemer in beginsel voor rekening van de opdrachtgever.²⁹ In de relatie tussen onderaannemer en hoofdaannemer, kan de onderaannemer zich in beginsel niet beroepen op aanwijzingen van de directie.³⁰

Coördinatie bij onderaanneming

In het samenwerkingsmodel onderaanneming is evenals bij nevenaanneming sprake van het opknippen van een project in deelprojecten. De economische belangen van de onderaannemers zijn in beginsel slechts gekoppeld aan de deelprojecten. Een belangrijk onderscheid ten opzichte van nevenaanneming is dat niet de veelal ondeskundige opdrachtgever, maar de deskundige hoofdaannemer de verantwoordelijkheid draagt voor de coördinatie van het bouwproces.³¹

9.2.4 Integratie van ontwerp en uitvoering

In de hierboven besproken traditionele driehoek en de modellen van nevenaanneming en onderaanneming werd een onderscheid aangehouden tussen ontwerpwerkzaamheden en uitvoeringswerkzaamheden, in die zin dat die werkzaamheden aan verschillende partijen worden opgedragen. In het geïntegreerde samenwerkingsmodel draagt de opdrachtgever aan een opdrachtnemer zowel ontwerpwerkzaamheden als uitvoeringswerkzaamheden op.³² De rechtsverhouding tussen de opdrachtgever en de opdrachtnemer wordt in het geïntegreerde samenwerkingsmodel doorgaans beheerst door de UAV-GC 2005.

Het gebruik van dit samenwerkingsmodel is ingegeven vanuit de gedachte dat met een integratie van ontwerp en uitvoering een efficiëntere werkwijze bereikt kan worden, waarin ontwerp- en uitvoeringswerkzaamheden beter op elkaar aansluiten.³³ Voor zover alleen de relatie tussen opdrachtgever en opdrachtnemer in ogenschouw wordt genomen, is inderdaad sprake van integratie van het ontwerp en uitvoeringsdeel van de opdracht. Dit brengt echter niet noodzakelijkerwijs met zich dat ook daadwerkelijk een geïntegreerde werkwijze wordt aangehouden

29 Tenzij de hoofdaannemer, nadat hij op de hoogte raakte van de aanwijzing, de opdrachtgever had moeten waarschuwen, zie Asser/Van den Berg 7-VI 2017, nr. 208.

30 Ibid.

31 Dit geldt niet alleen jegens de opdrachtgever, maar ook jegens de onderaannemers, zie RvA 5 juli 2007, nr. 25.196:
'407. Arbiters overwegen dat S., als hoofdaannemer, een coördinatieverplichting heeft. Dat volgt uit het hoofdaannemerschap. Slechts voorzover zij door het nalaten c.q. tekortkomen van F. [de onderaannemer van S.] en/of de onderaannemers van F. bovenmatige coördinatie heeft moeten voeren kan het zo zijn dat de hieruit voortvloeiende extra kosten voor rekening van F. komen. ()'

32 Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat de opdracht ook onderhoudswerkzaamheden kan bevatten.

33 Chao-Duvis 2013, p. 43.

bij het verrichten van ontwerp- en uitvoeringswerkzaamheden.³⁴ In de literatuur wordt vermoed dat in de praktijk in veel gevallen met onderaannemers of onderadviseurs wordt gewerkt.³⁵

Indien het bouwproces inderdaad zo wordt georganiseerd dat de opdrachtnemer delen van het ontwerp opdraagt aan onderadviseurs en delen van de uitvoering aan onderaannemers, dan komen in dit samenwerkingsmodel elementen van zowel nevenaanneming als van onderaanneming terug.

In algemene zin kan worden gesteld dat ten opzichte van die twee samenwerkingsmodellen, de opdrachtgever in het geïntegreerde model meer op afstand staat van het bouwproces.

Coördinatie bij een geïntegreerde opdracht

Evenals bij onderaanneming rust de coördinatieverantwoordelijkheid in beginsel bij de hoofdopdrachtnemer, een in beginsel ter zake deskundige partij. Bovendien rust op deze hoofdopdrachtnemer, in de relatie tot de opdrachtgever, niet alleen de coördinatieverantwoordelijkheid, maar ook de ontwerpverantwoordelijkheid. Dit brengt met zich dat in de ontwerpfase prikkels kunnen ontstaan om het ontwerp op zodanige wijze uit te werken dat de uit het ontwerp voortvloeiende raakvlakrisico's in de uitvoeringsfase beperkt worden.³⁶

Doordat het samenwerkingsmodel elementen van onderaanneming en nevenaanneming combineert, draagt het in zekere mate dezelfde risico's in zich als hierboven bij onder- en nevenaanneming zijn beschreven. Er is sprake van het opknippen van een project in deelprojecten, de economische belangen van de onder-/nevenaannemers of onder-/nevenadviseurs zijn in beginsel slechts gekoppeld aan de deelprojecten en er dient in sommige gevallen samenwerking en besluitvorming plaats te vinden tussen partijen die niet direct contractueel met elkaar verbonden zijn. Bovendien zijn er in de basiskenmerken van dit model geen inherente prikkels aanwezig die aanzetten tot samenwerking, communicatie en (impliciete) coördinatie-activiteiten door de nevenschikte partijen die in opdracht van de hoofdopdrachtnemer werken.

9.2.5 Bouwteam

Een in de literatuur gegeven definitie van het bouwteam is 'een tijdelijke vorm van samenwerking tussen vertegenwoordigers van de procesfuncties initiatief nemen, ontwerpen en uitvoeren, waarbij de deelnemers in gecoördineerd verband de werkzaamheden verrichten die uit de eigen functie voortkomen, en daarenboven,

34 Ibid.

35 Ibid.

36 Zie over de relatie tussen ontwerp en risico's in de uitvoeringsfase eerder par. 8.3.4.4.

waar mogelijk, door het geven van advies medewerken aan de taakvervulling van collega-deelnemers'.³⁷ Een bekende set van algemene voorwaarden die is toegesneden op de rechtsverhouding tussen deelnemers aan een bouwteam is de VGBouw Model Bouwteamovereenkomst.³⁸

Kenmerkend aan het bouwteam is dat de uitvoerende discipline vertegenwoordigd is aan de ontwerptafel.³⁹ Overige kenmerken van dit samenwerkingsmodel zijn de tijdelijkheid van de samenwerking, de gelijkheid tussen de betrokkenen, het gecoördineerde verband en het, naast het verrichten van de eigen advieswerkzaamheden, geven van advies door de bouwteamdeelnemers aan de andere deelnemers.⁴⁰

De betrokkenheid van één of meer aannemers bij de ontwerpfasen roept de vraag op hoe de aansprakelijkheid van partijen voor het ontwerp is geregeld. Art. 12 van de VGBouw Model Bouwteamovereenkomst bepaalt dat de verantwoordelijkheid voor adviezen en ontwerpen ligt bij degene op wiens specifieke terrein in het bouwteam die adviezen en ontwerpen betrekking hebben, mits diegene die adviezen en ontwerpen heeft aanvaard en tot de zijne heeft gemaakt. Het is dus niet de bedenker van een advies die aansprakelijk is, maar degene op wiens terrein het advies ligt als diegene het advies heeft overgenomen. De gedachte achter deze aansprakelijkheidsverschuiving is dat partijen niet geremd worden door een angst voor aansprakelijkheid om met nieuwe ideeën te komen op een terrein van een andere partij.⁴¹ Degene die het advies overneemt, wordt door de aansprakelijkheidsbepaling gestimuleerd om het goed te controleren.⁴²

De uitvoering van het werk is geen onderdeel van de bouwteamovereenkomst. Voor de uitvoering dient dus een aparte overeenkomst te worden gesloten tussen de opdrachtgever en een of meer uitvoerende partijen. De aan het bouwteam deelnemende aanbieder krijgt volgens de VGBouw Model Bouwteamovereenkomst de gelegenheid om als eerste en enige een prijsaanbieding te doen.

Coördinatie in het bouwteam

Een belangrijk kenmerk van het bouwteam, is dat binnen dat model gecoördineerd wordt samengewerkt. Het doel van deze gecoördineerde samenwerking is dat de deelnemers aan het bouwteam in nauw overleg met elkaar treden, om te bereiken dat hun verschillende bijdragen goed op elkaar aansluiten.⁴³ Er vindt geen integra-

37 Zie Asser/Van den Berg 7-VI 2017, nr. 260, waarnaar ook Chao-Duivis 2012, p. 6 verwijst.

38 Deze voorwaarden zijn een belangrijk onderwerp in de studie naar het bouwteammodel in Chao-Duivis 2012.

39 Asser/Van den Berg 7-VI 2017, nr. 260.

40 Chao-Duivis 2012, p. 6.

41 Ibid. p. 115.

42 Ibid. p. 116.

43 Asser/Van den Berg 7-VI 2017, nr. 262.

tie van procesfuncties plaats, zodat partijen wel zelf verantwoordelijk blijven voor de met hun discipline samenhangende taken.⁴⁴

In het kader van de precieze invulling van de samenwerking wordt in de praktijk veelal nog een coördinatieovereenkomst gesloten tussen de deelnemers aan het bouwteam.⁴⁵ Daarin kunnen afspraken over communicatie, planning etc. worden opgenomen.

9.2.6 Bouwcombinatie

Er is sprake van het samenwerkingsmodel bouwcombinatie, indien de opdrachtgever een opdracht verstrekt aan een in combinatieverband samenwerkende groep aannemers.⁴⁶ In de literatuur worden twee belangrijke kenmerken genoemd van de samenwerking van de aannemers in combinatieverband. Het eerste is dat de aannemers in de combinatie op voet van gelijkheid met elkaar samenwerken en het tweede kenmerk is dat de deelnemende aannemers buiten het terrein waarop de samenwerking betrekking heeft vrij blijven om zelfstandig op te treden.⁴⁷

De bouwcombinatie komt doorgaans ad hoc tot stand en kan gericht zijn op de uitvoering van een ontwerp, maar ook op geïntegreerde opdrachten die naast de uitvoering ook (delen van) ontwerpactiviteiten en eventueel financiering, onderhoud en exploitatie omvatten.

Vanuit het perspectief van de opdrachtgever, die maar één partij ('de combinatie') contracteert voor de uitvoering van het werk, lijkt dit model op de in par. 9.2.1 besproken traditionele driehoek. Vanuit het perspectief van de aannemers is dit echter een wezenlijk andere figuur, omdat zij slechts deelnemers zijn in de bouwcombinatie die als contractspartij van de opdrachtgever optreedt. Een belangrijk voordeel voor de deelnemende aannemers is dat zij door het aangaan van een combinatie de kans vergroten om in aanmerking te komen voor bepaalde opdrachten.⁴⁸ De meest gebruikelijke rechtsvorm is de VOF.⁴⁹ De vennoten van een VOF zijn hoofdelijk aansprakelijk voor de verbintenissen van de vennootschap. Dit betekent dat de vennoten jegens de opdrachtgever hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de gehele uitvoering van de tussen de opdrachtgever en combinatie gesloten overeenkomst.

De voor de rechtsverhouding van de aan de combinatie deelnemende aannemers geschreven modelvoorwaarden worden gevormd door de VGBouw Model Bouw-

44 Ibid.

45 Chao-Duivis 2012, p. 17.

46 Asser/Van den Berg 7-VI 2017, nr. 234, Chao-Duivis 2013, p. 52.

47 Asser/Van den Berg 7-VI 2017, nr. 234.

48 Ibid.

49 Asser/Van den Berg 7-VI 2017, p. 242. Zie ook de considerans van de VGBouw Model Combinatieovereenkomst 1996.

combinatieovereenkomst 1996.⁵⁰ Deze voorwaarden gaan onder meer in op de algemene verplichtingen die partijen hebben over en weer, wat ze geacht worden in te brengen in de combinatie en het gegeven dat ze elkaar op de hoogte houden van zaken die de combinatie kunnen raken.

In het kader van de coördinatie is voorts van belang dat iedere partij een lid mag benoemen in de Raad die de leiding heeft over de combinatie. Ondergeschikt aan deze Raad is een projectleider belast met de dagelijkse uitvoering van het werk. Deze projectleider communiceert met de opdrachtgever en met de bouwdirectie en is in algemene zin belast met de voortgang van het werk. Deze projectleider lijkt derhalve een belangrijke rol te vervullen bij de coördinatie van het werk. Hij neemt een centrale positie in, zowel wat betreft de verantwoordelijkheid met betrekking tot de voortgang van het werk als wat betreft de communicatielijnen tussen uitvoerende partijen en de opdrachtgeverszijde.

In de combinatieovereenkomst is geregeld op welke wijze partijen delen in het resultaat. Ervan uitgaande dat alle partijen in ieder geval op enige wijze delen in positieve en negatieve resultaten, ontstaat hierdoor een gemeenschappelijke prikkel tot effectieve samenwerking.

Voorts blijkt de nadruk op samenwerking uit de geschilbeslechtsingsparagraaf (art. 32 van het VGBouw Model). In deze paragraaf is bepaald dat partijen hun geschillen ter beslechting onderwerpen aan een mediationprocedure. Alleen indien de mediation is geëindigd zonder dat een vaststellingsovereenkomst tot stand is gekomen, wordt het geschil beslecht door arbitrage.⁵¹

De aansprakelijkheid van partijen onderling wordt beheerst door de artikelen 27 en 29 van de VGBouw Model Combinatieovereenkomst. Daarin is ten eerste bepaald dat partijen (behoudens in geval van zeer ernstig tekortschieten) over en weer het risico van schade of verlies dragen ten gevolge van fouten van personen die door de combinatie bij de uitvoering van het werk worden gebruikt naar rato van ieders aandeel in de combinatie. Voorts is van belang dat partijen jegens elkaar aansprakelijk zijn voor wanprestatie.

Coördinatie in de bouwcombinatie

In de hierboven beschreven basiskennmerken van het bouwteam zijn inherente prikkels aanwezig voor partijen om over te gaan tot coördinatie-activiteiten. Partijen zijn hoofdelijk aansprakelijk jegens de opdrachtgever en onderling in begin-

50 Bestaande uit een inschrijvingsovereenkomst, een combinatieovereenkomst en bijbehorende algemene voorwaarden.

51 Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat de voorwaarden beslechting direct door arbitrage niet uitsluiten. Partijen moeten dan expliciet overeenkomen dat de mediationprocedure niet gevolgd zal worden.

sel naar rato van het aandeel in de combinatie.⁵² Voor alle partijen geldt derhalve dat er economische prikkels aanwezig zijn die verbonden zijn aan een effectieve en efficiënte coördinatie. Voorts is het model gericht op samenwerking tussen partijen en neemt in dit model een persoon de voor coördinatie belangrijke dagelijkse leiding op zich.

9.2.7 Ketensamenwerking

Ketensamenwerking wordt gedefinieerd als de (idealiter: projectoverstijgende) samenwerking tussen partners, betrokken bij het bouwproces, met als doel de prestatie van de gehele keten te optimaliseren.⁵³

De ontwikkeling van ketensamenwerking is ingegeven vanuit de gedachte dat een tijdelijke samenwerking in een bouwproject, waarbij ieder verantwoordelijk is voor de eigen werkzaamheden, vanuit het oogpunt van procesbeheersing niet effectief en efficiënt is.⁵⁴ Bij ketensamenwerking wordt er naar gestreefd om door leereffecten de afstemming en coördinatie van processen in de keten te optimaliseren.⁵⁵

Ketensamenwerking kan op verschillende manieren (contractueel) vormgegeven worden. In de eerste plaats is een constructie mogelijk met twee overeenkomsten:

1. een teamovereenkomst die geen betrekking heeft op een concrete opdracht, waarin onderwerpen als de samenstelling van het team, het doel van de samenwerking, beginselen, duur en einde van de samenwerking, communicatie, taken, aansprakelijkheid en geschilbeslechting geregeld worden;⁵⁶
2. een projectovereenkomst tussen opdrachtgever en deelnemers aan het team, die betrekking heeft op een bepaalde opdracht, waarin onderwerpen als doelen, beginselen, communicatie en informatie-uitwisseling, wijziging van omstandigheden, coördinatie van activiteiten, de verplichtingen van partijen, aansprakelijkheid en geschilbeslechting geregeld worden.⁵⁷

52 Zie ook par. 2.1.2.4 waarin werd geconcludeerd dat contractvormen die de perceptie van gezamenlijke doelstellingen bevorderen een positieve invloed kunnen hebben op het verloop van coördinatie.

53 Chao-Duivis & Wamelink 2013, p. 15, waar ook wordt toegelicht dat met de term partners bedoeld wordt op partijen die een functie hebben in het bouwproces bij het ontwerp, de uitvoering, de toelevering of het geven van de opdracht.

54 Wamelink 2013, p. 9.

55 Ibid. p. 11.

56 Chao-Duivis 2013, p. 167 e.v.

57 Chao-Duivis 2013, p. 178 e.v.

Een andere mogelijkheid is de raamovereenkomstconstructie, waarin drie verschillende typen overeenkomsten worden gesloten:

1. een overkoepelende raamovereenkomst waarbij de opdrachtnemer zich verplicht volgens de beginselen van ketensamenwerking opdrachten te realiseren en waarin het doel van de ketensamenwerking wordt benoemd;
2. een samenwerkingsovereenkomst waarin projecten worden benoemd die volgens deze methodiek gerealiseerd worden; en
3. een overeenkomst waarin de feitelijke opdracht wordt verleend voor een bepaald project.⁵⁸

In dit model contracteert de opdrachtgever uiteindelijk maar met één opdrachtnemer ten aanzien van bepaalde concrete werkzaamheden.⁵⁹ Deze overeenkomst lijkt op de geïntegreerde overeenkomst, die besproken is in par. 9.2.4.⁶⁰

Coördinatie bij ketensamenwerking

Allereerst is van belang dat ketensamenwerking ontstaan is vanuit de gedachte dat er betere afstemming tussen processen in de keten nodig is. Dit samenwerkingsmodel is dus gericht op verbetering van de coördinatie.

Om te kunnen spreken van ketensamenwerking is niet vereist dat de samenwerking projectoverstijgend is. In de meest ideale vorm is dit echter wel het geval. Het projectoverstijgende karakter van ketensamenwerking kan tot gevolg hebben dat bepaalde omstandigheden die tot coördinatieproblemen kunnen leiden afwezig zijn. Indien de samenwerking langdurig wordt voorgezet kunnen partijen namelijk gezamenlijke routines opdoen en bedrijfsprocessen op elkaar af gaan stemmen. Hierdoor worden ook de mogelijkheden voor het optreden van impliciete coördinatieprocessen vergroot. Voorts kunnen partijen, wanneer ze belang hebben bij het projectoverstijgend in stand houden van de samenwerking, minder gericht zijn op economische prikkels die slechts betrekking hebben op het eigen individuele belang en kan door het projectoverstijgend karakter de onderlinge verstandhouding tussen partijen verbeterd worden.⁶¹

Tot slot wordt opgemerkt dat het verloop van coördinatie mede afhankelijk zal zijn van de vraag hoe de coördinatie en de voor coördinatie relevante onderwerpen contractueel wordt geregeld.⁶²

58 Chao-Duivis 2013, p. 189-190.

59 Ibid.

60 Ibid.

61 Zie ook par. 8.4.5.3.2.

62 Zie bijv. art. 13 van de door de Netwerkgroep Contracteren KetenSamenWerking opgestelde Samenwerkingsovereenkomst.

9.2.8 Alliantie

De alliantie kan gedefinieerd worden als een model waarin de samenwerking tussen opdrachtgever en partijen betrokken bij het ontwerp en de uitvoering zo ver gaat dat gezamenlijk een onderneming in het leven wordt geroepen voor het project en waarbij positieve en negatieve resultaten van de samenwerking worden gedeeld.⁶³ Er worden in de literatuur ook nog andere definities gehanteerd, maar deze wijken niet wezenlijk af van de hierboven genoemde definitie. Alle andere definities bevatten namelijk ook het essentiële element dat de belangen van opdrachtgever en opdrachtnemende partijen worden gelijkgeschakeld.⁶⁴

Deze gelijkschakeling van de belangen van de opdrachtgever en de betrokken opdrachtnemende partijen vindt in de alliantie als volgt plaats. Partijen werken op gelijke voet samen om gezamenlijk voordeel te behalen door het realiseren van winsten en het beperken of voorkomen van verliezen. Of sprake is van een winst of een verlies wordt vastgesteld aan de hand van benchmarks of prestatie-indicatoren.⁶⁵ Belangrijke benchmarks of indicatoren hebben betrekking op de prijs waarvoor een project naar de gezamenlijke inschatting van partijen zou moeten

63 Chao-Duivis 2013, p. 62.

64 Zie ProRail Brochure, p. 3, ProRail 2011, p. 11: 'Een samenwerkingsvorm tussen opdrachtgever en opdrachtnemer voor één specifiek project, waarbij optimaal samenspel ontstaat omdat de belangen van partijen gelijk zijn.' Projectorganisatie Betuweroute, p. 10: 'Een samenwerkingsvorm waarbij opdrachtgever en opdrachtnemer op open en transparante wijze een project realiseren en gezamenlijk de risico's dragen, waardoor er een gedeeld belang ontstaat.' Deloitte, IBR & Stibbe 2007, p. 2: 'Het in gezamenlijkheid vormgeven van een samenwerkingsverband waarin voordelen en nadelen op zo'n manier gedeeld worden dat gedurende de samenwerking de belangen van betrokken partijen parallel lopen.' Koolwijk & Geraedts 2006, p. 24, onder verwijzing naar Van Woerkum 2001: 'Een contractuele overeenkomst voor de ontwikkeling en realisatie van een bouwwerk, waarbij door opdrachtgevende, ontwerpende en uitvoerende partij(en) een geïntegreerde organisatie gevormd wordt die werkt op basis van overeengekomen gemeenschappelijke (commerciële) doelen, waarin risico's gezamenlijk worden gedragen en winst en verlies naar verhouding worden gedeeld.' Zie Koolwijk & Geraedts 2006 voor overige kenmerken van de projectalliantie, die allemaal lijken samen te hangen met en voort te vloeien uit het gelijkschakelen van de belangen van partijen:

- het delen van risico's, winst en verlies;
- intensieve samenwerking;
- gezamenlijke risicobeheersing;
- integratie van fasen en kennis;
- openheid van werken;
- het vroegtijdig inspelen op problemen door vertrouwen en open communicatie;
- het delen van kennis waardoor innovatieve oplossingen kunnen worden bereikt;
- cultuuromschakeling op het gebied van het eigen belang en het belang van de samenwerking.

65 Asser/Van den Berg 7-VI 2017, p. 297.

kunnen worden gerealiseerd en de bouwtijd waarbinnen het project gerealiseerd zou moeten worden.⁶⁶

Een belangrijk element in het kader van het delen van winsten en verliezen is het opnemen van een voorziening in een risicofonds of alliantiefonds. Indien risico's die zich op het terrein van de alliantie bevinden, zich manifesteren en tot kostenverhogingen leiden, dan worden die kosten gedekt door het alliantiefonds.⁶⁷

Partijen kunnen de alliantie in een rechtsvorm onderbrengen. Gelet op de kenmerken van alliantie zijn de maatschap, de VOF of de CV de relevante rechtsvormen.⁶⁸ In de praktijk wordt overigens niet altijd gekozen voor een rechtsvorm.⁶⁹

In de literatuur wordt een aantal voordelen van het alliantiemodel genoemd. Gevoerd wordt onder meer op lagere kosten voor de opdrachtgever, hogere winst van de opdrachtnemer, een afgenomen bouwtijd, verbeterde kwaliteit, een betere sfeer met minder geschillen.⁷⁰ Ook worden er nadelen genoemd. Zo kan het functioneren van de alliantie worden gefrustreerd wanneer gedecentraliseerd beslissingen worden ondermijnd door beslissingen van partners in de alliantie, kan de samenwerking binnen de alliantie ondermijnd worden door bindingen van partijen met derden, kan zich de situatie voordoen dat bepaalde alliantiepartners economisch sterker zijn dan andere alliantiepartners, waardoor echte samenwerking niet goed mogelijk is, kunnen de overhead en initiële investeringen hoger zijn dan bij een opdrachtgever-opdrachtnemer verhouding, moeten partijen in vergaande mate openheid van zaken geven waarvan misbruik gemaakt kan worden in conflictsituaties en moeten partijen moeten tot op zekere hoogte onzekerheden accepteren en kan de alliantie tot slot gevoelig zijn voor de personele samenstelling en wisselingen daarin.⁷¹

Een laatste opmerking die in deze algemene beschrijving gemaakt dient te worden, houdt verband met het gebruik van dit samenwerkingsmodel in de praktijk. In Nederland wordt dit momenteel in de praktijk slechts toegepast in de ontwerpfase.⁷²

66 Van den Berg noemt daarnaast nog andere mogelijke onderwerpen van de benchmarks:
- milieu;
- veiligheid;
- levensduur;
- functionaliteit
- onderhoudskosten.

67 Asser/Van den Berg 7-VI 2017, nr. 297. Deloitte, IBR & Stibbe 2007, p. 21.

68 Asser/Van den Berg 7-VI 2017, nr. 298. Deloitte, IBR & Stibbe 2007, p. 25.

69 Zie bijvoorbeeld het verslag van de samenwerking bij het project Rijksweg A2 Hooggelegen, waarin sprake was van een alliantieachtig verband dat niet was vastgelegd in een bepaalde rechtsvorm, Bloemendaal & Van der Geest 2011, p. 40.

70 Deloitte, IBR & Stibbe 2007, p. 5.

71 Ibid. p. 5-6.

72 Chao-Duvis 2013, p. 63.

Coördinatie in een alliantie

In een alliantie zijn bepaalde omstandigheden die ten grondslag kunnen liggen aan coördinatieproblemen afwezig. Zo zijn er tot op bepaalde hoogte geen prikkels die aan kunnen zetten tot opportunistisch gedrag gericht op het eigen individuele belang. Bovendien is dit samenwerkingsmodel volledig gericht op samenwerking en kan het daardoor op het gebied van coördinatie relevante voordelen bieden ten opzichte van andere samenwerkingsmodellen. De financiële belangen van partijen zijn immers gelijk en voordelen dienen daarom samen behaald te worden.

9.2.9 Ontwerpteam

Naar analogie van de figuren van nevenaanneming en onderaanneming is het mogelijk dat voor wat betreft het ontwerp adviseurs worden ingeschakeld in een nevenschikt of in een ondergeschikte samenwerkingsvorm. Voor deze samenwerkingsmodellen zullen in beginsel dezelfde juridische uitgangspunten gelden als voor neven- en onderaanneming, zij het dat toepasselijke adviesovereenkomsten andere voorwaarden kunnen bevatten dan toepasselijke aannemingsovereenkomsten.

Het is echter ook mogelijk dat verschillende adviseurs samenwerken in een teamverband. Een dergelijk team wordt aangeduid als ontwerpteam.⁷³ In de literatuur wordt onderscheid gemaakt tussen een gecoördineerd ontwerpteam en een geïntegreerd ontwerpteam. Van een gecoördineerd team is sprake wanneer de taken van de teamleden juridisch zijn afgebakend aan de hand van het onderscheid tussen de verschillende disciplines waartoe zij behoren. Hoewel er in enige mate sprake zal zijn van wederzijdse beïnvloeding, is er in beginsel sprake van een onafhankelijke uitvoering van de eigen taak.⁷⁴ Bij een geïntegreerd ontwerpteam verrichten de teamleden weliswaar eigen taken, maar is er geen sprake van een strikte afbakening. Het gehele ontwerp is een gezamenlijke prestatie, waaraan alle teamleden hun bijdrage leveren, zonder zich daarbij te beperken tot de eigen discipline. Er is dan voortdurend sprake van teambeslissingen.⁷⁵

Gecoördineerd ontwerpteam

Hoewel het gecoördineerde ontwerpteam uitgaat van afgebakende taken van de verschillende teamleden, zullen de teamleden niet kunnen ontkomen aan het formuleren van gemeenschappelijke uitgangspunten waarbinnen zij hun onderscheiden taken uitvoeren.⁷⁶ Deze gemeenschappelijke uitgangspunten hebben betrekking op de elementaire keuzes (bijv. in hoeveel ruimtes wil men een verdieping

73 Van den Berg 1990, nr. 170 e.v. Van Gulijk 2016, p. 115 verwijst in de bespreking van het ontwerpteam naar Van den Berg 1990.

74 Van den Berg 1990, nr. 173.

75 Ibid. nr. 174.

76 Ibid. nr. 179.

verdelen) die vanuit verschillende disciplines anders benaderd worden. Een constructeur heeft bij de ruimteverdeling bijvoorbeeld andere overwegingen dan een installatietechnicus. Zijn de gemeenschappelijke uitgangspunten eenmaal vastgesteld, dan kunnen de teamleden zich in hoofdzaak wijden aan de uitvoering van hun afzonderlijke taken. Voor de afstemming van deze afzonderlijke taken zal echter gedurende het ontwerpproces overleg nodig blijven.⁷⁷ Over de daarvoor benodigde overlegstructuur en de persoon van de coördinator kunnen tussen partijen nadere afspraken gemaakt worden.

In het kader van de aansprakelijkheid van partijen is van belang dat voor een groot gedeelte van de werkzaamheden sprake is van een taakafbakening, en dat in beperkte mate de teamleden collectieve beslissingen nemen, namelijk ten aanzien van de gemeenschappelijke uitgangspunten.⁷⁸

Geïntegreerd ontwerpteam

Bij het geïntegreerde ontwerpteam staat de opdrachtgever tegenover een pluraliteit van rechtspersonen, die gezamenlijk en opdracht hebben aanvaard met betrekking tot het tot stand brengen van een geïntegreerd ontwerp voor een bouwwerk.

Voor de aansprakelijkheid van partijen in een geïntegreerd ontwerpteam is bepalend dat geen sprake is van aparte verantwoordelijkheidsgebieden maar van een gezamenlijk tot stand gebracht ontwerp. Jegens de, niet in het ontwerpteam opgenomen, opdrachtgever, is daarom het geïntegreerde ontwerpteam als collectief aansprakelijk. Op ieder van de teamleden zou een hoofdelijke aansprakelijkheid moeten rusten jegens de opdrachtgever, met de mogelijkheid om onderling regres te nemen.⁷⁹ De interne aansprakelijkheid in het collectief van de teamleden onderling kan op verschillende afspraken gestoeld zijn, bijvoorbeeld aansprakelijkheid naar gelijke delen of naar rato van schuld.⁸⁰

Coördinatie in het ontwerpteam

Het samenwerkingsmodel van het ontwerpteam is erop gericht om te komen tot een onderlinge afstemming van verschillende onderdelen van het ontwerp. Hoewel zowel in het gecoördineerde als in het geïntegreerde ontwerpteam sprake is van samenwerking gericht op afstemming, is er tussen beide modellen een verschil in de intensiteit van de samenwerking. Die prikkel om te komen tot een goede afstemming in het ontwerpteam is in sterkere mate aanwezig in het geïntegreerde ontwerpteam dan in het gecoördineerde ontwerpteam, nu partijen in het geïntegreerde ontwerpteam hoofdelijk aansprakelijk zijn jegens de opdrachtgever.

77 Ibid. nr. 181.

78 Ibid. nr. 184.

79 Ibid. nr. 201, 203.

80 Ibid. nr. 210.

9.2.10 Conclusie

De hierboven beschreven samenwerkingsmodellen zijn verschillend van aard. Bepaalde modellen zijn expliciet gericht op coördinatie, zoals ketensamenwerking, bouwteam en ontwerpteam. Deze samenwerkingsmodellen zijn over het algemeen meer ‘horizontaal’ georganiseerd.

Andere modellen bevatten specifieke elementen die het ontstaan van coördinatieproblemen kunnen voorkomen. Ook is sprake van een positieve beïnvloeding van factoren die van belang zijn voor het verloop van coördinatie in het bouwproces. Hierbij kan, naast de eerder genoemde modellen, gedacht worden aan de alliantie en de bouwcombinatie.

Bij andere samenwerkingsmodellen zijn elementen aanwezig die coördinatieproblemen in de hand kunnen werken en zijn er geen of in mindere mate elementen aanwezig die factoren van belang voor coördinatie op een positieve manier kunnen beïnvloeden. Deze samenwerkingsmodellen zijn over het algemeen meer ‘verticaal’ of hiërarchisch georganiseerd (nevenaanneming, onderaanneming, geïntegreerde opdracht). Bij deze samenwerkingsmodellen, die vaak voorkomen in de praktijk, is een goede contractuele regeling van coördinatie van groot belang.

9.3 GRONDFIGUREN

In deze paragraaf komen vier verschillende grondfiguren terug die tot uitgangspunt worden genomen in het kader van de bespreking van de juridische aspecten van coördinatie: nevenaanneming, nevensgeschikte adviseursovereenkomsten, het ‘UAV-GC model’ en onderaanneming.⁸¹

Op basis van de in de vorige paragraaf geschetste kenmerken van de verschillende samenwerkingsmodellen, werd geconcludeerd dat deze modellen in beginsel de meeste risico’s op coördinatieproblemen in zich dragen. De (meer) horizontale en op samenwerking gerichte modellen (alliantie, bouwteam, ontwerpteam, bouwcombinatie en ketensamenwerking) blijven in principe buiten beschouwing.

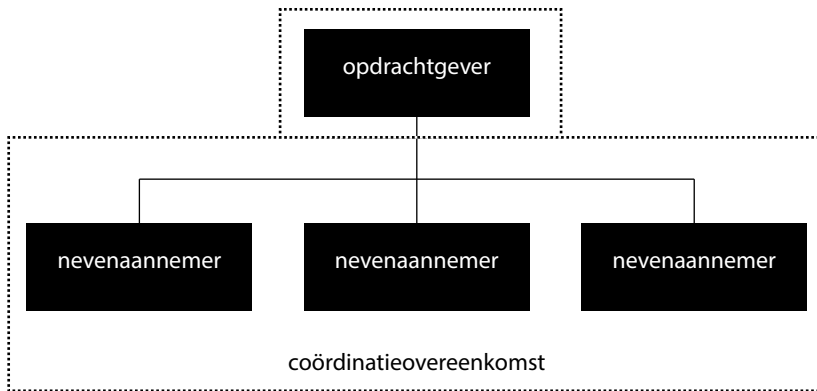
Situaties waarin er in de ontwerpfase of uitvoeringsfase maar één partij werkzaamheden uitvoert, komen niet terug in de voor coördinatie relevante grondvormen. Dat wil niet zeggen dat er dan geen coördinatie plaatsvindt of plaats dient te vinden. In paragraaf 8.2.2 bleek immers dat al van coördinatie gesproken kan worden wanneer er sprake is van afstemming van onderling afhankelijke werkzaamheden. De coördinatie is dan echter een probleem dat binnen de betreffende onderneming dient te worden opgelost en is daarmee geen verbintenisrechtelijk probleem dat relevantie heeft voor de in dit onderzoek beoogde bespreking van de

81 Vergelijk de vier coördinatie-situaties (nevenaanneming, nevenontwerp, onderaanneming, ontwerpen en aannemen) die geschetst worden in SBR 1995, p. 11.

juridische aspecten van coördinatie. Voorts is in deze situatie een afstemming nodig tussen de ontwerp- en uitvoeringsfase. Die afstemming heeft dan bijvoorbeeld betrekking op de problemen die kunnen ontstaan als (delen van) de ontwerpfase en de uitvoeringsfase door elkaar heen lopen.⁸² Dergelijke problemen kunnen opgelost worden door de uitvoeringsperiode van overeenkomsten projectspecifiek op elkaar af te stemmen en een goede scope van de verschillende overeenkomsten te kiezen. Deze problemen lenen zich in mindere mate voor een regeling in de algemene voorwaarden.

9.3.1 Nevenaanneming

Kenmerkend aan dit model zijn de nevenschikte aannemingsovereenkomsten die door de opdrachtgever met de verschillende nevenaannemers gesloten worden. Zijn die nevenaannemingsovereenkomsten aanwezig, dan is sprake van nevenaanneming. In sommige gevallen wordt er echter een multilaterale coördinatieovereenkomst gesloten. Van deze overeenkomst zijn in beginsel twee varianten mogelijk: een coördinatieovereenkomst waarbij de opdrachtgever wel en een coördinatie waarbij de opdrachtgever geen partij is. Schematisch ziet het model er als volgt uit:



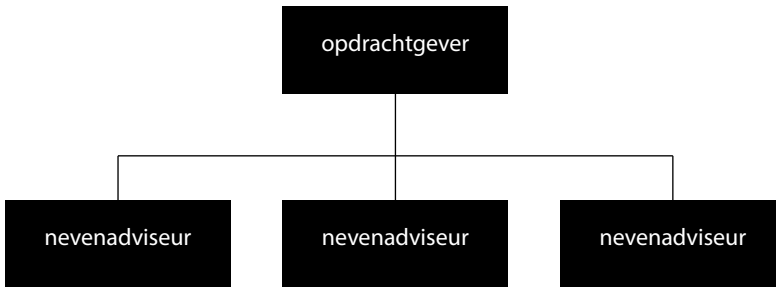
9.3.2 Nevengeschikte adviesovereenkomsten

Naar analogie van het model van nevenaanneming is ook in de ontwerpfase van het bouwproces mogelijk dat er nevenschikte adviesovereenkomsten worden

82 Vgl. Hof Den Bosch 9 december 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:5171.

gesloten. Opgemerkt wordt dat het ook in het geval van nevengeschikte adviesovereenkomsten mogelijk is dat met het oog op de coördinatie door partijen (met of zonder opdrachtgever) een multilaterale overeenkomst wordt gesloten.

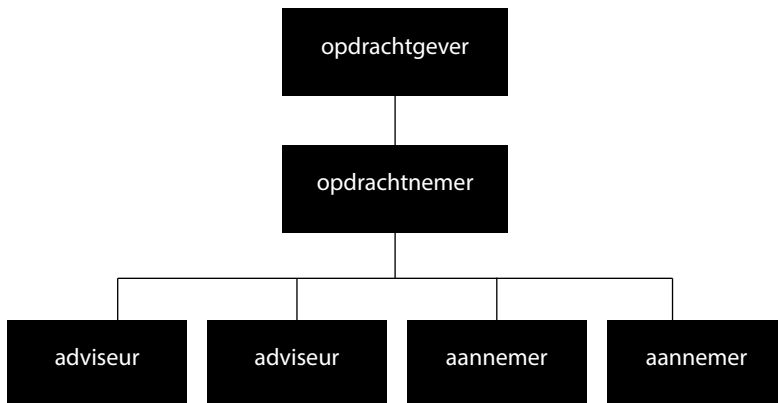
Schematisch ziet deze figuur er als volgt uit:



9.3.3 Het 'UAV-GC-model'

Het UAV-GC-model combineert aspecten van onder- en nevenaanneming: de opdrachtnemer is immers opdrachtnemer in de relatie met de opdrachtgever, maar is zelf opdrachtgever in de relatie met de door hem ingeschakelde adviseurs en aannemers. Daarnaast wijkt het UAV-GC-model af van de drie andere overeenkomsten, doordat in de relatie tussen opdrachtgever en opdrachtnemer sprake is van integratie van ontwerp en uitvoering. Een niveau lager, in de relatie van de opdrachtnemer met de nevenadviseurs en nevenaannemers is echter sprake van een splitsing van de geïntegreerde opdracht in verschillende onderdelen.

Schematisch ziet deze figuur er als volgt uit:



9.3.4 Onderaanneming

De laatste grondvorm is de onderaanneming. Bij onderaanneming is sprake van een keten van bilaterale overeenkomsten, waarin ook werkzaamheden afgestemd zullen moeten worden.

Schematisch ziet deze figuur er als volgt uit:



9.3.5 Conclusie

In deze paragraaf zijn vier grondfiguren van samenwerkingsvormen aangewezen die terug zullen komen in de bespreking van de juridische aspecten van coördinatie van het bouwproces.

In deze grondfiguren komen verschillende soorten overeenkomsten voor: aannemingsovereenkomsten, adviesovereenkomsten, geïntegreerde overeenkomsten en tot slot de specifiek op coördinatiegerichte meerpartijenovereenkomst. De voor deze typen overeenkomsten geschreven algemene voorwaarden, de UAV 2012, de DNR 2011, de UAV-GC 2005 en de VGBouw Model Uitvoeringscoördinatieovereenkomst 1999 zullen aan de orde komen in hoofdstuk 10, nadat in de volgende paragraaf de verhoudingen tussen de partijen in deze grondfiguren vanuit een juridisch-dogmatisch perspectief zijn beschouwd.

Er is geen standaardovereenkomst bekend voor de coördinatie van nevenschikte adviesovereenkomsten.⁸³

83 Van Gulijk 2016, p. 115 verwijst slechts naar de VGBouw Model Uitvoeringscoördinatieovereenkomst, die echter is opgesteld ten behoeve van de uitvoeringsfase en slechts in zeer beperkte mate, alleen voor wat betreft het onderwerp sparen, ingaat op ontwerpaspecten.

9.4 DOGMATISCHE BENADERING VAN DE GRONDFIGUREN

9.4.1 Inleiding

In de voorgaande paragrafen is de juridische context aan de orde gekomen waarin de coördinatie van het bouwproces plaatsvindt. Daarbij hebben de verschillende samenwerkingsmodellen in de bouw de revue gepasseerd en zijn vier grondvormen aangewezen die de contractuele constructies weergeven die het meest relevant zijn in het kader van de coördinatie. In deze paragraaf worden deze grondfiguren vanuit een dogmatisch oogpunt beschouwd. Daarbij komt eerst de vraag aan de orde welke typen overeenkomsten aangewezen kunnen worden in de grondvormen (par. 9.4.2) en vervolgens worden de rechtsgevolgen bij de verschillende typen overeenkomsten uiteengezet (par. 9.4.3).

9.4.2 Verschillende typen overeenkomsten

In paragraaf 9.3 werd een schets gegeven van de grondfiguren van de voor het onderwerp relevante samenwerkingsmodellen die gebruikt worden in bouwprojecten. Uit deze schets bleek dat er zowel bilaterale overeenkomsten als meerpartijenovereenkomsten gesloten kunnen worden binnen de verschillende samenwerkingsmodellen. Hieronder wordt in de subparagrafen 9.4.2.1 en 9.4.2.2 ingegaan op de vraag wanneer er in de verschillende samenwerkingsmodellen sprake is van een bilaterale overeenkomst en wanneer van een meerpartijenovereenkomst.

Voorts is van belang dat de verschillende overeenkomsten die gesloten worden in een samenwerkingsmodel een zodanige samenhang kunnen vertonen dat aan die samenhang rechtsgevolgen verbonden kunnen worden. In subparagraaf 9.4.2.3 wordt ingegaan op de vraag wanneer van een dergelijke samenhang sprake is.

9.4.2.1 Bilaterale overeenkomst

Een overeenkomst wordt gedefinieerd als een rechtshandeling, tot stand gekomen door de overeenstemmende en onderlinge afhankelijke wilsverklaringen van twee of meer partijen, gericht op het teweegbrengen van rechtsgevolg ten behoeve van een van de partijen en ten laste van de andere partij, of ten behoeve en ten laste van beide (alle) partijen over en weer.⁸⁴

In alle vier de samenwerkingsmodellen zijn er bilaterale overeenkomsten aan te wijzen. In het geval van nevenaaneming zijn dat in de eerste plaats de overeenkomsten tussen de opdrachtgever en de respectievelijke nevenaannemers en in het geval van nevengeschikte adviseursovereenkomsten zijn het de overeenkomsten tussen de opdrachtgever en de respectievelijke adviseurs. In beide gevallen geldt echter dat de opdrachtgever aan een partij een coördinatie-opdracht kan verstrekken, die ook in een bilaterale overeenkomst wordt vastgelegd. Bij het UAV-GC-

84 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, nr. 8.

model kan gewezen worden op de overeenkomst tussen de opdrachtgever en de opdrachtnemer en op de overeenkomsten die de opdrachtnemer sluit met aannemers en adviseurs. Tot slot is in het geval van onderaanneming zowel de overeenkomst tussen de opdrachtgever en de hoofdaannemer als de overeenkomst tussen de hoofdaannemer en onderaannemer een bilaterale overeenkomst.

Onder omstandigheden kan echter in bepaalde verhoudingen het antwoord op de vraag of sprake is van een overeenkomst tussen twee partijen minder duidelijk zijn. In het bijzonder valt hierbij te denken aan de verhouding tussen nevenaannemers of nevenadviseurs die niet zijn toegetreden tot een multilaterale coördinatieovereenkomst, maar die wel afspraken maken in het kader van de uitvoering van hun aannemings- of adviesovereenkomsten.

De vraag of in een dergelijk geval sprake is van een overeenkomst kwam aan de orde in het arrest Mooijman/Netjes.⁸⁵ In dat arrest was geen sprake van een klassiek geval van nevenaanneming dat (volledig) geïnitieerd was door de opdrachtgever.⁸⁶ Netjes (de aannemer van de bouw van 44 villa's) had besproken met Mooijman (een ontwerper, leverancier en bouwer van serres, ook wel zonneranda's) dat aan de kopers van de villa's de optie zou worden geboden om een zonneranda op het terras te laten aanbrengen. De betreffende kopers dienden dan afzonderlijk te contracteren met Netjes voor de bouw van de villa en met Mooijman voor de bouw van de zonneranda. Netjes zou dan bouwkundige aanpassingen doorvoeren bij de bouw van de villa die de aanbouw van de serre mogelijk maakten. Deze bouwkundige aanpassingen schoten echter tekort, waarna Mooijman de schade bij de kopers van de villa met zonneranda heeft verholpen. Mooijman sprak vervolgens Netjes aan, onder meer uit hoofde van wanprestatie.

In deze zaak was de vraag aan de orde of de werkafspraken die waren gemaakt tussen Mooijman en Netjes kwalificeerden als overeenkomst. Het Hof oordeelde in de zaak Mooijman/Netjes als volgt:

‘4.3 Mooyman betoogt primair dat Netjes contractueel jegens haar verplicht was om ervoor te zorgen dat de desbetreffende voorzieningen in orde waren. Partijen hadden immers een samenwerkingsverband terzake van de te plaatsen zonneranda's met elkaar gesloten en uit hoofde van dat verband was Netjes niet alleen jegens de kopers maar ook jegens Mooyman tot het treffen van - goede - voorzieningen verplicht.

4.4 Dit betoog gaat niet op. Het enkele feit dat Netjes zich bereid heeft getoond om brochures van Mooyman in haar showroom neer te leggen om aldus de aspirant-kopers van de villa's op de mogelijkheid van de aanbouw van een zonneranda te attenderen, betekent niet dat zij met Mooyman een samenwerkingsverband is aangegaan waarbij

85 HR 29 mei 1998, *NJ* 1999, 98, *BR* 1999, p. 440 e.v.

86 Van Erp wijst hier expliciet op in zijn annotatie bij HR 29 mei 1998, (Mooijman Netjes), *BR* 1999, p. 443, en vermeldt daarbij dat dit van belang van kan zijn in het kader van de aansprakelijkheid van de opdrachtgever, een aspect dat in deze subparagraaf verder buiten beschouwing wordt gelaten.

zij zich jegens Mooyman heeft verplicht om ervoor te zorgen dat de bouwkundige voorzieningen zodanig waren dat die zonneranda's probleemloos geplaatst konden worden. 4.5 Ook indien Netjes bij het treffen van de vier specifieke voorzieningen ten behoeve van de plaatsing van de zonneranda's bij de desbetreffende villa's die in overweging 1 sub c, vierde gedachtenstreepje, van het vonnis waarvan beroep zijn opgesomd, gebruik zou hebben gemaakt van een door Mooyman verschaftte tekening, impliceert zulks niet dat Netjes zich jegens Mooyman tot het treffen van die voorzieningen heeft verbonden. 4.6 Mooyman heeft geen andere feiten of omstandigheden aangevoerd waaruit zou kunnen blijken dat Netjes zich niet alleen tegenover de kopers, maar ook tegenover haar heeft verplicht om die voorzieningen te treffen. Met name kan uit de door haar bij repliek (onder E7) overgelegde brief van Netjes van 18 juli 1991 niet worden afgeleid dat Netjes en Mooyman een samenwerkingsverband met elkaar zijn aangegaan waaruit voor beide partijen rechten en plichten voortvloeien. Dit betekent dat de vordering tot betaling van schadevergoeding wegens wanprestatie niet kan slagen. Het door Mooyman gedane beroep op de redelijkheid en billijkheid kan haar, bij gebreke van enige toelichting of onderbouwing, niet baten.'

Het oordeel van het Hof op dit punt kon niet tot cassatie leiden:

'3.3 (...)Bij de beoordeling van dit oordeel moet worden vooropgesteld dat de vraag in hoeverre twee partijen die met het oog op hun overeenkomsten met derden ter zake van door hen te bouwen voorzieningen zich feitelijk in een zekere mate van samenwerking begeven, geacht moeten worden ook onderling een overeenkomst te hebben gesloten, slechts kan worden beantwoord aan de hand van de omstandigheden van het geval, waarvan de waardering in belangrijke mate feitelijk van aard is. Het oordeel van het Hof komt hierop neer dat de stellingen van Mooijman te dezer zake onvoldoende zijn voor het aannemen van een dergelijke overeenkomst. Het Hof heeft daarbij de belangrijkste door Mooijman aangevoerde omstandigheden uitdrukkelijk vermeld, maar heeft kennelijk geoordeeld dat alle door haar ingeroepen feiten en omstandigheden, ook in onderling verband beschouwd, nog niet tot de conclusie leiden dat een overeenkomst als door Mooijman gesteld, is tot stand gekomen. (...)'⁸⁷

Schoordijk veronderstelt dat in de zaak Mooijman/Netjes de neiging is ontstaan van een contract af te denken, omdat geen sprake lijkt te zijn van een *do ut des*.⁸⁸ De mate waarin sprake is van wederkerigheid van afspraken wordt ook door Nieuwenhuis genoemd als belangrijk aspect bij de beoordeling van de vraag of aan

87 HR 29 mei 1998, *NJ* 1999, 98.

88 Schoordijk 1998, p. 429. Met een economische blik bezien verdienen partijen echter wel indirect aan elkaar, zo stelt Schoordijk t.a.p. Du Perron 1999, p. 280 verwijst op dit punt ook naar Schoordijk. Ook Van Erp t.a.p. p. 444 stelt dat vanuit economisch perspectief voor alle partijen een efficiënte uitkomst bereikt wordt. Overigens wijt Van Laarhoven 2006, p. 23 het niet aannemen van een contract aan cassatietechnische aspecten.

een afspraak met geoorloofde inhoud een contractuele status moet worden onthouden.⁸⁹

Voor A-G Hartkamp lijkt in de eerste plaats beslissend te zijn de omstandigheid dat het uitvoeren van de bouwkundige aanpassingen plaatsvindt als onderdeel van de overeenkomst tussen de koper en Netjes. In de tweede plaats wijst Hartkamp erop dat er onvoldoende sprake is van afstemming:

‘5. (...) Gezien deze stellingen van Mooijman en de betwisting daarvan door Netjes heeft het hof m.i., zonder dat dit onbegrijpelijk moet worden geacht, mogen aannemen dat van een samenwerkingsverband met obligatoire gevolgen tussen Mooijman en Netjes geen sprake is. Immers, Mooijman heeft weliswaar met Netjes gesproken over voorzieningen die nodig waren om de serre’s te kunnen plaatsen, maar de uitvoering daarvan, het aanbrengen van deze voorzieningen, was onderdeel van de koop/aanneemovereenkomst tussen kopers en Netjes. Het hof heeft m.i. zeer wel kunnen beslissen dat uit het neerleggen van folders in de showroom van Netjes en het verschaffen van de bouwtekening niet kan worden afgeleid dat een samenwerkingsverband bestond. Daarvoor is volgens het hof meer nodig (men zou hier kunnen denken aan een werkplan met tijdschema, afspraken omtrent meldingsplichten indien vertraging wordt opgelopen e.d., vgl. M.A.M.C. van den Berg, Samenwerkingsvormen in de bouw, 1990, nr. 284; zie ook het audiëntieblad van de zitting tijdens welke de zaak is bepleit en waar de heer Mooijman heeft verklaard dat er geen tijdsplanning is gemaakt voor de plaatsing en levering van de serre’s), maar naar ‘s hofs kennelijke en niet onbegrijpelijke oordeel heeft Mooijman daartoe onvoldoende aangevoerd.’

Ten aanzien van het eerste argument, dat de uitvoering van de bouwkundige aanpassingen onderdeel zijn van de overeenkomst tussen Netjes en de betreffende kopers, kan opgemerkt worden dat dit het bestaan van verplichtende afspraken tussen Netjes en Mooijman niet uitsluit.⁹⁰ Verplichtingen uit verschillende overeenkomsten kunnen elkaar overlappen.⁹¹ Het tweede argument, dat onvoldoende sprake is van (uitgewerkte) afspraken tussen partijen, overtuigt meer. Indien slechts sprake is van oppervlakkige afspraken, kan, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, wellicht eerder worden aangenomen dat partijen niet beoogd hebben een bepaald rechtsgevolg in het leven te roepen.

Voor de beoordeling van de feitelijke samenwerking tussen nevenaannemers of nevenadviseurs in het kader van de coördinatie van het bouwproces is relevant

89 Nieuwenhuis 2001, p. 1796, bespreekt in dit kader ook afspraken tot belangeloze dienstverlening. Het andere aspect dat Nieuwenhuis in dit verband noemt, de omstandigheid dat de afspraak gelegen is op een terrein waarop partijen vrij behoren te blijven, is in het kader van afspraken tussen nevenaannemers niet relevant.

90 Schoordijk 1998, p. 428.

91 In het geval van nevenaanneming met coördinatieovereenkomst is immers ook denkbaar dat bepaalde (informatie)verplichtingen uit de aannemingsovereenkomst en de coördinatieovereenkomst elkaar overlappen.

dat afspraken in het kader van een feitelijke samenwerking niet direct een overeenkomst tussen de nevenschikte partijen inhouden. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval, kan het bestaan van een overeenkomst echter niet worden uitgesloten. In dat kader is van belang de mate van wederkerigheid van de overeengekomen afspraken en voorts de omvang van het terrein waarover deze afspraken zich uitstrekken.⁹²

Afsluitend wordt hier nog opgemerkt dat de vraag of er in geval van feitelijke samenwerking sprake is van een overeenkomst gerelativeerd kan worden, gelet op de mogelijkheid een beroep te doen op aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad.⁹³ Op deze mogelijkheid wordt ingegaan in par. 9.4.2.3.

Overigens kan ook in andere bilaterale verhoudingen de vraag spelen of er een overeenkomst tot stand is gekomen. Zo oordeelde de Raad van Arbitrage in een geschil dat de opdrachtgever geen coördinatieopdracht⁹⁴ had verstrekt aan de aannemer en kende daarbij belang toe aan onder meer de omstandigheid dat de aannemer geen vergoeding had ontvangen voor eventueel te verrichten coördinatiewerkzaamheden.⁹⁵

9.4.2.2 Meerpartijenovereenkomst

Om te kunnen spreken van een meerpartijenovereenkomst dient kort gezegd sprake te zijn van drie of meer partijen die samen een overeenkomst hebben gesloten. Van een dergelijke omstandigheid is in de vier samenwerkingsmodellen alleen sprake in het geval van nevenaaneming of van nevenschikte adviesovereenkomsten.

In de literatuur wordt het volgende onderscheid tussen verschillende soorten meerpartijenovereenkomsten aangehouden⁹⁶:

-
- 92 Terzijde wordt hier opgemerkt dat buiten beschouwing is gelaten de figuur van de toezegging, waar in de literatuur aandacht voor is, zie Schoordijk 1998, p. 429, Menu 1994. Dit begrip lijkt in dit verband echter weinig houvast te bieden, aangezien een verbintenis uiteindelijk een grondslag zal moeten vinden in een overeenkomst of een onrechtmatige daad. Bovendien lijkt de toezegging in particuliere verhoudingen vooral relevant in de precontractuele fase of wanneer sprake is van 'contractuele' toezeggingen, zie Menu 1994, p. 206 e.v.
- 93 Zie van Laarhoven 2006, p. 23 die opmerkt dat het er niet toe blijkt te doen of de samenwerking tussen Mooijman en Netjes moet worden bestempeld als een contract of wordt opgelost via de onrechtmatige daad.
- 94 Voor een bilaterale opdracht tot coördinatie wordt de term 'coördinatieopdracht' gebruikt, ter onderscheid van de multilaterale 'coördinatieovereenkomst'.
- 95 RvA 12 juni 2012, nr. 31.963, r.o. 83. Ook in RvA 14 februari 2014, nr. 34.133 slaagde de opdrachtgever er niet in aan te tonen dat hij een coördinatie-opdracht had verstrekt aan de aannemer.
- 96 Samoy & Van Loock 2015, p. 165-166. Deze driedeling vindt men ook al terug bij Dirix 1983, p. 763. De indeling wordt gevolgd door onder meer Spanjaard 2015, p.

- symmetrische meerpartijenovereenkomsten. Deze overeenkomsten lijken op overeenkomsten van twee partijen, maar er zijn aan één of beide zijden meer partijen;
- asymmetrische meerpartijenovereenkomsten. Elke partij neemt een eigen juridische positie in zonder dat het mogelijk is de partijen in twee groepen in te delen;
- samenwerkingsovereenkomsten. Elke partij gaat een onderscheiden verbintenis aan, maar zijn alle verbintenissen samen gericht op de realisatie van een gemeenschappelijk project.

Deze onderverdeling in verschillende soorten meerpartijenovereenkomsten geeft in de eerste plaats een verduidelijking van uiteenlopende overeenkomsten die onder het begrip ‘meerpartijenovereenkomst’ vallen. Voorts kan de onderverdeling relevant zijn in het kader van de rechtsgevolgen die aan de overeenkomst kunnen worden verbonden.⁹⁷

In de samenwerkingsmodellen nevenaanneming en nevengeschikte adviseurs-overeenkomsten kan sprake zijn van een meerpartijenovereenkomst. De betreffende overeenkomsten kunnen gekwalificeerd worden als een samenwerkingsovereenkomst. Partijen gaan onderscheiden verbintenissen aan die gericht zijn op de realisatie van een bouwwerk respectievelijk de totstandkoming van een ontwerp.

Evenals bij de bilaterale overeenkomst kan bij de meerpartijenovereenkomst de vraag rijzen of sprake is van een tot stand gekomen overeenkomst tussen partijen, indien er feitelijke samenwerkingsafspraken zijn gemaakt tussen drie of meer partijen. Er lijken geen redenen aanwezig deze vraag aan de hand van andere gezichtspunten te beantwoorden dan als hierboven in paragraaf 9.4.2.1 vermeld bij de bilaterale overeenkomst.

Er zijn echter wel andere vragen die specifiek bij de meerpartijenovereenkomst rijzen met betrekking tot de totstandkoming. Hoe verlopen bijvoorbeeld aanbod en aanvaarding in een meerpartijenverhouding? Gedacht kan worden aan de situatie waarin een aantal partijen wel een overeenkomst heeft getekend, maar één partij, die wel in het contract genoemd is, geen handtekening heeft gezet.⁹⁸ In die situatie geldt dat de partijen die wel getekend hebben, in beginsel nog niet gebonden zijn aan het contract, zo blijkt uit het arrest Verhoeven/Pied Boeuf⁹⁹:

‘Tegen deze overweging, op grond waarvan het Hof de gevolgtrekking maakt, dat Verhoeven zowel jegens Pied Boeuf als jegens Wijleman gebonden is, keert zich terecht

188, Van Dongen 2016, p. 222-223, Tjong Tjin Tai 2017, p. 271.

97 Over deze rechtsgevolgen volgt meer in par. 9.4.3.2.

98 Drion 1982, p. 5, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III, nr. 537.

99 HR 9 februari 1979, *NJ* 1979, 501. In Hof Den Bosch 4 juli 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX0380 wordt deze regel niet gevolgd, hetgeen door Tjong Tjin Tai 2017, p. 273 als enigszins twijfelachtig wordt beoordeeld.

het eerste onderdeel. Voor contracten die zijn opgemaakt om door meer dan twee pp. te worden ondertekend, kan niet als algemene regel worden aanvaard, dat ieder die daarin als partij wordt genoemd zich, door het contract zonder het maken van een voorbehoud te ondertekenen, aan de daarin geformuleerde verbintenissen gebonden moet achten tegenover degenen die het mede hebben ondertekend, ongeacht of alle daarin als ‘ondergetekenden’ aangeduide personen bereid zijn het mede te tekenen. Een dergelijke gebondenheid mag - daargelaten dienaangaande t.a.v. bepaalde contracten bestaande gebruiken - in het algemeen slechts worden aangenomen, als voor het aanvaarden van de verbintenissen die het contract aan een ondertekenende partij oplegt, de medegebondenheid van de persoon of personen die daarna blijken te weigeren om mede te tekenen, voor die partij praktisch van geen betekenis is. Dienaangaande is echter niets door pp. gesteld, terwijl de afwezigheid van een zodanig belang van Verhoeven bij mede-ondertekening door Mevrouw Van Dijk ook niet als vanzelfsprekend uit de inhoud van het contract voortvloeit. Ook zijn geen bijzondere omstandigheden gesteld - noch is het bestaan van een ter zake geldend handelsgebruik ingeroepen - waaruit zou volgen dat Verhoeven, ondanks de weigering van Mevrouw van Dijk om het contract mede te tekenen, door zijn ondertekening ervan tegenover Pied Boeuf en Wijleman gebonden is, nu hij niet heeft kunnen bewijzen bij het ondertekenen een voorbehoud te hebben gemaakt.’

Ook ten aanzien van de inhoud van een meerpartijenovereenkomst kunnen zich vragen voordoen, bijvoorbeeld ten aanzien van de toepasselijkheid van algemene voorwaarden.¹⁰⁰ Deze vragen blijven hier verder buiten beschouwing, omdat ze buiten het bestek van deze subparagraaf vallen.

Wel wordt hier nog opgemerkt dat voor de uitleg van de overeenkomst relevant kan zijn dat er meer dan twee partijen zijn. In een meerpartijenverhouding zal immers de kans groter zijn dat niet alle partijen over dezelfde achterliggende kennis over partijbedoelingen beschikken dan in een tweepartijenverhouding. Hebben niet alle partijen evenveel weet van partijbedoelingen dan ligt een meer objectieve uitleg voor de hand. Beschikken alle partijen wel over dezelfde kennis, dan kan de uitleg plaatsvinden volgens de Haviltexmaatstaf.¹⁰¹

9.4.2.3 Samenhangende overeenkomsten

In de vorige subparagraaf was de meerpartijenovereenkomst aan de orde. In meerpartijenverhoudingen is er echter niet altijd sprake van een meerpartijenovereenkomst. In die meerpartijenverhoudingen kan wel sprake zijn van feitelijke samenhang van verschillende rechtsverhoudingen.¹⁰²

Het bilaterale contract kan in dergelijke gevallen dan ook niet alleen vanuit het perspectief van de bilaterale verhouding tussen de contractspartijen beschouwd

100 Zie hierover Spanjaard 2015, p. 199.

101 Tjong Tjin Tai 2017, p. 274.

102 Van Laarhoven 2006, p. 1.

worden, maar ook vanuit het grotere geheel van de daarmee samenhangende rechtsverhoudingen. Dit leerstuk van de samenhangende rechtsverhoudingen heeft zowel in de binnenlandse als buitenlandse literatuur veel aandacht gekregen.¹⁰³

Het startpunt in de jurisprudentie voor deze ontwikkeling werd gevormd door het arrest Staat/Degens uit 1946.¹⁰⁴ Daarin overwoog de Hoge Raad:

‘dat, wie zich eenmaal contractueel heeft gebonden, - waardoor de contractsverhouding, waarin hij partij is, in het rechtsverkeer een schakel is gaan vormen, waarmede de belangen van derden, die aan dit verkeer deelnemen, in allerlei vormen kunnen verbonden worden - ten aanzien van de wijze waarop hij zich ten opzichte van zijn contractuele verplichtingen gedraagt, bij inachtneming van hetgeen in het verkeer betaamt, niet onder alle omstandigheden de belangen mag verwaarlozen, die derden bij de behoorlijke nakoming van zijn contract kunnen hebben’.

De belangen van derden kunnen op verschillende wijzen verbonden zijn aan de contractsverhouding tussen partijen. De globale indeling die in de literatuur veelal wordt aangehouden bestaat uit twee basisstructuren.¹⁰⁵ In de eerste structuur heeft A een overeenkomst met B, B met C, C eventueel met D, enzovoorts.¹⁰⁶ Dit samenstel van contracten wordt in de algemene juridische literatuur ook wel aangeduid met de term ketencontracten.¹⁰⁷ Vertaald naar het bouwproces is dit een figuur van (onder-)onderaanneming. In de tweede structuur heeft A een overeenkomst B en heeft A tevens een aparte overeenkomst met C en eventueel een aparte overeenkomst met D, enzovoorts. A is in dit geval de spil van het contractencomplex, dat ook wel wordt aangeduid met de term samenhangende overeenkomsten.¹⁰⁸ In het bouwproces wordt deze figuur aangeduid met de term nevenaanneming.

Voor veel overeenkomsten die in het economisch verkeer gesloten worden, zal in enige mate gelden dat die samenhangen met daaraan verbonden overeenkomsten. De samenhang tussen verschillende overeenkomsten zal echter niet in alle gevallen rechtens relevant zijn. In de jurisprudentie van de Hoge Raad is aan de orde geweest aan de hand van welk beoordelingskader moet worden onderzocht

103 Chao-Duivis 2013, p. verwijst onder meer naar Van Laarhoven 2006, Du Perron 1999, Collins 2011, Teubner 2011, Heldt 2009, Wellenhofer 2009. Voorts kan gewezen worden op Van Gulijk 2015, p. 49-80 en Van Dongen 2016.

104 HR 3 mei 1946, *NJ* 1946, 323.

105 Teyssie 1975, waarnaar verwezen wordt door o.a. Van Laarhoven, p. 40, Ernes & Lamers 2012, p. 452. Zie ook Van Dongen 2012, p. 10, Du Perron, p. 279 e.v. Van Dongen 2016, p. 299, hanteert een structuur van vier gevalstypen die aansluit bij de verschillende soorten meerpartijenovereenkomsten die aan bod kwamen in par. 9.4.2.2.

106 Van deze figuur was bijvoorbeeld sprake in het arrest HR 20 januari 2012, *NJ* 2012, 59, (Wiertz/Visseren).

107 Van Laarhoven 2006, p. 40, Verhagen 2007, p. 222-223.

108 Van Laarhoven 2006, p. 40, Verhagen 2007, p. 222-223.

of sprake is van rechtens relevante samenhang. In het arrest *Vleesmeesters/Alog*¹⁰⁹ werd door de Hoge Raad een (niet-limitatieve) opsomming gegeven van de omstandigheden van het geval die een rol kunnen spelen:

‘3.4 Bij de beoordeling van het tegen dit oordeel gerichte middel wordt het volgende vooropgesteld.

Wanneer iemand zich contractueel heeft gebonden, waardoor de contractverhouding waarbij hij partij is in het rechtsverkeer een schakel is gaan vormen waarmee de belangen van derden, die aan dit verkeer deelnemen, in allerlei vormen kunnen worden verbonden, staat het hem niet onder alle omstandigheden vrij de belangen te verwaarlozen die derden bij de behoorlijke nakoming van het contract kunnen hebben (vgl. HR 3 mei 1946, NJ 1946, 323). Indien de belangen van een derde zo nauw zijn betrokken bij de behoorlijke uitvoering van de overeenkomst dat hij schade of ander nadeel kan lijden als een contractant in die uitvoering tekortschiet, kunnen de normen van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, meebrengen dat die contractant deze belangen dient te ontzien door zijn gedrag mede door die belangen te laten bepalen. Bij de beantwoording van de vraag of deze normen zulks meebrengen, zal de rechter de terzake dienende omstandigheden van het geval in zijn beoordeling dienen te betrekken, zoals de hoedanigheid van alle betrokken partijen, de aard en strekking van de desbetreffende overeenkomst, de wijze waarop de belangen van de derde daarbij zijn betrokken, de vraag of deze betrokkenheid voor de contractant kenbaar was, de vraag of de derde erop mocht vertrouwen dat zijn belangen zouden worden ontzien, de vraag in hoeverre het voor de contractant bezwaarlijk was met de belangen van de derde rekening te houden, de aard en omvang van het nadeel dat voor de derde dreigt en de vraag of van hem kon worden gevergd dat hij zich daartegen had ingedekt, alsmede de redelijkheid van een eventueel aan de derde aangeboden schadeloosstelling.

3.5 Indien het hof het hiervoor overwogene al aan zijn beslissing ten grondslag heeft gelegd, heeft het dit oordeel onbegrijpelijk gemotiveerd. Het heeft immers uit de omstandigheden dat noch in het tussen Alog en de rechtsvoorganger van Dumeco gesloten contract, noch in de tussen Dumeco en Vleesmeesters gesloten overeenkomst, voor Alog dan wel Dumeco de verplichting is opgenomen een supermarkt in de bedrijfsruimte gevestigd te houden ten behoeve van de door Vleesmeesters daarin gedreven slagerij, zonder meer afgeleid dat de zorgvuldigheid die door Alog ten opzichte van Vleesmeesters in acht moet worden genomen, niet zover gaat dat Alog bij de beslissing om de Aldi-supermarkt in het gehuurde op te heffen, zich de belangen van Vleesmeesters diende aan te trekken. Dusdoende heeft het hof geen kenbare aandacht besteed aan de vraag of Vleesmeesters in de omstandigheden van het gegeven geval redelijkerwijs erop mocht vertrouwen dat haar belangen door Alog zouden worden ontzien en evenmin in dat kader de terzake dienende omstandigheden van het geval kenbaar afgewogen. Onderdeel 5 van het middel - de onderdelen 1–3 bevatten slechts een inleiding - dat een klacht van deze strekking bevat, is dus gegrond. De overige onderdelen van het middel behoeven geen behandeling.’

109 HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069, NJ 2008/587.

De Hoge Raad geeft in het arrest een aantal factoren die van belang kunnen zijn voor het aannemen van rechtens relevante samenhang:¹¹⁰

- a. de hoedanigheid van alle betrokken partijen;
- b. de aard en strekking van de desbetreffende overeenkomst;
- c. de wijze waarop de belangen van de derde daarbij zijn betrokken;
- d. de vraag of deze betrokkenheid voor de contractant kenbaar was;
- e. de vraag of de derde erop mocht vertrouwen dat zijn belangen zouden worden ontzien;
- f. de vraag in hoeverre het voor de contractant bezwaarlijk was met de belangen van de derde rekening te houden;
- g. de aard en omvang van het nadeel dat voor de derde dreigt;
- h. en de vraag of van hem kon worden gevergd dat hij zich daartegen had ingedekt;
- i. alsmede de redelijkheid van een eventueel aan de derde aangeboden schade-loosstelling.

De kritiek vanuit de literatuur op deze set van omstandigheden van het geval is dat de Hoge Raad te zeer de wanprestatie in de hoofdhurovereenkomst centraal stelt en vandaaruit extrapoleert naar een mogelijke zorgplicht van Alog jegens Vleesmeesters.¹¹¹ Ook indien geen sprake is van wanprestatie kan het handelen van een contractspartij onrechtmatig zijn jegens een derde.¹¹² Van Laarhoven stelt tegenover de omstandighedencatalogus van de Hoge Raad een eigen benadering waarin de feitelijk-economische samenhang tussen de rechtsverhoudingen centraal staat bij de beantwoording van de vraag of tussen partijen rechtsplichten bestaan. Op die grondslag komt Van Laarhoven tot een gewijzigde set van omstandigheden die van belang kunnen zijn:

- de feitelijke onderlinge afstemming van de door de betrokken partijen te verrichten prestaties;¹¹³
- de feitelijk-economische samenhang tussen de prestaties van partijen;¹¹⁴
- het inzicht dat de betrokken partijen in deze samenhang hadden;¹¹⁵
- de onderlinge verhouding en de hoedanigheid van partijen;¹¹⁶

110 Deze zijn deels ontleend aan Du Perron 1999, p. 283-191 en p. 295-302, zo stelt Van Laarhoven 2006, p. 74.

111 Van Laarhoven 2006, p. 69-70.

112 Ook Du Perron 1999, p. 303, wijst er onder verwijzing naar het arrest HR 8 november 1996, *NJ* 1997, 136 op dat ook gedragingen die in een contractuele context geen wanprestatie opleveren, jegens derden toch ongeoorloofd kunnen zijn.

113 *Ibid.* p. 90.

114 *Ibid.* p. 90-91.

115 *Ibid.* p. 91-92.

116 *Ibid.* p. 92-93.

- de vraag of van een betrokkene in de samenhangende rechtsverhouding geveerd kon worden dat hij zich op een andere wijze had verzekerd van bescherming;¹¹⁷
- overige factoren.¹¹⁸

Chao-Duivis heeft zich bij dit standpunt van Van Laarhoven aangesloten en wijst erop dat de Hoge Raad in r.o. 3.5 van het arrest ook ruimte laat voor het beslissend achten van de omstandigheid of Alog zich, meer in het algemeen, de belangen van Vleesmeesters had dienen aan te trekken bij de beslissing om de supermarkt op te heffen.¹¹⁹

Tot slot wordt hier voor wat betreft de jurisprudentie van de Hoge Raad nog het arrest Wierds/Visseren vermeldt.¹²⁰ De Hoge Raad herhaalde daarin de omstandigheden van het geval eerder genoemd in het arrest Vleesmeesters/Alog:

‘3.4.2 Bij de beoordeling van het middel wordt het volgende vooropgesteld. Wanneer iemand zich contractueel heeft gebonden, waardoor de contractverhouding waarbij hij partij is in het rechtsverkeer een schakel is gaan vormen waarmee de belangen van derden, die aan dit verkeer deelnemen, in allerlei vormen kunnen worden verbonden, staat het hem niet onder alle omstandigheden vrij de belangen te verwaarlozen die derden bij de behoorlijke nakoming van het contract kunnen hebben. Indien de belangen van een derde zo nauw zijn betrokken bij de behoorlijke uitvoering van de overeenkomst dat hij schade of ander nadeel kan lijden als een contractant in die uitvoering tekortschiet, kunnen de normen van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, meebrengen dat die contractant deze belangen dient te ontzien door zijn gedrag mede door die belangen te laten bepalen. Bij de beantwoording van de vraag of deze normen zulks meebrengen, zal de rechter de terzake dienende omstandigheden van het geval in zijn beoordeling dienen te betrekken, zoals de hoedanigheid van alle betrokken partijen, de aard en strekking van de desbetreffende overeenkomst, de wijze waarop de belangen van de derde daarbij zijn betrokken, de vraag of deze betrokkenheid voor de contractant kenbaar was, de vraag of de derde erop mocht vertrouwen dat zijn belangen zouden worden ontzien, de vraag in hoeverre het voor de contractant bezwaarlijk was met de belangen van de derde rekening te houden, de aard en omvang van het nadeel dat voor de derde dreigt en de vraag of van hem kon worden geveerd dat hij zich daartegen had ingedekt (HR 24 september 2004, LJN AO9069, NJ 2008/587 (Vleesmeesters/Alog)).

3.4.3 De onderaannemer zal in het algemeen binnen bepaalde grenzen rekening hebben te houden met de belangen van de opdrachtgever en de opdrachtgever zal in het algemeen erop mogen vertrouwen dat de onderaannemer dat doet. Anders dan het middel betoogt, levert een wanprestatie van de onderaannemer jegens de hoofdaannemer op zichzelf nog geen onrechtmatige daad jegens de opdrachtgever op.’

117 Ibid. p. 93.

118 Ibid. p. 93-94.

119 Chao-Duivis 2013, p. 115.

120 HR 20 januari 2012, NJ 2012, 59.

Van belang is dat de Hoge Raad weliswaar overweegt dat de onderaannemer in het algemeen binnen bepaalde grenzen rekening heeft te houden met de opdrachtgever, maar dat een wanprestatie jegens de hoofdaannemer op zichzelf nog geen onrechtmatige daad jegens de oplevert. Er moet sprake zijn van aanvullende feitelijke omstandigheden waaruit dit wel kan voortvloeien.¹²¹

Nevenaanneming

De hierboven genoemde arresten hadden betrekking op ondergeschikte relaties. Ook in nevensgeschikte relaties kan echter sprake zijn van samenhangende rechtsverhoudingen, zo bleek uit het reeds eerder in par. 9.4.2.1 genoemde arrest Mooijman/Netjes¹²², waarin sprake was van feitelijke samenwerking tussen Mooijman en Netjes die geen overeenkomst inhield:

‘3.4 Met betrekking tot de door Mooijman als grondslag van haar vordering gestelde onrechtmatige daad heeft het Hof vooropgesteld dat het enkele feit dat Mooijman schade heeft geleden doordat één van de door Netjes getroffen voorzieningen, de verlengde spouwmuur, aanvankelijk niet deugde, niet betekent dat Netjes onrechtmatig jegens Mooijman heeft gehandeld. Het Hof heeft vervolgens de vraag onder ogen gezien of Netjes, zoals Mooijman had betoogd, een bijzondere zorgplicht had op grond van de omstandigheden dat Netjes Mooijman bij het project heeft betrokken, dat Netjes bij Mooijman de verwachting heeft gewekt dat zij zonder problemen met de zoneranda’s aan de slag kon en dat Mooijman ervan mocht uitgaan dat Netjes deugdelijk werk zou hebben verricht. Het heeft deze vraag ontkennend beantwoord, aangezien naar zijn oordeel uit hetgeen omtrent de relatie van partijen is gebleken met name niet valt af te leiden dat op Netjes een speciale zorgplicht rustte om Mooijman te behoeden voor schade door vertraging.

Bij de beoordeling van de hiertegen gerichte klachten moet ervan worden uitgegaan dat hier, ofschoon tussen partijen geen overeenkomst bestaat, wel sprake is van een feitelijke samenwerking, die onder meer hierdoor wordt gekenmerkt dat Mooijman haar werkzaamheden slechts kon verrichten indien de, hiervoor in 3.1 onder (iii), d, vermelde, met het oog daarop door Netjes aan te brengen bouwkundige aanpassingen aan

121 Zie ook Schaaf 2015, p. 960 die op basis van onder meer een analyse van lagere rechtspraak stelt dat van dergelijke omstandigheden slechts in uitzonderlijke gevallen sprake zal zijn. Vgl. ook HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1627, *NJ* 2015, 2, waarin wordt overwogen:

‘Weliswaar is in diverse arresten van de Hoge Raad bij de beoordeling van de rechtsverhouding tussen partijen die niet in een contractuele verhouding tot elkaar stonden, betekenis toegekend aan de feitelijk economische samenhang die bestond tussen overeenkomsten waarbij zij wél partij waren, maar dit betekent niet dat de enkele omstandigheid dat een zondanige samenhang bestaat, steeds van belang is voor de beoordeling van de rechtsverhouding tussen de daarbij betrokken partijen. Uitgangspunt is dat overeenkomsten alleen partijen binden. Daarom dient het oordeel dat een contractueel beding doorwerkt in een daarmee samenhangende rechtsverhouding, specifiek te zijn gemotiveerd.’

122 HR 29 mei 1998, *NJ* 1999, 98.

bepaalde haar bekende eisen voldeden. Een zodanige feitelijke samenwerking zal in beginsel meebrengen dat Netjes niet alleen jegens haar contractuele wederpartijen - de kopers van de woningen - maar ook op grond van hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt jegens Mooijman gehouden is de aanpassingen deugdelijk uit te voeren, waaruit voortvloeit dat zij in geval van niet-nakoming van deze verplichting de door Mooijman dientengevolge geleden schade dient te vergoeden.’

De Hoge Raad noemt hier niet expliciet de gezichtspunten die in de latere arresten *Vleesmeesters/Alog en Wierts/Visseren* terugkomen en legt de nadruk op de feitelijke samenwerking tussen partijen, waar een zorgplicht uit voortvloeit. Die gezichtspunten zouden wel toegepast kunnen worden op de casus. In dat verband zou onder meer relevantie kunnen worden toegekend aan de wijze waarop de belangen van de derde daarbij zijn betrokken en de vraag of deze betrokkenheid voor de contractant kenbaar was (Netjes heeft Mooijman bij het project betrokken), de vraag of de derde erop mocht vertrouwen dat zijn belangen zouden worden ontzien (Netjes heeft bepaalde verwachtingen gewekt bij Mooijman).

9.4.3 Rechtsgevolgen bij verschillende typen overeenkomsten

In de subparagrafen 9.4.2.1-9.4.2.3 is aan de orde gekomen wanneer sprake is van een bilaterale overeenkomst, een meerpartijenovereenkomst of van een rechtsrelevante samenhang tussen verschillende overeenkomsten. In deze paragraaf wordt de vervolgvraag behandeld. Als sprake is van één van de drie soorten overeenkomsten, wat zijn dan de rechtsgevolgen?

Bij de beantwoording van deze vraag komen steeds vier aspecten aan de orde:

- a. Wat zijn de rechten en verplichtingen van partijen jegens elkaar?¹²³
- b. Wanneer zijn partijen op grond van de overeenkomst aansprakelijk jegens elkaar of jegens een derde?¹²⁴
- c. Hoe is de coördinatie met andere overeenkomsten geregeld?¹²⁵
- d. Hoe kan de overeenkomst beëindigd worden?¹²⁶

123 In het kader van coördinatie kan van belang zijn welke verplichtingen op partijen rusten en hoe die nader kunnen worden ingevuld.

124 Indien partijen tekortschieten in hun verplichtingen is relevant of ze aansprakelijk zijn. Aansprakelijkheidsprikkels kunnen bovendien een rol spelen in het kader van het gedrag van partijen, zie bijv. Chao-Duivis & Strang 2013, p. 71.

125 Het belang van deze vraag voor de coördinatie van het bouwproces spreekt voor zich.

126 Wanneer overeenkomsten een zekere samenhang vertonen, of er afhankelijkheden bestaan waardoor afstemming nodig is, kunnen er vragen rijzen wanneer de ene overeenkomst wel beëindigd kan worden en de andere niet. Zie bijv. Van Dongen 2016, p. 325 over het ‘gekoppelde tenietgaan’ van overeenkomsten.

9.4.3.1 Een bilaterale overeenkomst

9.4.3.1.1 Rechten en verplichtingen van partijen

De rechten en verplichtingen van partijen bij een bilaterale overeenkomst worden in beginsel bepaald door het algemene verbintenissenrecht. Daaruit vloeit voort dat partijen over en weer gehouden zijn aan hetgeen zij zijn overeengekomen met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid.

Hieronder wordt ingegaan specifieke aspecten van de aannemingsovereenkomst, de adviesovereenkomst en de bilaterale coördinatie-opdracht.

Aannemingsovereenkomst

In het geval van nevenaanneming is de opdrachtgever in beginsel jegens de nevenaannemer verantwoordelijk voor de coördinatie.¹²⁷ In de relatie tussen de opdrachtgever en nevenaannemer wordt in de rechtspraak ook acht geslagen op feitelijke omstandigheden. Indien de nevenaannemer de coördinatie van (een deel van) het werk naar zich toe heeft getrokken, kunnen daar gevolgen aan worden verbonden:

‘46. (...) Het verweer van aannemster dat vóór begin juli 2006 het persriool verplaatst had moeten zijn en aansluiting op nutsvoorzieningen gerealiseerd had moeten worden, gaat niet op. Arbiters volgen ter zake opdrachtgever in zijn stelling dat aannemster de coördinatie te dien aanzien naar zich heeft toegetrokken.’¹²⁸

Ook indien geen coördinatieverantwoordelijkheid van de aannemer kan worden aangenomen, kunnen de verplichtingen van de aannemer van belang zijn voor de coördinatie. Zo kan zich de vraag voordoen hoever de waarschuwingsplicht strekt in relatie tot de afstemming met werkzaamheden van andere aannemers. In een arrest van het Hof Den Bosch was een dergelijke vraag aan de orde en werd als volgt overwogen:¹²⁹

‘4.24.5. Uit het vorenstaande volgt dat [appellant] als opdrachtgever zelf de werkzaamheden van de verschillende nevenaannemers diende te coördineren. Als een van de aannemers rustte op [geïntimeerde] de verplichting om [appellant] naar behoren te informeren over wijzigingen of aanpassingen die hij bij zijn aandeel in het werk tegen kwam, aangezien die gevolgen zouden kunnen hebben voor het werk van de overige bij de opdracht betrokken aannemers en bedrijven. Aldus diende [geïntimeerde] [appellant] er op te wijzen dat in verband met de ontdekking van de poer de gehele staalconstructie 23 cm zou worden verschoven. Deze waarschuwingsplicht hield naar het oordeel van

127 RvA 20 maart 2013, nr. 33.910, r.o. 35. Zie al eerder par. 3.2.2.

128 RvA 10 april 2012, nr. 29.105. Vgl. ook de uitspraak RvA 17 augustus 2011, nr. 32.607, r.o. 10, waarin arbiters aan de hand van de feitelijke omstandigheden nagingen wie ‘feitelijk de coördinatie in handen hield’ (in die zaak de opdrachtgever).

129 Hof Den Bosch 25 oktober 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AU6748.

het hof echter niet in dat [geïntimeerde] [appellant] ook moest wijzen op de verdere gevolgen hiervan, aangezien het onderkennen en ondervangen van die gevolgen nu juist vallen onder de coördinatie van het werk waarvoor [appellant] verantwoordelijk was.’

De nevenaannemer dient volgens dit arrest dus ten aanzien van wijzigingen die hij tegenkomt de opdrachtgever te waarschuwen, gelet op de mogelijke gevolgen in het kader van de coördinatie. De waarschuwingsplicht strekt zich uitdrukkelijk niet zover uit dat ook voor de daadwerkelijke gevolgen die zich in het kader van de coördinatie voordoen moet worden gewaarschuwd. De nevenaannemer hoeft zich daar niet in te verdiepen, nu de vertaalslag van een wijziging naar daadwerkelijke afstemmingsgevolgen en maatregelen binnen de coördinatieverantwoordelijkheid vallen.¹³⁰

Het in het arrest gegeven oordeel had betrekking op de situatie waarin de aannemer een wijziging tegenkomt die mogelijk van belang kan zijn voor de werkzaamheden van andere aannemers. Hij kan echter ook een wijziging in het werk van andere aannemers tegenkomen die relevant is voor de uitvoering van zijn eigen werkzaamheden. Het valt niet uit te sluiten dat van de aannemer dan wel een meer concrete waarschuwing wordt gevraagd, nu het immers de uitvoering van zijn eigen opdracht betreft, die niet ongewijzigd kan worden voortgezet.

In dit verband kan worden gewezen op een arbitrale uitspraak¹³¹, waarin arbiters (onder meer) expliciet overwogen dat aanneemster geen gewag had gemaakt bij de opdrachtgever van de benodigde langere voorbereidingstijd als gevolg van een omzetting:

‘15. Aanneemster heeft gesteld dat de vertraging aan opdrachtgeefster te wijten is omdat zij haar coördinerende taak niet adequaat verrichtte. Arbiters stellen vast dat aanneemster opdrachtgeefster niet gewaarschuwd heeft voor de consequenties die een omzetting met zich brengt voor het werk van de hoofdconstructeur, zoals daaraan verbonden meerwerk. Daarnaast heeft aanneemster – voor arbiters althans niet kenbaar – geen gewag gemaakt bij opdrachtgeefster van de benodigde langere voorbereidingstijd. Daarenboven heeft aanneemster, naar het oordeel van arbiters, de verantwoordelijkheid voor de totstandkoming van de vanwege de omzetting aan te passen gewichts- en stabiliteitsberekening naar zich toe getrokken. Zij heeft zich er nimmer tegen verzet dat deze gewichts- en stabiliteitsberekening door haar constructeur zou worden verzorgd en deze constructeur heeft daartoe ook werkzaamheden verricht.’

130 Een iets andere benadering lijkt te worden gekozen in RvA 8 juli 2013, nr. 33.453, waarin in r.o. 15 expliciet wordt vastgesteld door arbiters dat een bepaalde omzetting consequenties met zich brengt voor het werk van de hoofdconstructeur.

131 RvA 8 juli 2013, nr. 33.453.

Deze uitspraak bleef echter in beroep niet in stand, omdat de hoofdaannemer (in eerste aanleg aangeduid als opdrachtgever) zelf deskundig was en zelf al wist van een verlengde werkvoorbereidingstermijn.¹³²

Adviesovereenkomst

Voor de bilaterale adviesovereenkomst geldt dat die juridisch gezien in beginsel vergelijkbaar is met de bilaterale nevenaannemingsovereenkomst.

Coördinatieopdracht

Indien sprake is van een bilaterale coördinatieopdracht, dan dienen partijen onder meer de uitvoering van de coördinatiewerkzaamheden door de coördinator te regelen. Om tot een volledige regeling van die werkzaamheden te komen, dienen de in paragraaf 8.2.3.2 genoemde aspecten (leiding geven, faciliteren, controleren, communicatie en registratie) te worden afgedekt.

Voorts kan nog relevant zijn of partijen jegens elkaar inspanningsverplichtingen hebben of resultaatsverplichtingen. In de rechtsverhouding tussen opdrachtgever en coördinator wordt dit onderscheid van belang geacht in de rechtspraak. In een arbitrale uitspraak uit 2013 werd als volgt overwogen:

‘27.Arbiters overwegen dat de coördinatieverplichting van aanneemster een inspanningsverplichting is en niet een resultaatsverbintenis. Hierdoor ligt ook de bewijslast bij opdrachtgeefster om aan te tonen dat aanneemster niet aan de op haar rustende inspanningsverplichting heeft voldaan.

28.De Brink Groep geeft in haar rapport op diverse onderdelen aan waar aanneemster tekort geschoten is in de coördinatie. Hierbij maakt de Brink Groep evenwel geen onderscheid tussen de werkzaamheden van aanneemster als bouwkundige aannemer en haar coördinatieverplichtingen. Voor het overige wordt door Brink Groep weinig concreet en zonder duidelijke verwijzingen naar onderliggende documenten als bouwverslagen en brieven aangegeven dat aanneemster haar coördinatieverplichting niet correct heeft ingevuld.’¹³³

Het onderscheid tussen inspanningsverplichtingen en resultaatsverplichtingen komt niet alleen in de arbitrale jurisprudentie terug. In een uitspraak van het Hof Den Bosch¹³⁴ overweegt het Hof in dezelfde lijn als volgt:

‘3.7.2. (...) Tussen VB&T en de gemeente is een overeenkomst van opdracht tot stand gekomen. Artikel 7:400 lid 1 BW omschrijft een overeenkomst van opdracht (voor zover thans relevant) als een overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt anders dan op grond van een

132 RvA 3 februari 2015, nr. 71.903, r.o. 35.

133 RvA 11 februari 2013, nr. 33.115.

134 Hof Den Bosch 9 december 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:5171.

arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard (...). Artikel 7:401 BW bepaalt dat de opdrachtnemer bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moet nemen. De opdrachtnemer voldoet aan deze verplichting indien hij handelt zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot te werk zou zijn gegaan.

3.7.3. Naar het oordeel van het hof bieden de tussen de gemeente en VB&T gesloten overeenkomsten onvoldoende aanknopingspunten voor de stelling van de gemeente dat tussen hen een resultaatverbintenis gold. VB&T was niet de aannemer die het werk feitelijk diende te realiseren, maar was belast (ingevolge de overeenkomst van 9 april 2003) met het project- en kostenmanagement van het werk. VB&T diende het werk zodanig te organiseren dat de bouw op de afgesproken tijd kon worden opgeleverd. Ook de installatiewerkzaamheden vielen onder de coördinerende taak van VB&T. Daarnaast was VB&T (ingevolge de overeenkomst van 14 april 2005) belast met het bouwkundig toezicht ten behoeve van het hele project.

Het hof is van oordeel dat ook overigens geen feiten of omstandigheden zijn gesteld of gebleken die de conclusie zouden kunnen rechtvaardigen dat VB&T met de gemeente een resultaatverbintenis is aangegaan.⁷

In lijn met deze rechtspraak kan gesteld worden dat een coördinator niet altijd verantwoordelijk kan worden gehouden voor het niet behalen van de met de coördinatie beoogde doelstellingen. De coördinator is daarbij immers afhankelijk van de wijze waarop de gecoördineerde partijen hun werkzaamheden uitvoeren en heeft niet de juridische positie ten opzichte van die partijen om te kunnen instaan voor bijvoorbeeld het halen van een opleverdatum.¹³⁵ Er kan bijvoorbeeld vertraging ontstaan doordat een van de op werk actieve aannemers ondeugdelijke werkzaamheden heeft verricht, waardoor er herstelwerkzaamheden plaats hebben moeten vinden met vertraging als gevolg. Ook is de coördinator niet verantwoordelijk voor correcte uitvoering van werkzaamheden door nevenaannemers.¹³⁶

Op dit punt past echter ook een relativering ten aanzien van het onderscheid tussen inspannings- en resultaatverplichtingen. Coördinatie-activiteiten zijn van verschillende aard en coördinatie bestaat uit verschillende deelhandelingen.¹³⁷ In deze deelhandelingen kunnen elementen van inspanningsverplichtingen en resultaatverplichtingen aangewezen worden.¹³⁸ Van een coördinator zou bijvoorbeeld wel verwacht kunnen worden dat hij een tijdsplanning op zal stellen en niet dat hij zich slechts in zal spannen om een tijdsplanning op te stellen. Het in algemene zin aannemen van een inspanningsverplichting ten aanzien van het eindresultaat van de coördinatiewerkzaamheden, doet er niet aan af dat de coördinator verantwoor-

135 Zie bijv. ook RvA 2 oktober 2012, nr. 31.833, r.o. 29.

136 RvA 19 april 2013, nr. 33.739, r.o. 22, RvA 5 september 2013, nr. 32.724, r.o. 53, RvA 29 juni 2010, nr. 30.896, r.o. 18, RvA 22 maart 2010, nr. 30.236, r.o. 36, RvA 16 juni 2010, nr. 29.108, r.o. 12.

137 Zo bleek in par. 8.2.3.

138 Vgl. Van den Berg 1992, p. 3.

delijk is voor de uitvoering van de hem in het kader van de coördinatie opgedragen taken.¹³⁹

Een laatste aspect dat genoemd kan worden in het kader van de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de coördinatie-opdracht is dat in geval de coördinator niet de directievoerder is, er onduidelijkheden kunnen bestaan in de verhouding tussen directievoerder en coördinator. Hiervan zal sprake kunnen zijn als de directievoerder taken zijn toebedeeld die in feite onder de coördinatie-activiteiten als bedoeld in paragraaf 8.2.3 vallen.¹⁴⁰

9.4.3.1.2 De aansprakelijkheid van partijen jegens elkaar

Aannemingsovereenkomst en adviesovereenkomst

Partijen bij de bilaterale aannemings- en adviesovereenkomst zijn in beginsel jegens elkaar aansprakelijk voor tekortkomingen in de nakoming van de overeenkomst. Deze aansprakelijkheid kan echter contractueel beperkt worden.

Uit de coördinatieverantwoordelijkheid van de opdrachtgever vloeit voort dat de opdrachtgever aansprakelijk kan zijn voor de schadelijke gevolgen van gebrekkige coördinatie.

Coördinatieopdracht

In de vorige subparagraaf is gebleken dat een coördinator in beginsel niet hoeft in te staan voor het eindresultaat van zijn coördinatiewerkzaamheden. De omstandigheden als gevolg waarvan een project vertraging op kan lopen, kunnen gelegen zijn buiten de risicosfeer van de coördinator, zoals het geval kan zijn bij onvoldoende (afdwingbare) medewerking van de gecooördineerde partijen. Dit laat echter onverlet dat de coördinator wel aansprakelijk zal zijn wanneer de oorzaak

139 Vgl. de opmerkingen in Chao-Duivis 2012, p. 112-113 n.a.v. de verplichting van de aannemer zijn werkzaamheden ten behoeve van het bouwteam naar beste weten en kunnen verrichten.

140 Zie voor een voorbeeld RvA 20 maart 2013, nr. 30.924: 54. Verder rust naar het oordeel van arbiters - gelet op bestekparagraaf 01.02.26.01 ('De stand van het werk ten opzichte van de in het algemene tijdschema neergelegde verwachtingen wordt in overleg tussen de aannemer en de directie wekelijks op het algemene tijdschema door de directie aangetekend of schriftelijk vastgelegd') - de taak om de planning bij te houden in eerste instantie/in beginsel op de directievoerder zijdens opdrachtgeefster en is anderzijds aannemster als voorzitter 'leading in de coördinatie. Ook in RvA 22 augustus 2014, nr. 32.884 was sprake van verschil van inzicht tussen partijen over de verhouding tussen de directievoering en de coördinatieverantwoordelijkheid van de aannemer.

voor de vertraging wel in zijn risicosfeer is gelegen, zo blijkt uit een arrest van het Hof Amsterdam¹⁴¹:

‘2.48.3 [appellante] heeft betwist dat zij is tekortgeschoten in haar coördinatieverplichting. Zij heeft daartoe aangevoerd dat sprake is van een inspanningsverplichting waarbij zij afhankelijk is van de medewerking van nevenaannemers. Voorts ziet de verplichting slechts op de uitvoeringscoördinatie. Ter uitvoering van haar verplichting heeft [appellante] op eigen initiatief een groot aantal overleggen georganiseerd, voorgezeten en genoteerd (zie haar productie 89). Het werk is niet goed verlopen vanwege externe omstandigheden die niet aan [appellante] kunnen worden verweten, zoals het ontbreken van een extern opnamerapport, trage besluitvorming door of namens de gemeente en een onprofessionele werkwijze van CKA en PMB, aldus (samengevat) [appellante].

2.48.4 De betogen over en weer lenen zich niet voor bewijslevering, nu de geschilpunten geen betrekking hebben op de feitelijke gang van zaken op zichzelf, maar op de waardering ervan. Ook indien de coördinatieverplichting van [appellante] slechts ziet op de uitvoering en indien sprake is van een inspanningsverplichting, moet geoordeeld worden dat [appellante] in haar coördinatieverplichting is tekortgeschoten. In dit verband is het aantal gevoerde overleggen niet van doorslaggevend belang (zie hiervóór rov. 2.2.10). [appellante] heeft onvoldoende concreet toegelicht dat zij praktische en uitvoerbare voorstellen heeft gedaan om de taken van de verschillende aannemers, installateurs en derden zodanig op elkaar af te stemmen dat dubbel werk, meerwerk en wachttijden zo veel mogelijk zouden worden tegengegaan. Zij heeft ook onvoldoende concreet toegelicht dat in zo overwegende mate sprake was van onvoldoende medewerking van de nevenaannemers of van onprofessioneel gedrag van andere betrokkenen, en dat de coördinatie-overeenkomst in dat opzicht onvoldoende dienstig was, dat haar om die reden geen verwijt kan worden gemaakt van de omstandigheid dat haar coördinatie-inspanningen onvoldoende resultaat hebben gehad. Het hof verwijst ook naar zijn overwegingen bij de behandeling van de grieven 23 en 26.’

9.4.3.1.3 De regeling van de coördinatie met andere overeenkomsten

In algemene geldt in geval van een nevenaannemingsovereenkomst of nevenschikte adviesovereenkomst hetgeen hierboven in paragraaf 9.2.2 is opgemerkt: de verplichting tot coördinatie rust in beginsel op de opdrachtgever.

In de aannemingsovereenkomst of adviesovereenkomst kunnen bepalingen zijn opgenomen ter zake van de coördinatie. Een voorbeeld hiervan is par. 31 UAV 2012:

‘31. Verband met andere werken

1. Indien verschillende werken in elkander grijpen, wordt dit in het bestek vermeld.

141 Hof Amsterdam 20 maart 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW4791. Ook in CvG KIVI 27 juni 2007, TBR 2008/97 was sprake van een toerekenbaar tekortschieten door de coördinator (projectmanager) hoewel geen resultaatsverplichting kon worden aangenomen ten aanzien van de realisatie van het project.

2. Tenzij in het bestek anders is bepaald, geschiedt de coördinatie van in elkander grijpende werken door de directie.
3. De aannemer gedooft – zonder aanspraak op andere vergoedingen dan de in het volgende lid bedoelde – dat door derden, aan wie de directie zulks toestaat, tegelijkertijd en te zelfder plaatse wordt gewerkt.
4. Hij gedooft, dat daarbij gebruik wordt gemaakt van reeds gemaakt werk en gemaakte hulpwerken. Voor dit gebruik kan de aannemer aanspraak op bijbetaling doen gelden, indien meer van hem wordt verlangd dan redelijkerwijs van hem kan worden gevergd.’

Op grond van lid 3 en lid 4 is de aannemer verplicht te gedogen dat een nevenaannemer op dezelfde tijd en op dezelfde plaats werkzaamheden verricht.¹⁴²

Voorts kan van belang zijn dat de coördinator in de relatie tot de nevenaannemers over voldoende bevoegdheden beschikt om op een effectieve en efficiënte wijze invulling te geven aan zijn coördinatie-opdracht.¹⁴³ Indien de onderlinge rechts-

142 Opgemerkt wordt dat een vergelijkbare verplichting is opgenomen in par. 8 UAV-GC 2005:

De Opdrachtnemer is verplicht toe te laten dat nevenopdrachtnemers de in lid 1 bedoelde werkzaamheden verrichten op de in dat lid bedoelde tijdstippen. Hij is verplicht toe te laten dat nevenopdrachtnemers daarbij gebruik maken van de resultaten van Werkzaamheden.

De Opdrachtnemer wordt geacht in zijn Aanbieding rekening te hebben gehouden met het feit dat de in lid 1 bedoelde werkzaamheden door nevenopdrachtnemers worden uitgevoerd. Hij kan daarnaast echter recht doen gelden op kostenvergoeding en/of termijnsverlenging, met inachtneming van het bepaalde in § 44 lid 1 sub a.

Volledigheidshalve wordt hier voorts opgemerkt dat geen sprake lijkt van een derdenbeding als bedoeld in art. 6:253 e.v. BW, bij aanvaarding waarvan de derde partij wordt bij de overeenkomst. Gelet op de redactie van par. 31 UAV 2012 is deze bepaling er niet op gericht een recht op prestatie te scheppen voor een derde (een nevenaannemer), maar op het regelen van de rechtsgevolgen (een eventuele aanspraak op bijbetaling) in de relatie tussen opdrachtgever en aannemer in het geval de laatste hinder ondervindt van de werkzaamheden van een nevenaannemer.

143 Hier wordt teruggegrepen op par. 8.3.3.4. Vgl. de overweging van arbiters in RvA 16 juni 2011, nr. 31.023, r.o. 24:

‘Tussen partijen staat vast dat de als bijlage bij het bestek behorende coördinatieovereenkomst niet door opdrachtgeefster aan de bouwparticipanten ter ondertekening is voorgelegd. Dat was een verplichting van opdrachtgeefster. Niet voldoende daartoe is dat opdrachtgeefster of de directie aanneemster aanwijst als de coördinerend aannemer. Derhalve ontstond er voor aanneemster geen rechtstreekse contractuele betrekking met de nevenaannemers, die zij derhalve ook niet op tekortkomingen in hun verplichtingen met betrekking tot de coördinatie en de planning kon aanspreken. Aanneemster kon dergelijke tekortkomingen slechts bij opdrachtgeefster melden en was afhankelijk van acties van opdrachtgeefster ter zake. Aanneemster was derhalve beperkt in haar mogelijkheden tot coördinatievoering. Dat aanneemster in die beperkte mogelijkheid toerekenbaar tekort is geschoten, heeft opdrachtgeefster niet aangetoond.’

verhouding tussen de coördinator en de gecoördineerde partijen niet wordt vastgelegd in een afzonderlijke coördinatie-overeenkomst, zullen die bevoegdheden in de aannemingsovereenkomst of adviesovereenkomst geregeld moeten worden.

Een ander punt van aandacht is dat de aannemings- of adviesovereenkomst gebruikt kan worden om langs bilaterale lijnen de informatiestroom op gang te brengen die noodzakelijk is voor een effectieve uitvoering van de coördinatie.¹⁴⁴ In het kader van de coördinatie kan bijvoorbeeld van belang zijn of een partij bij de uitvoering van een bilaterale overeenkomst bepaalde achterstanden heeft opgelopen die mogelijk tot vertraging kunnen leiden.

In dit verband kan inspiratie worden gevonden in het systeem van early warnings dat is vastgelegd in het Engelse NEC3-contract.¹⁴⁵ Art. 16.1 bepaalt:

The Contractor and the Project Manager give an early warning by notifying the other as soon as either becomes aware of any matter which could

- increase the total of the Prices,
- delay Completion,
- delay meeting a Key Date or
- impair the performance of the works in use.¹⁴⁶

De NEC3-contracten voorzien ook in een procedure (met registers en bijeenkomsten) waarmee de door early warnings geïdentificeerde risico's kunnen worden beheerst.

Voorts kunnen in de bilaterale aannemings- of adviesovereenkomst specifieke eisen worden opgenomen die in bilateraal verband gesteld kunnen worden ten aanzien van raakvlakrisico's.¹⁴⁷

Coördinatie-opdracht

De coördinatie-opdracht is bedoeld om de coördinatie te regelen van werkzaamheden die in het kader van verschillende overeenkomsten worden uitgevoerd. Coördinatie van de coördinatie-opdracht zelf is niet aan de orde nu er in beginsel slechts één coördinator zal worden aangesteld.¹⁴⁸

144 Zie over die informatiestromen par. 8.5.5.

145 Zie over het NEC3-contract en de daarin tot uitdrukking gebrachte uitgangspunten van afstemming en samenwerking Chao 2016.

146 Zie Thomas 2012, p. 51.

147 Zie daarover eerder par. 8.3.4 en par. 8.3.5.2.

148 Al valt niet uit te sluiten dat er ten aanzien van bepaalde raakvlakken in een project aparte raakvlakmanagers worden benoemd, zie par. 8.3.5.2. Dit kan echter pas als de raakvlakken in beeld gebracht en uitgesplitst zijn. In de scope van de opdrachten

9.4.3.1.4 De beëindiging van de overeenkomst

Op grond van het algemene verbintenissenrecht geldt dat overeenkomsten kunnen worden beëindigd door ontbinding indien de wederpartij tekortschiet in de nakoming, en door vernietiging indien er sprake is van wilsgebreken.

In het geval van aannemingsovereenkomsten zijn daarnaast van belang de mogelijkheden tot ontbinding voor oplevering (art. 7:756 BW) en de opzegging of beëindiging in onvoltooide staat (art. 7:764 BW, par. 14 UAV 2012). Ook de adviesovereenkomst, die gekwalificeerd kan worden als overeenkomst van opdracht¹⁴⁹, kan worden opgezegd (art. 7:408 BW). Indien de DNR 2011 van toepassing zijn op de overeenkomst, wordt de opzegging beheerst door art. 21 DNR 2011 e.v. en is ontbinding van de overeenkomst uitgesloten, tenzij de opdrachtgever een consument is (art. 22 DNR 2011).

9.4.3.2 Meerpartijenovereenkomst

9.4.3.2.1 De rechten en verplichtingen van partijen

In de meerpartijenovereenkomsten kunnen ten aanzien van alle partijen verplichtingen worden opgenomen. Het lijkt het meest zuiver de aspecten die geregeld zijn in een bilaterale overeenkomst tussen de opdrachtgever en de nevenaannemer of nevenadviseur in beginsel buiten beschouwing te laten. Het ligt in dat verband voor de hand om in de coördinatie-overeenkomst slechts ten aanzien van de uit de multilaterale context voortvloeiende aspecten een regeling te treffen waardoor partijen in staat worden gesteld te voldoen aan hun bilaterale verplichtingen.¹⁵⁰

Het ligt voor de hand dat de in de coördinatie-overeenkomst op te nemen verplichtingen erop gericht zijn om de samenwerking en informatie-uitwisseling tussen partijen te bevorderen.¹⁵¹ De overlegstructuur die in de coördinatieovereenkomst in het leven wordt geroepen dient erop gericht te zijn dat wordt voorzien in de informatiebehoefte van alle betrokken partijen. Wanneer de informatie-uitwisseling in multilateraal verband wordt georganiseerd, lijken de risico's op communicatieproblemen kleiner dan wanneer die uitwisseling langs bilaterale lijnen wordt georganiseerd.¹⁵²

aan de raakvlakmanagers zal aan de hand van die uitsplitsing een goede afstemming verwerkt moeten zijn.

149 Van Gulijk 2016, p. 81.

150 Vgl. het voorbeeld van Heldt 2009, p.151.

151 Zie hierover par. 8.4 en 8.5. Vgl. de verplichtingen in netwerkverband die genoemd worden door Wellenhofer 2009, p. 123 e.v.: *duties of co-operation, duties of information, duties of non-disclosure, duties of equal treatment* en *profit-sharing*. De laatste drie genoemde verplichtingen zijn in dit verband niet aan de orde.

152 Zie het in RvA 11 april 2012, nr. 31.719 beslechte geschil. Aanneemster was niet uitgenodigd deel te nemen aan coördinatievergaderingen. Opdrachtgeefster woonde deze vergaderingen wel bij en was enerzijds verantwoordelijk voor het informe-

In het kader van de samenwerking kan, zo bleek in par. 8.4, gedacht worden aan procesafspraken met betrekking tot het bevorderen van goede verhoudingen in het bouwproces, de wijze waarop besluiten over coördinatie worden genomen, de verdeling van risico's die samenhangen met coördinatie, de bij voorkeur vroegtijdige en niet polariserende aanpak van conflicten en de bij voorkeur op overeenstemming en snelheid gerichte wijze waarop partijen geschillen beslechten.

In het kader van de communicatie kan, zo bleek in par. 8.5, gedacht worden aan het voorkomen van communicatieproblemen, het identificeren van de informatiebehoefte van partijen, het maken van procesafspraken over de meest effectieve wijze van communiceren en het op gang brengen van de communicatiestromen die noodzakelijk zijn voor een succesvol verloop van de coördinatie.

Op de specifieke verplichtingen van de coördinator wordt hierna in par. 9.4.3.2.3 ingegaan.

9.4.3.2.2 De aansprakelijkheid van partijen (intern en extern)

Bij de aansprakelijkheid van partijen in het kader van de meerpartijenovereenkomst dient onderscheid te worden gemaakt tussen de aansprakelijkheid van de ene partij bij de overeenkomst jegens een of meer andere partijen bij de overeenkomst (hierna aangeduid als interne aansprakelijkheid) en de aansprakelijkheid van de in de meerpartijenovereenkomst samenwerkende partijen jegens een derde (hierna aangeduid als externe aansprakelijkheid). Voor beide vormen van aansprakelijkheid wordt in de literatuur de intensiteit van de samenwerking van belang geacht.¹⁵³

Gecoördineerde en geïntegreerde samenwerking

Voor wat betreft de bouwrechtelijke literatuur kan in dit verband gewezen worden op het onderscheid tussen multidisciplinaire, ofwel gecoördineerde samenwerking enerzijds en interdisciplinaire, ofwel geïntegreerde samenwerking anderzijds, dat door Van den Berg is aangehaald bij de juridische beschrijving van het ontwerpteam.¹⁵⁴

ren van aannemster over hetgeen besproken was op de coördinatievergaderingen en anderzijds verantwoordelijk voor het informeren van de overige aannemers over de werkzaamheden en planning van aannemster. Naar het oordeel van arbiters heeft opdrachtgeefster dit niet adequaat gedaan, als gevolg waarvan aannemster haar werkzaamheden niet, zoals overeengekomen, ongehinderd kon uitvoeren.

Zie ook de oorzaken van communicatieproblemen genoemd in par. 8.5.3.

153 Van den Berg 1990, nr. 172, Tjong Tjin Tai e.a. 2009.

154 Van den Berg 1990, nr. 172 e.v., waarnaar ook Chao-Duivis 2012, p. 13 verwijst. Op dit onderscheid werd in het kader van het bouwteam al ingegaan in par. 9.2.9.

In de eerste vorm van samenwerking werken verschillende disciplines samen en worden de bevindingen van deze disciplines op een cumulatieve wijze bij elkaar gebracht.¹⁵⁵ Gelet op het hoofdzakelijk individuele karakters van de verrichte prestaties, zijn de leden van het multidisciplinaire ontwerpteam in beginsel afzonderlijk aansprakelijk voor tekortkomingen.¹⁵⁶ In de tweede vorm van samenwerking wordt een probleem eveneens vanuit verschillende disciplines benaderd, maar op een zodanige wijze dat de verschillende disciplines elkaar aanvullen op een manier die leidt tot transdisciplinaire conclusies en inzichten, die uitstijgen boven de bevindingen vanuit de afzonderlijke disciplines.¹⁵⁷ Gelet op het feit dat bij interdisciplinaire samenwerking een zodanige wederkerige beïnvloeding plaatsvindt, dat de bijdragen van de verschillende ontwerpers niet meer afzonderlijk te herkennen zijn en sprake is van een collectieve prestatie, zijn de deelnemende ontwerpers gezamenlijk jegens de opdrachtgever verantwoordelijk.¹⁵⁸

Het hier beschreven onderscheid dat Van den Berg aanbrengt in het kader van het ontwerpteam, lijkt aan te sluiten bij zijn beschrijving van de twee verschillende modellen van de coördinatie-overeenkomst.

In het eerste model participeert de opdrachtgever en rusten op de deelnemende nevenaannemers zorgvuldigheidsverplichtingen.¹⁵⁹ In dit model is sprake van individuele verplichtingen die bijvoorbeeld betrekking kunnen hebben op het melden van vertragingen. De medeverantwoordelijkheid van de nevenaannemer kan tot gevolg hebben dat deze zich bijvoorbeeld niet kan beroepen op vertragingen die hij zelf niet tijdig heeft signaleerd.¹⁶⁰

In het tweede model participeert de opdrachtgever niet en signaleert Van den Berg een verschuiving van individuele verantwoordelijkheden naar een collectieve verantwoordelijkheid van de nevenaannemers als groep voor de onderlinge afstemming van de verschillende werkzaamheden.¹⁶¹ De nevenaannemer kan zich in de contractuele relatie met de opdrachtgever niet beroepen op een tekortkoming van een andere nevenaannemer.¹⁶²

155 Van den Berg 1990, nr. 172.

156 Onder omstandigheden kan dit anders liggen, zie Van den Berg 1990, nr. 184 e.v.

157 Ibid.nr. 172.

158 Ibid. nr. 201.

159 Asser/Van den Berg 7-VI 2017, nr. 225.

160 Ibid. nr. 226.

161 Ibid. nr. 231. Gelet op de risicoverschuiving van opdrachtgever naar de nevenaannemers, zal de opdrachtgever voor dit type coördinatieovereenkomst wel een hogere prijs moeten betalen, zie Asser/Van den Berg 7-VI 2017, nr. 232.

162 Ibid. nr. 231.

Beoordelingskader voor de intensiteit van de samenwerking

In de literatuur is ook een fijnmaziger beoordelingskader voor de intensiteit van de samenwerking geformuleerd.¹⁶³ In het betreffende artikel formuleren de auteurs zes verschillende omstandigheden aan de hand waarvan de samenwerking kan worden beoordeeld.¹⁶⁴

- Wederkerigheid: deze factor kan betrekking hebben op het al dan niet verplicht helpen en ondersteunen van elkaar bij het uitvoeren van activiteiten binnen het samenwerkingsverband en het al dan niet verplicht delen van voordelen of nadelen.
- Zelfstandigheid: dit criterium ziet op de mate waarin het samenwerkingsverband als zelfstandig instituut wordt gezien los van de samenwerkende individuele partijen. Naarmate een samenwerking langduriger en duurzamer is, of zelfs sprake is van een aparte rechtspersoon, zal meer sprake van zijn van zelfstandigheid.
- Openbaarheid: door openbaarheid wordt publiekelijk bekend dat sprake is van een samenwerkingsverband.
- Aard van de samenwerking: is sprake van samenwerking met een commercieel of een ideëel doel? In het eerste geval zou er eerder reden om nadelige gevolgen te delen, dan bij samenwerking in de privésfeer.
- Het overleg of de mate van invloed: indien sprake is van gelijkwaardigheid of nevenschiktheid, hebben partijen in beginsel een zekere mate van gelijke invloed in een samenwerking. Indien sprake is van ondergeschiktheid in de samenwerking, berust de (grootste) invloed bij een partij, of een gedeelte van de samenwerkende partijen.
- Overige factoren: hierbij kan gedacht worden aan de omvang van de bijdragen, de frequentie van overleg, de mate van invloed op elkaars werkzaamheden, de duur en bestendigheid van de samenwerking, de mate waarin de samenwerking gereguleerd is door bijv. protocollen, etc.

Indien een samenwerking hoog scoort op de bovengenoemde factoren, dan levert dat een belangrijke indicatie op dat sprake is van een juridisch relevante samenwerking, in de zin dat daaraan rechtsgevolgen kunnen worden verbonden.¹⁶⁵

Interne aansprakelijkheid

De interne aansprakelijkheid van partijen bij een meerpartijenovereenkomst wijkt niet wezenlijk af van de aansprakelijkheid van partijen bij een bilaterale overeenkomst. Indien een partij tekortschiet in de nakoming van verplichtingen die voortvloeien uit een meerpartijenovereenkomst is hij in beginsel op grond van art. 6:74

163 Tjong Tjin Tai e.a. 2009, waarnaar ook Chao-Duivis 2013, p. 102-103 verwijst.

164 Ibid. par. 2.2.

165 Ibid. par. 2.3.

e.v. BW aansprakelijk jegens partijen bij de overeenkomst die als gevolg daarvan schade hebben geleden.¹⁶⁶

Partijen kunnen dus de interne aansprakelijkheid vormgeven in het contract. Naarmate meer sprake is van een collectieve prestatie, kan het lastiger zijn om onderscheid te maken tussen de mate waarin partijen schuld treft ter zake van een tekortkoming.¹⁶⁷ In dat geval kan een onderlinge draagplicht naar gelijke delen of naar rato van de inbreng in de samenwerking meer voor de hand liggen.¹⁶⁸

In sommige gevallen wordt een gefixeerde schadevergoeding afgesproken¹⁶⁹, hetgeen als voordeel kan hebben dat er geen onderlinge discussies plaats hoeven te vinden over de omvang van de schade.

Externe aansprakelijkheid

Bij de externe aansprakelijkheid kan in het kader van de coördinatie van het bouwproces gedacht worden aan de situatie waarin nevenaannemers of nevenadviseurs zonder de opdrachtgever een coördinatieovereenkomst hebben gesloten en de opdrachtgever vervolgens de nevenaannemers of nevenadviseurs als ‘collectief’ aanspreekt in verband met door hem geleden schade.

De beantwoording van de vraag of een dergelijke collectieve externe aansprakelijkheid in een concreet geval kan worden aangenomen, hangt, gelet op de hierboven aangehaalde literatuur, af van de vraag hoe intensief de samenwerking is. Bevindt de coördinatie-overeenkomst zich meer aan de kant van het spectrum van de intensieve samenwerking en collectieve verantwoordelijkheden, dan zal eerder collectieve externe aansprakelijkheid jegens de opdrachtgever aangenomen kunnen worden.

Indien geen externe aansprakelijkheid van het collectief kan worden aangenomen, zal de opdrachtgever de afzonderlijke partij(en) aan wie het ontstaan van schade kan worden toegerekend aansprakelijk dienen te stellen.¹⁷⁰

166 Vgl. hetgeen door Chao-Duivis 2009, p. 40, wordt opgemerkt met betrekking tot de aansprakelijkheid van partijen op grond van de VGBouw Modeluitvoeringscoördinatieovereenkomst: ‘Wat daarvan zij: het komt mij voor, dat als nevenaannemers zich contractueel binden aan elkaar, dat zij dan van rechtswege gehouden zijn zich daar niet alleen aan te houden maar dat ook te doen met inachtneming van redelijkheid en billijkheid, zie immers art. 6:248 lid 1 BW.’

167 Van den Berg 1990, nr. 210.

168 Ibid. Een dergelijke regeling is getroffen in art. 27 VGBouw Model Bouwcombinatieovereenkomst.

169 Zie RvA 6 oktober 2010, nr. 31.838.

170 Daarbij moet worden opgemerkt dat het wel mogelijk kan zijn dat twee of meer partijen die afzonderlijk aansprakelijk gesteld worden hoofdelijk verbonden zijn voor de schade.

Aansprakelijkheid opdrachtgever

Hierboven kwam al aan de orde dat er twee modellen zijn voor een coördinatie-overeenkomst: het model waarin de opdrachtgever wel participeert en het model waarin de opdrachtgever niet participeert. In het eerste model kan de nevenaannemer weliswaar in beginsel eventuele schade verhalen op een andere nevenaannemer op grond van de coördinatie-overeenkomst, maar dit heeft niet tot gevolg dat de opdrachtgever niet meer aansprakelijk kan worden gesteld.¹⁷¹ Daarvan kan pas sprake zijn indien partijen uitdrukkelijk afstand hebben gedaan van aanspraken op de opdrachtgever.¹⁷² Het hier beschreven uitgangspunt ten aanzien van de aansprakelijkheid van de opdrachtgever wordt in de arbitrale rechtspraak letterlijk gehanteerd:

16. Uit Asser/Van den Berg 5-IIIc – waarnaar beide partijen verwijzen - blijkt dat een coördinatie-overeenkomst waarbij de opdrachtgever partij is en waarin een van de nevenaannemers tot coördinator wordt benoemd, de opdrachtgever niet bevrijdt van zijn verantwoordelijkheid voor de coördinatie: in de relatie tussen de opdrachtgever en de verschillende nevenaannemers die niet in hun verplichtingen ter zake tekort zijn geschoten, blijft de opdrachtgever aansprakelijk voor het falen van een van de andere nevenaannemers. Dat wordt niet anders indien in de coördinatie-overeenkomst wordt bepaald dat de nevenaannemer die tekortschiet rechtstreeks door de andere nevenaannemers aangesproken kan worden: in dat geval heeft de schadelijgende nevenaannemer een extra mogelijkheid om zijn schade te verhalen maar kan hij er niettemin voor kiezen die schade bij de opdrachtgever in rekening te brengen. Van een verval van aanspraken jegens de opdrachtgever kan eerst sprake zijn als het beding dat de aan de coördinatie-overeenkomst deelnemende nevenaannemers rechtstreeks tegenover elkaar aansprakelijk verklaart, gecombineerd wordt met een bepaling die een nadrukkelijk afstand inhoudt van het recht om de opdrachtgever aansprakelijk te stellen voor schade waarvoor de gedupeerde aannemer rechtstreeks een nevenaannemer zou kunnen aanspreken, aldus Van den Berg in nr. 227. Een dergelijke afstand is in de onderhavige overeenkomst niet opgenomen.¹⁷³

In het tweede model is de opdrachtgever jegens de nevenaannemers niet aansprakelijk voor de coördinatie, nu de coördinatie een collectieve verantwoordelijkheid van de nevenaannemers als groep is geworden.

171 Asser/Van den Berg 7-VI 2017, nr. 227, waar wordt verwezen naar onder meer RvA 13 oktober 1981, nr. 9840.

172 Ibid. onder verwijzing naar onder meer RvA 10 maart 2006, nr. 25.679. Zie bijv. art. 3 lid 2 van de Model Coördinatieovereenkomst (Rijksvastgoedbedrijf) RRU 2012 2017-1: 'Partijen doen uitdrukkelijk afstand van elke aanspraak op schadevergoeding op de opdrachtgever op welke juridische grondslag dan ook, behoudens in het geval van opzet of grove nalatigheid van de opdrachtgever.'

173 RvA 28 augustus 2012, nr. 32.843. In andere bewoordingen maar in dezelfde zin werd geoordeeld in RvA 26 juni 2009, nr. 29.167, r.o. 45.

9.4.3.2.3 De regeling van de coördinatie

De meerpartijenovereenkomst wordt gebruikt om de coördinatie ten aanzien van verschillende bilaterale overeenkomsten te regelen. Voor wat betreft de te verrichten coördinatie-activiteiten kan gewezen worden op de verschillende categorieën activiteiten die eerder aan de orde waren: leiding geven, faciliteren, controleren, communicatie en registratie.¹⁷⁴

Hoewel deze verplichtingen in beginsel op de coördinator zullen rusten, blijkt in sommige gevallen ook op de gecoördineerde partijen een secundaire organisatorische of leidinggevende rol te rusten. In een uitspraak van een scheidsgerecht van het NAI was een overeenkomst aan de orde, waarin de coördinator gehouden was om, indien zich belemmerende omstandigheden voordeden, onverwijld de partijen bijeen te roepen voor een coördinatievergadering. Indien de coördinator in gebreke bleef, was de meest gerede partij bevoegd de vergadering bijeen te roepen. Aan de orde was onder meer de vraag of één van de gecoördineerde partijen als meest gerede partij de vergadering bijeen had dienen te roepen. Het scheidsgerecht overwoog als volgt:

‘5.11 De omstandigheid dat K. uiteindelijk mededeling van de vertraging heeft gedaan, kan er echter niet toe leiden dat zij daarmee aan de in art. 2 vervatte verplichtingen heeft voldaan. Alhoewel aan K. kan worden toegegeven dat het in de eerste plaats op de weg van aannemer als coördinator lag om, na de mededeling van K., op de voet van art. 2 lid 2 van de coördinatieovereenkomst een vergadering bijeen te roepen, had K. bij het uitblijven daarvan zelf het initiatief daartoe moeten nemen. Nu het K. was die meende vertraging te ondervinden door de bemalingsproblematiek, moet zij immers als meest gerede partij in de zin van art. 2 lid 3 van de coördinatieovereenkomst worden beschouwd. K. heeft echter nagelaten een vergadering bijeen te roepen - op het belang waarvan hiervoor onder 5.4 reeds is gewezen - en heeft zodoende geen adequaat vervolg gegeven aan haar brief van 24 november 2003. Op dit punt heeft aannemer overigens nog aangevoerd dat een afzonderlijke vergadering niet nodig was omdat de in 5.7 genoemde coördinatievergaderingen regelmatig plaatsvonden, waarvoor K. ook werd uitgenodigd en waarvan zij verslagen ontving. Ook op die vergaderingen heeft K. de gevolgen voor haar van de vertraging niet aan de orde gesteld, hoewel dat wel op haar weg lag.’¹⁷⁵

Het lijkt voorts raadzaam in de coördinatie-overeenkomst de verhouding tussen verantwoordelijkheden van de coördinator en de verantwoordelijkheden van de opdrachtgever of de namens hem optredende directievoerder onder ogen te zien.¹⁷⁶ De verantwoordelijkheden van de opdrachtgever op het gebied van begeleiding

174 Zie par. 8.3.2.

175 NAI 21 april 2006, no. 3079, *BR* 2006/230.

176 Zie ook de opmerking hier eerder over gemaakt in par. 9.4.3.1.1 met betrekking tot de bilaterale coördinatie-opdracht.

van het werk, worden gekleurd door het gekozen samenwerkingsmodel en kunnen raken aan de verantwoordelijkheden van de coördinator.¹⁷⁷

9.4.3.2.4 De (gedeeltelijke) beëindiging van de overeenkomst

Voor de meerpartijenovereenkomst geldt allereerst dat de mogelijkheden tot ontbinding afwijken van die van de bilaterale overeenkomst. Voor ontbinding is vereist dat sprake is van een wederkerige overeenkomst.¹⁷⁸ Daarmee wordt bedoeld dat een partij een verbintenis op zich neemt, ter verkrijging van de prestatie waartoe de wederpartij zich jegens die partij verbindt.¹⁷⁹ In geval van een meerpartijenovereenkomst die coördinatie tot onderwerp heeft, lijkt het aannemelijk dat er niet in alle gevallen sprake is van dergelijke tegenover elkaar staande verbintenissen. De mogelijke verplichtingen van een uitvoerende partij om de coördinator van informatie te voorzien en vervolgens zijn instructies op te volgen, staan niet tegenover dezelfde verplichtingen van een andere partij en evenmin tegenover de mogelijke verplichting van de opdrachtgever om de coördinator te betalen voor zijn werkzaamheden.

Gelet op de mogelijkheden die bestaan om de bilaterale overeenkomsten te beëindigen¹⁸⁰, verdient het aanbeveling om in de meerpartijenovereenkomst een regeling op te nemen die partijen in staat stelt om uit de meerpartijenovereenkomst te treden. Hierdoor kan de situatie worden voorkomen dat een aannemer geen overeenkomst meer heeft met de opdrachtgever en dus niet meer betrokken is bij de uitvoering van het werk, maar nog wel formeel partij is bij de coördinatieovereenkomst.

De mogelijkheid tot uittreding zou uitdrukkelijk gekoppeld moeten worden aan de beëindiging van de bilaterale aannemings- of adviesovereenkomst. Evenmin als het gewenst is dat de coördinatieovereenkomst ongewijzigd blijft voortbestaan en de aannemings- of adviesovereenkomst wordt beëindigd, is het gewenst dat een partij kan uittreden uit de coördinatieovereenkomst en de aannemings- of adviesovereenkomst wel blijft voortbestaan.

177 Zie de overweging die arbiters in algemene zin maakten in RvA 2 december 2013, nr. 33.928:

11. () Arbiters merken in het algemeen op dat, nu opdrachtgeefster ervoor heeft gekozen het werk te splitsen in een bouwkundig deel en een installatietechnisch deel en deze beide delen heeft opgedragen aan twee nevenaannemers, van haar een extra inspanning wordt gevraagd met betrekking tot de leiding en begeleiding van het werk, ondanks de tussen de beide nevenaannemers gesloten coördinatieovereenkomst, waarbij aan aannemster min of meer verregaande bevoegdheden werden gegeven ter zake van de coördinatie van aannemster en de installateur bij de uitvoering van het werk.

178 Art. 6:265 BW jo. 6:261 BW.

179 Art. 6:261 BW.

180 Die kwamen aan de orde in par. 9.4.3.1.4.

Volledigheidshalve wordt hier opgemerkt dat de mogelijkheid tot uittreding ook de behoefte kan doen ontstaan om een partij te laten toetreden. Bij deze toetreding zal aandacht moeten zijn voor de vraag in hoeverre de toetredende partij gebonden is aan reeds gemaakte feitelijke afspraken in het kader van de afstemming.

9.4.3.3 Samenhangende overeenkomsten

9.4.3.3.1 De rechten en verplichtingen van partijen

In paragraaf 9.4.2.3 is aan de orde gekomen dat in geval van samenhangende overeenkomsten het belang van een derde op zodanige wijze verbonden kan zijn met de uitvoering van een overeenkomst dat daaruit zorgplichten van een contractspartij jegens een derde kunnen voortvloeien.

In deze paragraaf wordt daarom ingegaan op de vraag wat deze zorgplichten jegens een derde concreet inhouden voor de gedragingen van contractspartijen. Chao-Duivis bespreekt in dit verband uitgebreid inzichten uit de buitenlandse literatuur over contractuele netwerken, waarbij de met name de door Teubner genoemde verplichtingen van partijen in een netwerkverband de aandacht trekken.¹⁸¹

- informatieverplichtingen. Hierbij kan met name gedacht worden aan de informatieverplichting in het ‘centrum van het netwerk’, gericht op het vergroten van de functionaliteit van het netwerk, bijvoorbeeld door informatieverschaffing in het kader van de werkverdeling;
- als tegenhanger van informatieverplichtingen kan er sprake zijn van vertrouwelijkheidsverplichtingen met betrekking tot vertrouwelijke informatie;
- het voorkomen van discriminerend gedrag door netwerken;
- loyaliteitsverplichtingen van deelnemende partijen jegens het netwerk die betrekking hebben op de samenwerking tussen partijen¹⁸²;
- beperking van het recht om deelname aan het netwerk te beëindigen. Een (te) snelle beëindiging van een overeenkomst kan vertraging veroorzaken in het netwerk en daardoor schade toebrengen aan andere partijen in het netwerk;
- het delen van voordelen die behaald worden doordat partijen in netwerkverband opereren;
- het onder omstandigheden vervallen van de onderzoeksverplichting van partijen ten aanzien van prestaties door andere partijen in het netwerk. Daarvan kan pas sprake zijn als partijen voorzien in een vorm van kwaliteitsborging in het netwerk.

In het kader van coördinatie zijn bepaalde rechtsgevolgen minder van belang. Wel relevant zijn de informatieverplichting (in het kader van onder meer de werkverdeling), de loyaliteits- of samenwerkingsverplichtingen, de beperking van het

181 Het navolgende is ontleend aan Chao-Duivis 2013, p. 90-99.

182 Een andere opvatting wordt aangehangen door Wellenhofer 2009, p. 123, zo merkt Chao-Duivis t.a.p. op.

recht om deelname aan het netwerk te beëindigen, en de gezamenlijke kwaliteitsborging. Deze verschillende typen verplichtingen kunnen ook aanknopingspunten bieden voor de te regelen verplichtingen in het geval dat er een meerpartijenovereenkomst gericht op coördinatie wordt gesloten.

Onderaanneming

Naar aanleiding van het arrest *Wierds/Visseren*, waarin een onderaannemingsrelatie aan de orde was, zijn Memelink en Lubach nagegaan welke type verplichtingen een rol kunnen spelen in de relatie tussen de onderaannemer en de opdrachtgever. Ze stellen voorop dat geen sprake is van een algemene zorgplicht van de onderaannemer jegens de opdrachtgever om deugdelijk werk af te leveren.¹⁸³ Ze wijzen vervolgens op twee categorieën zorgplichten waarvan onder omstandigheden wel sprake kan zijn in de relatie tussen onderaannemer en opdrachtgever:¹⁸⁴

- het voorkomen van gevaarzettende situaties. In dit kader wordt gewezen op de Kelderluik-jurisprudentie en de in dat verband relevante omstandigheid dat voor de onderaannemer in het algemeen voorzienbaar is dat bij de opdrachtgever schade kan ontstaan als gevolg van gevaarzetting;
- de waarschuwingsplicht. Memelink & Lubach verwijzen daarbij naar een uitspraak van de rechtbank Amsterdam waarin wordt overwogen dat de onderaannemer in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid heeft gehandeld door noch de hoofdaannemer, noch de opdrachtgever te waarschuwen.¹⁸⁵

183 Memelink & Lubach 2012, p. 684.

184 Ibid. p. 684-685.

185 Rb. Amsterdam 15 februari 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV9847:
 ‘2.2.7. De rechtbank is van oordeel dat [A], door noch [B] noch Bemog te waarschuwen ingeval van niet of gebrekkig aangebrachte DPC-folie, de belangen van Bemog onvoldoende heeft ontzien en zodoende jegens Bemog heeft gehandeld in strijd met hetgeen volgens normen van ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Daarvoor is het navolgende redengevend. De fouten van de derden waren voor [A] kenbaar. Eveneens was aan [A] kenbaar, zo is niet betwist, dat bij geen of gebrekkig aangebrachte DPC-folie het optreden van lekkageschade relatief zeker zou zijn en dat de potentiële schade relatief hoog zou zijn: waar in de toekomst lekkages optreden, moet het metselwerk worden afgebroken en na het aanbrengen van een oplossing weer worden hersteld. Het moge zo zijn dat [A] geen verantwoordelijkheid voor de derden droeg en dat ook het toezicht op die derden niet aan [A] was toevertrouwd, maar dit doet in de relatie [A]-[B] niet af aan de waarschuwingsplicht van [A] jegens [B] op grond van artikel 7:754 BW. Het schenden van deze waarschuwingsplicht moet worden beschouwd als een toerekenbaar tekortschieten van [A] jegens [B]. [A] had in dit kader echter niet alleen te maken met [B] maar ook met Bemog, nu [A] wist van de hoofdrol en het belang van Bemog bij een juiste uitvoering van het werk. Dit was ten tijde van de hier aan de orde zijnde metselwerkzaamheden te meer het geval, nu deze werkzaamheden plaatsvonden, zo is door Bemog onbetwist naar voren gebracht, in een periode dat partijen de BJB-overeenkomst al waren aangegaan en [B] al praktisch failliet was. Het jegens [B] schenden van de wettelijke waarschuwingsplicht en het daarnaast

Nevenaanneming

De rechtspraak over de relatie tussen nevenaannemers is redelijk beperkt gebleven. Dit kan verklaard worden vanuit het feit dat de nevenaannemers in beginsel ook aanspraken kunnen laten gelden jegens de opdrachtgever.¹⁸⁶

Ook in geval van nevenaanneming zullen verplichtingen van de ene nevenaannemer jegens de andere hun grondslag moeten vinden in hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. De rechtens vereiste mate van zorg van een contractspartij, moet, zo wordt in de literatuur gesteld, worden afgeleid uit de feitelijke relatie tussen de door samenhang verbonden partijen.¹⁸⁷

In dit verband kan worden gewezen op het in par. 9.4.3.1.4 genoemde arrest Mooijman/Netjes.¹⁸⁸ In dat arrest had de feitelijke samenwerking tussen partijen onder meer betrekking op technische aspecten van de uitvoering van de overeenkomst tussen Netjes en de kopers van de villa's. De bespreking tussen Mooijman en Netjes had er immers in geresulteerd dat Netjes bouwkundige aanpassingen uitvoerde (onder meer het uitvoeren van een tuinmuur als spouwmuur). De zorgplicht van Netjes jegens Mooijman omvatte mede de (in technische zin) deugdelijke uitvoering van de overeenkomst tussen Netjes en de kopers:

‘Bij de beoordeling van de hiertegen gerichte klachten moet ervan worden uitgegaan dat hier, ofschoon tussen partijen geen overeenkomst bestaat, wel sprake is van een feitelijke samenwerking, die onder meer hierdoor wordt gekenmerkt dat Mooijman haar werkzaamheden slechts kon verrichten indien de, hiervoor in 3.1 onder (iii), d, vermelde, met het oog daarop door Netjes aan te brengen bouwkundige aanpassingen aan bepaalde haar bekende eisen voldeden. Een zodanige feitelijke samenwerking zal in beginsel meebrengen dat Netjes niet alleen jegens haar contractuele wederpartijen - de kopers van de woningen - maar ook op grond van hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt jegens Mooijman gehouden is de aanpassingen deugdelijk uit te voeren, waaruit voortvloeit dat zij in geval van niet-nakoming van deze verplichting de door Mooijman dientengevolge geleden schade dient te vergoeden.’

Denkbaar is dat bij een ander feitencomplex de feitelijke samenwerking tussen partijen niet zozeer betrekking heeft op de technische uitvoering van de werkzaamheden van partijen, maar meer op de uitwisseling van informatie in het kader van de tijdsplanning. Het ligt voor de hand dat de zorgplicht van partijen in een dergelijk geval betrekking heeft op de uitwisseling van informatie en niet zozeer op de technische uitvoering.

niet-waarschuwen van Bemog, moet in de omstandigheden van dit geval dan ook worden beschouwd als onrechtmatig jegens Bemog.’

186 Asser/Van den Berg 7-VI 2017, nr. 216.

187 Van Laarhoven 2006, p. 20, die in dit verband Bakels 1996, p. 45 aanhaalt.

188 HR 29 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2660, *NJ* 1999, 98.

In het kader van de nevenaanneming is niet alleen rechtspraak van de burgerlijke rechter van belang. Ook in een arbitrale uitspraak van de Raad van Arbitrage is overwogen dat nevenaannemers gehouden zijn zich elkaars belangen aan te trekken:

‘13. Aanneemster is hoofdaannemer voor zover zij onderaannemers in haar opdracht laat werken. Zij draagt de verantwoordelijkheden ten aanzien van het werk van die onderaannemers die paragraaf 6 lid 27 en volgende UAV 1989 haar toedelen. Aanneemster draagt nimmer verantwoordelijkheid voor het werk of de planning van nevenaannemers. Zij is wel verplicht op grond van algemene regels zich de belangen van die nevenaannemers aan te trekken voor zover zij daar binnen de planning van haar eigen werkzaamheden aan kan bijdragen. In ieder geval behoort daartoe dat zij nevenaannemers niet hindert, tenzij haar werkzaamheden dat noodzakelijk meebrengen. Afgezien van het feit dat van tekortkomingen in dat opzicht in de procedure niet is gebleken, is aanneemster ook ten aanzien van eventuele dergelijke tekortkomingen nimmer in gebreke gesteld tijdens het werk.’¹⁸⁹

Aangenomen kan worden dat met het begrip ‘algemene regels’ bedoeld wordt op hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, aangezien er geen algemene contractuele regels zijn waarop een nevenaannemer zich jegens een andere nevenaannemer zou kunnen beroepen. De uitspraak biedt een nader aanknopingspunt van de concrete zorgplichten die kunnen rusten op een nevenaannemer in diens verhouding tot een andere nevenaannemer: de nevenaannemer dient zich te onthouden van het hinderen van een andere nevenaannemer, tenzij de werkzaamheden van de nevenaannemer dit noodzakelijkerwijs meebrengen. Een dergelijke verplichting lijkt een concretisering van de eerder genoemde algemene samenwerkings- of loyaliteitsverplichting.

9.4.3.3.2 De aansprakelijkheid van partijen (intern en extern)

Externe aansprakelijkheid

In het geval van samenhangende overeenkomsten zonder coördinatie-overeenkomst, zal toepassing van het in par. 9.4.3.2.2 besproken beoordelingskader voor de samenwerking, ertoe leiden dat de samenwerking niet als intensief zal kunnen worden beoordeeld, waardoor er geen ruimte is om externe aansprakelijkheid van het collectief aan te nemen.¹⁹⁰

Een in de buitenlandse literatuur bepleite oplossing, die recht doet aan de netwerkverhoudingen waarbinnen bepaalde werkzaamheden worden uitgevoerd, is dat de leden van het netwerk die feitelijk samenwerkten met betrekking tot de aanspra-

189 RvA 3 april 2014, nr. 34.466.

190 Tjong Tjin Tai e.a. 2009, par. 2.3 noemt feitelijke netwerken als de ondergrens van samenwerking, waarbij de onderlinge interactie dusdanig zak is dat er juridische geen gevolgen meer kunnen worden verbonden aan de samenwerking.

kelijkheid veroorzakende gebeurtenis, hoofdelijk aansprakelijk zijn.¹⁹¹ Onderling zouden de betrokken deelnemers draagplichtig moeten zijn naar rato van hun daadwerkelijke betrokkenheid.¹⁹²

Binnen het Nederlandse rechtskader lijkt gelet op de zwakke vorm van samenwerking in netwerken onvoldoende ruimte voor het aannemen van een collectieve vorm van externe aansprakelijkheid¹⁹³, maar deze oplossing kan wellicht wel ter inspiratie dienen van een op te nemen aansprakelijkheidsregeling in een meerpartijenovereenkomst gericht op coördinatie.

Interne aansprakelijkheid

Ook op de interne aansprakelijkheid van partijen in netwerkverband is Chao-Duivis ingegaan.¹⁹⁴ In de buitenlandse literatuur worden drie verschillende cumulatieve criteria gegeven waaraan voldaan moet zijn om interne aansprakelijk aan te kunnen nemen:

1. de individuele contracten moeten al dan niet impliciet naar elkaar verwijzen;
2. er moet een concreet netwerkdoel zijn;
3. er moet sprake zijn van een samenwerkingsverhouding.

In de regel zal in het geval van bouwprojecten aan de eerste twee voorwaarden wel en aan de derde voorwaarden niet zijn voldaan, zo stelt Collins.¹⁹⁵ Onder omstandigheden kan daar echter wel sprake van zijn.

Voor wat betreft de nationale literatuur wordt hier verwezen naar het beoordelingskader voor de intensiteit van de samenwerking waar op werd ingegaan in par. 9.4.3.2.2.

Of en in welke mate deze partijen aansprakelijk zijn jegens elkaar is voorts afhankelijk van de vraag in hoeverre ze zich kunnen beroepen op contractuele exoneratiebedingen.

191 Chao-Duivis 2013, p. 98.

192 Ibid.

193 Zie eerder Tjong Tjin Tai e.a. 2009, par. 2.3.

194 Het navolgende is wederom ontleend aan Chao-Duivis 2013 p. 96-97, die onder meer verwijst naar Teubner 2011.

195 Collins 2011, p. 54.

Derdenwerking van exoneratiebedingen algemeen

Het leerstuk van de derdenwerking van exoneratieclausules is uitgebreid in de literatuur aan bod gekomen.¹⁹⁶ Vrij algemeen wordt daarin naar een aantal richtinggevend overwegingen in een serie arresten van de Hoge Raad verwezen.¹⁹⁷

Gelet op deze rechtspraak wordt in de literatuur een drietal verschillende aanknopingspunten aangewezen aan de hand waarvan de derdenwerking van een exoneratieclausule dient te worden beoordeeld¹⁹⁸:

1. het op gedragingen van de derde terug te voeren vertrouwen bij de exonerant dat hij het beding zal kunnen invoeren ('toedoen' en gerechtvaardigd vertrouwen);
2. de aard van de overeenkomst en van het beding, in verband met de bijzondere relatie tussen derde en exonerant;
3. bij de beantwoording van de vraag waar precies de grens ligt, zal mede rekening gehouden moeten worden met het stelsel van de wet.

Uit een analyse van meer recente (lagere) rechtspraak blijkt dat rechters het jurisprudentiële kader verder invullen aan de hand van een viertal gezichtspunten¹⁹⁹:

- nauwe verbondenheid tussen een contractspartij en een betrokken derde;
- eenheid van concern;
- de gangbaarheid van het exoneratiebeding;
- de (on)bekendheid van de derde met het betreffende exoneratiebeding.

Derdenwerking van exoneratiebedingen in onderaannemingsverhoudingen

Specifiek ten aanzien van het samenwerkingsmodel onderaanneming dient te worden opgemerkt dat de onderaannemer zich niet alleen op een zelf bedongen en in de onderaannemingsovereenkomst opgenomen exoneratiebeding zou kunnen beroepen, maar ook op een exoneratiebeding in hoofdaannemingsovereenkomst.²⁰⁰

196 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III, nr. 525 e.v., Du Perron 1999, p. 322 e.v., Chao-Duivis 2013, par. 5.3, Asser/Van den Berg 7-VI, nr. 210 e.v., Van Gulijk 2015.

197 Deze arresten zijn achtereenvolgens HR 25 maart 1966, *NJ* 1966, 279 (Moffenkit), HR 7 maart 1969, *NJ* 1969, 249 (Gegaste uien), HR 12 januari 1979, *NJ* 1979, 362 (Securicor), HR 20 juni 1986, *NJ* 1987, 35 (Citronas) en HR 21 januari 2000, *NJ* 2000, 553 (ODS/CPS).

198 Chao-Duivis 2013, p. 121.

199 Van Gulijk 2015, par. 3.

200 Op deze twee mogelijkheden wordt onder meer gewezen door Du Perron 1999, p. 352-354, Chao-Duivis 2013a, p. 551, Asser/Van den Berg, nr. 210, 212. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014 6-III, nr. 528.

Voor de tweede categorie van exoneratiebedingen, die zijn opgenomen in de hoofdaannemingsovereenkomst, wordt in de literatuur verwezen naar een arrest van het Hof Den Bosch uit 2008.²⁰¹ In dat arrest werd als volgt overwogen:

“4.50. In de tweede situatie sluit een opdrachtgever een contract met een opdrachtnemer die zelf een exoneratieclausule bedingt. Vervolgens laat deze de opdracht uitvoeren door een onderaannemer. Er ontstaat schade die de onderaannemer valt toe te rekenen. De opdrachtgever spreekt de onderaannemer aan doch deze beroept zich op de exoneratieclausule van de opdrachtnemer.

In deze situatie wist de opdrachtgever al dat hij bij eventuele fouten en daardoor ontstane schade er rekening mee zou moeten houden dat hem een exoneratiebeding zou worden tegengeworpen; het enkele feit dat het werk feitelijk door een onderaannemer werd uitgevoerd, maakt dit niet anders. Zou worden aangenomen dat de onderaannemer zich niet op de exoneratieclausule van de opdrachtnemer kan beroepen, dan zou de opdrachtgever er dus in zoverre voordeel bij hebben dat het werk niet door zijn contractuele wederpartij, maar door een derde werd uitgevoerd, hetgeen in strijd was met de kenbare partijbedoeling. Derhalve kan worden gesteld dat de onderaannemer zijn deel van de door de opdrachtnemer aangenomen prestatie verrichtte onder de voorwaarden van de overeenkomst tussen de opdrachtgever en de opdrachtnemer, inclusief de exoneratieclausule, waardoor de opdrachtgever niet werd benadeeld. (Zie ook, specifiek voor vervoer, PG Boek 8 pag. 335). Ook in het onderhavige geval verrichtte Buderus feitelijk een deel van de door de contractuele wederpartij GTI aangenomen prestatie, en aldus ook onder de daarvoor overeengekomen condities.

4.51. Hoezeer er ook onderscheid moet worden gemaakt tussen een exoneratiebeding en een verjaringsbeding, voorgaande redenering gaat in gelijke mate op voor een verjaringsbeding (dat zelfs nog minder ver gaat dan een exoneratiebeding, omdat de wederpartij door alert te zijn en te blijven aan de werking van een verjaringsbeding kan ontkomen).”

Uit dit arrest lijkt te kunnen worden afgeleid dat de onderaannemer zich jegens de opdrachtgever in beginsel zal kunnen beroepen op een exoneratie van de hoofdaannemer.²⁰² Voor dit standpunt kan steun worden gevonden in de literatuur.²⁰³

9.4.3.3.3 De regeling van de coördinatie

Uit de samenhang kunnen bepaalde rechten en verplichtingen voortvloeien, zo bleek in par. 9.4.3.3.1. Enkele van die verplichtingen kunnen de coördinatie van het bouwproces op een positieve wijze beïnvloeden. In de eerste plaats kan hierbij

201 Hof Den Bosch 5 februari 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BC4957, *TBR* 2009/149.

202 Vgl. ook de uitspraak Rb. Haarlem 1 juni 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BQ6292, waarnaar Chao-Duivis 2013, p. 121 verwijst.

203 Ook Asser/Van den Berg 7-VI 2017, nr. 212, stelt dat, waar eenheid van prestatie bestaat, het voor de hand ligt dat de onderaannemer zich jegens de opdrachtgever kan beroepen op een door de hoofdaannemer bedongen exoneratie.

gewezen worden op de in de literatuur genoemde informatieverplichtingen²⁰⁴ en loyaliteits- of samenwerkingsverplichtingen die kunnen bestaan in een netwerk van samenhangende overeenkomsten.

In de tweede plaats kan gewezen worden het niet onnodig hinderen van derden of zelfs creëren van gevaarzettende situaties in het netwerk.

9.4.3.3.4 De (gedeeltelijke) beëindiging van de overeenkomst

In de literatuur wordt in dit verband algemeen verwezen naar het arrest Jans/FCN.²⁰⁵ Dat arrest had echter betrekking op de situatie waarin een koper een koopovereenkomst had gesloten met een verkoper en een daarmee samenhangende geldleningsovereenkomst met een kredietverstrekker en laat zich niet goed vertalen naar de verhoudingen in het bouwproces.

In het bouwproces geldt in algemene zin geldt ten aanzien van onderaanneming dat de beëindiging van de hoofdaannemingsovereenkomst niet automatisch leidt tot beëindiging van de onderaannemingsovereenkomst.²⁰⁶ Gelet op het verband tussen deze twee overeenkomsten ligt het wel voor de hand na beëindiging van de hoofdaannemingsovereenkomst over te gaan tot beëindiging van de onderaannemingsovereenkomst.²⁰⁷ Ook ten aanzien van nevenaannemingsovereenkomsten, of nevengeschikte adviesovereenkomsten ligt het niet voor de hand aan te nemen dat er een automatische koppeling gelegd kan worden ten aanzien van het tenietgaan van een van de overeenkomsten.

In het kader van de beëindiging van samenhangende overeenkomsten is tot slot nog van belang hetgeen werd opgemerkt in par. 9.4.3.3.1. In de literatuur is er op gewezen dat in netwerkverband de mogelijkheden tot (snelle) beëindiging van een overeenkomst beperkt kunnen worden, gelet op de mogelijke schade die daardoor veroorzaakt kan worden bij derden in het netwerk.

9.4.4 Conclusie

Verplichtingen van partijen in het bouwproces met betrekking tot de coördinatie van dat proces kunnen hun grondslag vinden in verschillende soorten bilaterale – of meerpartijenovereenkomsten of in de maatschappelijke zorgvuldigheid. In het laatste geval kan de zorgvuldigheidsnorm ingekleurd worden door de aan de hand

204 Onder deze noemer kunnen verschillende verplichtingen vallen, zoals de informatieverplichting van het netwerkcentrum in het kader van de werkverdeling en de waarschuwingsplicht van netwerkdeelnemers.

205 HR 23 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2555, *NJ* 1999, 97. Zie hierover onder meer Meijer 1998a en Meijer 1998b.

206 Asser/Van den Berg 7-VI 2017/198.

207 Ibid.

van de omstandigheden van het geval te beoordelen samenhang van rechtsverhoudingen in het bouwproces.

Hoewel uit deze samenhang van rechtsverhoudingen partijen onderlinge verplichtingen voort kunnen vloeien en het mogelijk is ook buiten-contractuele samenwerkingsafspraken te maken, lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat het aangaan van een contractuele verhouding door partijen meer mogelijkheden biedt om de coördinatie van het bouwproces op een positieve manier te beïnvloeden.

Deze contractuele verhoudingen kunnen alleen van bilaterale aard zijn, maar kunnen zoals gezegd ook worden aangevuld met een tussen twee of meer partijen te sluiten meerpartijovereenkomst, de coördinatie-overeenkomst.

Dit betekent dat de bilaterale overeenkomsten tussen partijen, zoals de aanneemingsovereenkomst en de adviesovereenkomst gebruikt kunnen worden voor drie contractuele modellen, onderaanneming/ondergeschikte adviesovereenkomsten, nevenaanneming/nevengeschikte adviesovereenkomsten met coördinatieovereenkomst en nevenaanneming/nevengeschikte adviesovereenkomsten zonder coördinatieovereenkomst. Afhankelijk van het gekozen model zal de betreffende bilaterale overeenkomst anders kunnen of moeten worden ingevuld. Daarbij zijn de volgende aandachtspunten van belang:

- De bevoegdheden van de coördinator.
- De informatie-uitwisseling en samenwerking tussen partijen in relatie tot overige participanten in het bouwproces.
- De aansprakelijkheden van partijen met betrekking tot schade die ontstaat als coördinatierisico's zich manifesteren.

Voorts dient, in het geval er sprake is van nevenaanneming of nevenadvies zonder coördinatie-overeenkomst en de opdrachtgever de coördinatie niet zelf wil verrichten, een afzonderlijke coördinatieopdracht te worden verstrekt aan een partij. Daarbij zijn van belang:

- De taken en verantwoordelijkheden van de coördinator en de opdrachtgever.
- De aansprakelijkheid van de coördinator jegens de opdrachtgever.

Aandachtspunten voor de multilaterale overeenkomst zijn:

- Het maken van procesafspraken in het kader van samenwerking en communicatie tussen nevenaannemers/nevenadviseurs onderling.
- De door de coördinator te verrichten taken en de daarbij behorende bevoegdheden van de coördinator.
- De aansprakelijkheden van partijen jegens elkaar. Dit onderwerp speelt in verschillende relaties, zoals opdrachtgever-nevenaannemer, coördinator-nevenaannemer, coördinator-opdrachtgever, nevenaannemer-nevenaannemer, nevenaannemers-opdrachtgever.

- De mogelijkheid tot uittreding voor partijen in het geval van beëindiging van de bilaterale overeenkomst(en) van die partijen en de mogelijkheid tot toetreding van in het geval van partijen die gedurende de looptijd van de multilaterale overeenkomst betrokken raken bij het bouwproject.

9.5 CONCLUSIE EN BEANTWOORDING DEELVRAAG

In dit hoofdstuk stond de volgende deelvraag centraal:

Welke inzichten volgen uit de juridische literatuur over relevante leerstukken die samenhangen met het onderwerp coördinatie van het bouwproces?

Bij de beantwoording van deze vraag is in de eerste plaats van belang dat de juridische relatie tussen bij coördinatie betrokken partijen via verschillende samenwerkingsmodellen kan worden vormgegeven. De volgende samenwerkingsmodellen zijn in dit hoofdstuk onder ogen gezien:

- traditionele driehoek;
- nevenaanneming;
- onderaanneming;
- integratie van ontwerp en uitvoering;
- bouwteam;
- bouwcombinatie;
- alliantie;
- ketensamenwerking;
- ontwerpteam.

Deze samenwerkingsmodellen zijn verschillend van aard. Bepaalde modellen zijn expliciet gericht op coördinatie, zoals ketensamenwerking, bouwteam en ontwerpteam. Deze samenwerkingsmodellen zijn over het algemeen meer ‘horizontaal’ georganiseerd.

Andere modellen bevatten specifieke elementen die het ontstaan van coördinatieproblemen kunnen voorkomen. Ook is sprake van een positieve beïnvloeding van factoren die van belang zijn voor het verloop van coördinatie in het bouwproces, zoals samenwerking. Hierbij kan, naast de eerder genoemde modellen, gedacht worden aan de alliantie en de bouwcombinatie.

Bij andere samenwerkingsmodellen zijn juist elementen aanwezig die coördinatieproblemen in de hand kunnen werken en zijn er geen of in mindere mate elementen aanwezig die factoren van belang voor coördinatie op een positieve manier kunnen beïnvloeden. Deze samenwerkingsmodellen zijn over het algemeen meer ‘verticaal’ of hiërarchisch georganiseerd (nevenaanneming, onderaanneming, geïntegreerde opdracht). Bij deze samenwerkingsmodellen, die vaak voorkomen in de praktijk, is een goede contractuele regeling van coördinatie van groot belang.

Op deze ‘problematische’ samenwerkingsmodellen zijn derhalve de grondfiguren gebaseerd die voor dit onderzoek vanuit juridisch perspectief het meest relevant worden geacht voor coördinatie.

In deze grondfiguren komen verschillende soorten overeenkomsten voor, namelijk aannemingsovereenkomsten, adviesovereenkomsten, geïntegreerde overeenkomsten en tot slot de specifiek op coördinatiegerichte meerpartijenovereenkomst. De voor deze typen overeenkomsten geschreven algemene voorwaarden, de UAV 2012, de DNR 2011, de UAV-GC 2005 en de VGBouw Model Uitvoeringscoördinatieovereenkomst 1999 zullen aan de orde komen in hoofdstuk 10.²⁰⁸

Eerst is het echter van belang de grondfiguren vanuit een juridisch-dogmatisch perspectief te beschouwen. Vanuit dat perspectief kunnen er drie soorten rechtsverhoudingen worden aangewezen in de gehanteerde grondfiguren: bilaterale overeenkomsten, meerpartijenovereenkomsten (multilaterale overeenkomsten) en samenhangende rechtsverhoudingen.

Verplichtingen van partijen in het bouwproces met betrekking tot de coördinatie van dat proces kunnen hun grondslag vinden in deze verschillende soorten rechtsverhoudingen. In het geval van een contractuele rechtsverhouding wordt deze grondslag gevormd door de overeenkomst. Tussen partijen die niet direct contractueel met elkaar verbonden zijn kan de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm ingekleurd worden door de aan de hand van de omstandigheden van het geval te beoordelen samenhang van rechtsverhoudingen in het bouwproces.

Hoewel uit deze samenhang van rechtsverhoudingen partijen onderlinge verplichtingen voort kunnen vloeien en het mogelijk is ook buiten-contractuele samenwerkingsafspraken te maken, lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat het aangaan van een contractuele verhouding door partijen meer mogelijkheden biedt om de coördinatie van het bouwproces op een positieve manier te beïnvloeden.

Deze contractuele verhoudingen kunnen alleen van bilaterale aard zijn, maar kunnen zoals gezegd ook worden aangevuld met een tussen twee of meer partijen te sluiten meerpartijenovereenkomst, de coördinatie-overeenkomst.

Dit betekent dat de bilaterale overeenkomsten tussen partijen, zoals de aannemingsovereenkomst en de adviesovereenkomst gebruikt kunnen worden voor drie contractuele modellen, onderaanneming/ondergeschikte adviesovereenkomsten, nevenaanneming/nevengeschikte adviesovereenkomsten met coördinatieovereenkomst en nevenaanneming/nevengeschikte adviesovereenkomsten zonder coördinatieovereenkomst. Afhankelijk van het gekozen model zal de betreffende bila-

208 Er is mij geen standaardovereenkomst bekend voor de coördinatie van nevengeschikte adviesovereenkomsten.

terale overeenkomst anders kunnen of moeten worden ingevuld. Daarbij zijn de volgende aandachtspunten van belang:

- De bevoegdheden van de coördinator.
- De informatie-uitwisseling en samenwerking tussen partijen in relatie tot overige participanten in het bouwproces.
- De aansprakelijkheden van partijen met betrekking tot schade die ontstaat als coördinatierisico's zich manifesteren.

Voorts dient, in het geval er sprake is van nevenaanneming of nevenadvies zonder coördinatie-overeenkomst en de opdrachtgever de coördinatie niet zelf wil verrichten, een afzonderlijke coördinatieopdracht te worden verstrekt aan een partij. Daarbij zijn van belang:

- De taken en verantwoordelijkheden van de coördinator en de opdrachtgever.
- De aansprakelijkheid van de coördinator jegens de opdrachtgever.

Aandachtspunten voor de multilaterale overeenkomst zijn:

- Het maken van procesafspraken in het kader van samenwerking en communicatie tussen nevenaannemers/nevenadviseurs onderling.
- De door de coördinator te verrichten taken en de daarbij behorende bevoegdheden van de coördinator.
- De aansprakelijkheden van partijen jegens elkaar. Dit onderwerp speelt in verschillende relaties, zoals opdrachtgever-nevenaannemer, coördinator-nevenaannemer, coördinator-opdrachtgever, nevenaannemer-nevenaannemer, nevenaannemers-opdrachtgever.
- De mogelijkheid tot uittreding voor partijen in het geval van beëindiging van de bilaterale overeenkomst(en) van die partijen en de mogelijkheid tot toetreding van in het geval van partijen die gedurende de looptijd van de multilaterale overeenkomst betrokken raken bij het bouwproject.

Hoofdstuk 10

Coördinatie in de algemene voorwaarden

10.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk wordt de volgende deelvraag beantwoord:

Aan de hand van welke criteria kan bepaald worden of coördinatie in bouwcontracten zodanig is geregeld dat die zo goed mogelijk kan plaatsvinden en voldoen veelgebruikte bouwcontracten aan deze criteria?

Allereerst zullen in paragraaf 10.2 de lessen uit de hoofdstukken 8 en 9 worden samengebracht in een toetsingskader. Aan de hand van dit toetsingskader worden vervolgens in de paragrafen 10.3-10.6 achtereenvolgens de UAV 2012, de UAV-GC 2005, de DNR 2011 en de VGBouw Model Uitvoeringscoördinatieovereenkomst 1999 beoordeeld.

10.2 BEOORDELINGSKADER OVEREENKOMSTEN

10.2.1 Inleiding

In deze paragraaf staat het beoordelingskader centraal aan de hand waarvan overeenkomsten die worden aangegaan door de deelnemers aan een bouwproces kunnen worden beoordeeld voor wat betreft het onderwerp coördinatie. In de volgende paragrafen worden verschillende bestaande sets van algemene voorwaarden, de UAV 2012, de DNR 2011, de UAV-GC 2005 en de Model Uitvoeringscoördinatieovereenkomst 1999 beoordeeld aan de hand van dit kader.¹ Bij het formuleren van het beoordelingskader wordt teruggegrepen op de inzichten die volgen uit de bestudering van coördinatie vanuit het managementperspectief (hoofdstuk 8) en vanuit het juridisch perspectief (hoofdstuk 9). Het in hoofdstuk 9 gemaakte onderscheid tussen bilaterale en multilaterale overeenkomsten wordt ook in deze paragraaf aangehouden. Deze twee verschillende soorten overeenkomsten hebben betrekking op verschillende soorten rechtsverhoudingen en zullen daarom op andere wijze beoordeeld moeten worden. Voor de verschillende soorten bilaterale

1 Het betreft echter een algemeen kader aan de hand waarvan ook nieuwe sets van voorwaarden beoordeeld kunnen worden.

overeenkomsten, geldt dat die vanuit een juridisch perspectief gezien doorgaans vergelijkbaar zijn.²

Met het te formuleren beoordelingskader wordt beoogd een evenwichtig oordeel te kunnen geven van contractuele regelingen die relevant zijn voor de coördinatie van het bouwproces. De evenwichtigheid van het beoordelingskader bestaat erin, dat de beoordelingsmaatstaven niet alleen gericht zijn op effectieve coördinatie³, maar ook op efficiënte coördinatie.⁴

10.2.2 Beoordelingskader bilaterale overeenkomsten

Bilaterale overeenkomsten zijn overeenkomsten tussen twee partijen. Het gaat dan om de overeenkomst tussen enerzijds de opdrachtgever en anderzijds de aannemer, de adviseur of de geïntegreerde opdrachtnemer. Daarbij wordt er in deze paragraaf van uitgegaan dat de opdrachtgever aan een derde partij een coördinatieopdracht verstrekt. Het algemene beoordelingskader voor de bilaterale overeenkomsten heeft betrekking op de volgende aspecten:

- de taken en bevoegdheden van de coördinator⁵
- de keuze van de coördinator⁶
- de afstemming van bilaterale afspraken in het kader van raakvlakrisico's⁷
- de communicatie met betrekking tot coördinatie⁸
- de samenwerking op het gebied van coördinatie⁹
- de regeling van aansprakelijkheid van partijen voor schade als gevolg van coördinatieproblemen¹⁰

2 Zie bijv. hetgeen opgemerkt wordt in par. 9.4.3.1.1-9.4.3.1.3.

3 In par. 7.4 werd opgemerkt dat van effectieve coördinatie sprake is, wanneer met de coördinatie-activiteiten de aan die activiteiten verbonden doelstellingen worden bereikt.

4 Het begrip efficiënte coördinatie werd in par. 7.4 als volgt omschreven: het begrip *efficiënte coördinatie* heeft betrekking op de verhouding tussen de met coördinatie-activiteiten bereikte doelstellingen en de tijd en middelen die ermee gemoeid zijn om die doelstellingen te bereiken. Naarmate er minder tijd en middelen nodig zijn en/of de doelstellingen omvangrijker en belangrijker zijn is sprake van efficiënte coördinatie. Naarmate er meer tijd en middelen nodig zijn en/of de doelstellingen minder omvangrijk en belangrijk zijn, zullen de coördinatie-activiteiten als inefficiënter worden gekwalificeerd.

5 Par. 8.2.3.

6 Par. 8.2.4.

7 Par. 8.3.4.

8 Par. 8.5.

9 Par. 8.4.

10 Par. 9.4.3.1.2.

10.2.2.1 De taken en bevoegdheden van de coördinator

In paragraaf 8.2.3.2 is gebleken dat de coördinator verschillende soorten activiteiten dient te verrichten om tot een effectieve afstemming van onderling afhankelijke werkzaamheden te komen:

- leiding geven: teambuilding, nadenken over strategieën, het signaleren van mogelijke problemen;
- faciliteren: informatie verzamelen, analyseren en delen, het (her)plannen van activiteiten;
- controleren: het monitoren en beheersen van kwaliteit, tijdigheid, naleving van budgetten etc.
- communicatie: communicatie tussen alle betrokken partijen, zoals opdrachtgever, opdrachtnemers, overheid.
- registratie: het registreren van het proces, door middel van documenten, beschrijvingen, goedkeuringen, aanpassingen etc.

Dit zijn taken die door de coördinator moeten worden uitgevoerd. Over de uitvoering van deze taken sluiten de opdrachtgever en coördinator een overeenkomst¹¹ en er hoeft over de uitvoering van deze taken niet te worden gecontracteerd in de overeenkomst die wordt gesloten tussen de opdrachtgever en de opdrachtnemer.

Voor zover de coördinator echter voor de uitvoering van de bovengenoemde taken bevoegdheden nodig heeft in zijn niet-contractuele relatie met de betreffende opdrachtnemer, dient voor de bevoegdheden een grondslag te worden opgenomen in de bilaterale overeenkomst.

De bevoegdheden die de coördinator nodig kan hebben voor de uitvoering van de coördinatieopdracht zijn:

- een instructiebevoegdheid:
de coördinator moet leiding geven aan het coördinatieproces, zo werd hierboven in deze paragraaf al aangehaald. Dit betekent dat de coördinator partijen bijeen moet kunnen roepen voor overleg, partijen informatie moet kunnen laten verschaffen en indien de plannings van werkzaamheden van partijen niet op elkaar zijn afgestemd op dat gebied de knoop door moet kunnen hakken.
- een toezichtbevoegdheid:
de coördinator moet de naleving van zijn instructies kunnen beoordelen en meer in het algemeen het bouwproces kunnen volgen om te kunnen beoordelen of zijn instructies voldoende zijn om tot een effectieve en efficiënte afstemming te komen voor wat betreft in elkaar grijpende werkzaamheden.¹² Het toezicht

11 In deze paragraaf wordt er immers van uitgegaan dat de opdrachtgever aan een derde partij een coördinatieopdracht verstrekt, zie par. 10.2.2.

12 Van een ander uitgangspunt m.b.t. toezicht werd uitgegaan in AIBk 18 december 2000, nr. 1600-0497.

kan op verschillende niveaus worden uitgevoerd: op systeem-, proces- en productniveau.¹³ Van een combinatie van deze toezichtniveaus is, naar maatstaven van effectiviteit en efficiëntie, het beste resultaat te verwachten. De zal daarom niet alleen de bevoegdheid moeten hebben om op productniveau toezicht te houden, maar ook op systeem- en procesniveau.

10.2.2.2 De keuze van de coördinator

Door middel van een coördinatieopdracht krijgt een bij het bouwproces betrokken partij van de opdrachtgever de opdracht om als coördinator de coördinatie van het bouwproces te verzorgen. Bij de keuze van de coördinator zijn er drie relevante factoren die in de afweging kunnen worden betrokken¹⁴:

- de relevante kennis van een partij over projectspecifieke afstemmingsproblemen;
- de informatiepositie van een partij in een project;
- de competenties van een partij met betrekking tot het vervullen van een coördinerende rol.

Aangezien aan de coördinator bepaalde bevoegdheden worden toegekend in de bilaterale overeenkomst, zal de keuze voor de coördinator ook tot uitdrukking moeten komen in de bilaterale overeenkomst.

Het is bij het in algemene voorwaarden vastleggen van een keuze voor een bepaalde partij lastig om rekening te houden met projectspecifieke afstemmingsproblemen en met de competenties van specifieke partijen. Dit zijn immers variabele omstandigheden die kunnen wisselen per project. Het ligt daarom voor de hand om de informatiepositie van een partij in een project leidend te laten zijn voor de keuze die gemaakt is in algemene voorwaarden. Uit de in de algemene voorwaarden vastgelegde verantwoordelijkheden, overlegstructuren etc. volgt immers dat een partij die een bepaalde rol vervult ook een bepaalde informatiepositie zal hebben. Omdat ook projectspecifieke omstandigheden een rol kunnen spelen, zou een regeling van de keuze van een coördinator wel zodanig flexibel moeten zijn, dat met die projectspecifieke omstandigheden rekening kan worden gehouden.

10.2.2.3 De afstemming van bilaterale afspraken in het kader van raakvlakrisico's

De op basis van de bilaterale overeenkomst uit te voeren werkzaamheden bevat raakvakken met betrekking tot de op basis van andere bilaterale overeenkomsten uitgevoerde werkzaamheden. Wanneer raakvlakrisico's in kaart zijn gebracht, kunnen via de bilaterale overeenkomsten bepalingen worden opgenomen, waarin

13 Zie par. 8.3.5.3.

14 Par. 8.2.4.

de zelfstandige eisen kunnen worden geformuleerd waaraan iedere partij dient te voldoen met betrekking tot die raakvlakken.¹⁵

Deze eisen kunnen onder meer tot uitdrukking komen in de planning van de werkzaamheden van de opdrachtnemer. In het kader van de afstemming kan immers niet alleen van belang zijn wanneer de opdrachtnemer het geheel van werkzaamheden heeft afgerond, maar ook wanneer hij bepaalde deelwerkzaamheden uitvoert of heeft afgerond. Een andere nevenschiktelijke opdrachtnemer kan daarvan afhankelijk zijn, omdat de werkzaamheden bijvoorbeeld vanuit technisch oogpunt gelijktijdig of volgtijdelijk moeten worden uitgevoerd.

Indien de bilaterale overeenkomst de mogelijkheid bevat tot inhoudelijke wijzigingen of planningswijzigingen gedurende de looptijd van de overeenkomst, ontstaat daardoor een nieuw risico op raakvlakproblemen gedurende de looptijd van de overeenkomst. Deze risico's dienen onder ogen te worden gezien. Wijzigingen dienen daarom gevolgd te worden door een vernieuwing van afspraken over coördinatie.

10.2.2.4 Het bevorderen van effectieve en efficiënte communicatie met betrekking tot coördinatie

Voor het bevorderen van effectieve en efficiënte communicatie en informatie-uitwisseling zijn de volgende aspecten van belang.

De deelname van partijen in een overlegstructuur

Ook indien er slechts sprake is van bilaterale overeenkomsten kan van belang zijn dat de opdrachtnemer participeert in een multilateraal overleg waarin de voortgang van het bouwproces wordt besproken en bepaalde afspraken kunnen worden gemaakt.¹⁶ Het belang van een dergelijk multilateraal overleg is erin gelegen dat partijen die geen contractspartijen van elkaar zijn, maar wel feitelijk (nauw) met elkaar samenwerken, in overleg kunnen treden over onderwerpen die in het kader van de feitelijke samenwerking van belang zijn. Het is niet goed mogelijk om voor alle eventualiteiten die relevant zijn voor de feitelijke samenwerkingsrelatie tussen verschillende opdrachtnemers van tevoren een regeling te treffen. En indien overleg alleen langs bilaterale lijnen plaatsvindt, kost dat meer tijd en kan dat afbreuk doen aan de effectiviteit van de communicatie.

Voor een verplichting tot deelname aan het overleg zal een juridische grondslag moeten worden gecreëerd in de bilaterale overeenkomst. Voorts zal daarin een regeling moeten worden getroffen voor wat betreft de beslissingen die in over-

15 Zie par. 8.3.5.2.

16 Een bekende overleggroep is de bouwvergadering waarin doorgaans verschillende aannemers participeren, zie Chao-Duvis 2002, p. 365, waar de bouwvergadering wordt omschreven als een algemeen voorkomend fenomeen.

leg genomen worden. Welke status hebben die beslissingen, in hoeverre is de opdrachtnemer eraan gebonden en hoe worden ze vastgelegd?

Het formuleren van de informatiebehoefte van partijen

Een volgend belangrijk aspect is het formuleren van de verschillende informatiebehoefte van betrokken partijen: wanneer heeft elke partij behoefte aan welke informatie? Zowel de opdrachtnemer als de coördinator kan op bepaalde momenten tijdens het bouwproces behoefte hebben aan bepaalde informatie die vanuit het oogpunt van afstemming van belang is. Het is een van de taken van de coördinator om informatie te verzamelen, te analyseren en te delen met partijen die de informatie nodig hebben. Wanneer duidelijk is wat de informatiebehoefte is van de verschillende bij de coördinatie betrokken partijen, kunnen nadere afspraken worden gemaakt over de vraag wanneer welke informatie beschikbaar wordt gesteld, kan er op een gerichtere manier informatie worden gedeeld en ontstaat er meer ruimte voor impliciete coördinatie en interactieve communicatie.¹⁷

Samengevat is nodig dat a) de gecoördineerde partij verplicht wordt te beschrijven wanneer hij welke informatie nodig heeft en b) de coördinator verplicht wordt op het juiste moment de noodzakelijke informatie te verschaffen.

Het op gang brengen van communicatie over afstemmingsproblemen door waarschuwingen

Onder de noemer communicatie vallen ook de waarschuwingen die de aannemer aan de opdrachtgever kan geven. Er zijn verschillende soorten waarschuwingen mogelijk, zo bleek in par. 3.4.3.1.1. In de eerste plaats kan een opdrachtnemer op de hoogte raken van een bepaalde omstandigheid die ertoe leidt dat hij zijn eigen werkzaamheden niet op een goede manier uit kan voeren en een aanpassing in zijn werkzaamheden noodzakelijk is. In de tweede plaats kan een omstandigheid waar de opdrachtnemer van op de hoogte raakt er mogelijk toe leiden dat een andere opdrachtnemer zijn werk niet op een goede manier uit kan voeren, waardoor een aanpassing in de werkzaamheden van die andere opdrachtnemer noodzakelijk is. Beide soorten waarschuwingen zijn van belang, omdat ze de communicatie over afstemmingsproblemen op gang brengen en indien ze tijdig (zo snel mogelijk) worden gedaan ertoe kunnen leiden dat de minst bezwaarlijke oplossing wordt gevonden.¹⁸ Voor beide soorten waarschuwingen zou daarom vanuit het oogpunt van effectieve en efficiënte coördinatie een verplichting moeten gelden.

17 Zie over impliciete coördinatie eerder par. 8.2.2.2.2 en over interactieve communicatie eerder par. 8.5.2.2.

18 Vgl. de opmerkingen over de early warnings in par. 9.4.3.1.3.

10.2.2.5 Het bevorderen van effectieve en efficiënte samenwerking op het gebied van coördinatie

De bilaterale overeenkomst heeft alleen betrekking op de verhouding tussen opdrachtgever en opdrachtnemer. In deze overeenkomst kunnen dus geen verplichtingen opgenomen worden die opdrachtnemers jegens elkaar verplichtingen opleggen. Dit wil echter niet zeggen dat het onderwerp samenwerking tussen opdrachtnemers geheel buiten beschouwing dient te blijven nu er in feitelijke zin toch zal moeten worden samengewerkt, bijvoorbeeld op het logistieke vlak, tussen partijen die gelijktijdig op de bouwplaats actief zijn en partijen ook schade kunnen leiden als gevolg van elkaars handelen.¹⁹

De opdrachtgever kan over het niet hinderen van andere partijen en het gedogen van werkzaamheden van andere partijen bepalingen opnemen in de overeenkomst, die een verplichting jegens de opdrachtgever in het leven roepen. De opdrachtgever kan zich vervolgens op deze bepalingen beroepen indien hij geconfronteerd wordt met een situatie waarin de opdrachtnemer een andere opdrachtnemer hindert bij het uitvoeren van werkzaamheden.

10.2.2.6 De regeling van aansprakelijkheid van partijen voor schade als gevolg van coördinatieproblemen

Een aansprakelijkheidsregeling in de bilaterale overeenkomst kan betrekking hebben op de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer jegens de opdrachtgever en van de opdrachtgever jegens de opdrachtnemer.

Aansprakelijkheid van de opdrachtnemer jegens de opdrachtgever

De opdrachtnemer kan aansprakelijk zijn voor schade die ontstaat in het kader van de afstemming van werkzaamheden. Denkbaar is dat de opdrachtnemer als gevolg van aan hemzelf toe te rekenen omstandigheden een bepaalde termijn niet haalt, waardoor vertraging ontstaat. Een dergelijke vertraging kan tot gevolg hebben dat niet alleen de opdrachtgever zelf schade lijdt, maar ook dat hij verplicht is aan andere opdrachtnemers vertragingsschade te vergoeden. Als de opdrachtgever de verschillende schades kan verhalen op de opdrachtnemer, ontstaat bij de opdrachtnemer een prikkel de verplichtingen na te komen.

Aansprakelijkheid van de opdrachtgever jegens de opdrachtnemer

De opdrachtnemer kan de opdrachtgever aansprakelijk stellen, indien de opdrachtnemer schade lijdt die is ontstaan als gevolg van problemen met de coördinatie, waar de opdrachtgever in de relatie met de opdrachtnemer in beginsel verantwoordelijk voor is.²⁰ Voor deze schade is de opdrachtgever aansprakelijk, ervan

19 Gedacht kan worden aan het hinderen van elkaar. Zie par. 9.4.3.3.1

20 Zie par. 9.4.3.1.3.

uitgaande dat de opdrachtnemer zelf niet heeft bijgedragen aan het ontstaan van de schade, bijvoorbeeld door het niet voldoen aan de waarschuwingsplicht.

Conclusie

Indien de partij die de schade veroorzaakt aansprakelijk is voor de schade, ontstaat er een prikkel om de verplichtingen rond coördinatie zo goed mogelijk na te komen.

10.2.2.7 Conclusie: het toetsingskader voor bilaterale overeenkomsten

Een samenvatting van de vorige subparagrafen leidt tot het volgende toetsingskader voor bilaterale overeenkomsten tussen de opdrachtgever enerzijds en de aannemer, adviseur of geïntegreerde opdrachtnemer anderzijds:

1. Goede coördinatie vereist dat de coördinator bevoegd is participanten in het bouwproces te instrueren en op verschillende niveaus toezicht te houden op de naleving van zijn instructies.
2. Goede coördinatie vereist dat de daartoe meest geschikte partij de functie van coördinator vervult.
3. Goede coördinatie vereist dat in de bilaterale overeenkomst de afspraken met betrekking tot planning en techniek worden gemaakt (en aangepast) die noodzakelijk zijn voor de multilaterale afstemming.
4. Goede coördinatie vereist de deelname van participanten in het bouwproces aan een overlegstructuur.
5. Goede coördinatie vereist dat partijen hun informatiebehoefte kenbaar maken aan elkaar.
6. Goede coördinatie vereist een plicht tot waarschuwen voor omstandigheden die een succesvolle afstemming van werkzaamheden in gevaar kunnen brengen.
7. Goede coördinatie vereist dat partijen elkaar niet onnodig hinderen bij het uitvoeren van werkzaamheden.
8. Goede coördinatie vereist een aansprakelijkheidsregeling waardoor beide partijen geprikkeld worden om hun verplichten ter zake van de coördinatie na te komen.

10.2.3 Beoordelingskader multilaterale coördinatieovereenkomst

Het beoordelingskader voor de multilaterale coördinatieovereenkomst heeft betrekking op de volgende aspecten:

- de taken en bevoegdheden van de coördinator;
- de keuze van de coördinator;
- multilaterale afspraken in het kader van raakvlakrisico's;
- communicatie met betrekking tot coördinatie;
- samenwerking op het gebied van coördinatie;

- een regeling van aansprakelijkheid van partijen voor schade als gevolg van coördinatieproblemen;
- een regeling voor uittreding en toetreding tot de overeenkomst.

10.2.3.1 De taken en bevoegdheden van de coördinator

In paragraaf 8.2.3 bleek dat de coördinator verschillende soorten activiteiten dient te verrichten om tot een goede afstemming van onderling afhankelijke werkzaamheden te komen:

- leiding geven: teambuilding, nadenken over strategieën, het signaleren van mogelijke problemen;
- faciliteren: informatie verzamelen, analyseren en delen, het (her)plannen van activiteiten;
- controleren: het monitoren en beheersen van kwaliteit, tijdigheid, naleving van budgetten etc.
- communicatie: communicatie tussen alle betrokken partijen, zoals opdrachtgever, opdrachtnemers, overheid.
- registratie: het registreren van het proces, door middel van documenten, beschrijvingen, goedkeuringen, aanpassingen etc.

In de coördinatieovereenkomst dienen de verschillende deeltaken van de coördinator allemaal terug te komen. Een tweede belangrijk aspect dat in de overeenkomst terug zal moeten komen, is dat de coördinator ook bepaalde bevoegdheden heeft die nodig zijn om deze taken goed te kunnen vervullen, zoals de bevoegdheid om (tot op bepaalde hoogte) instructies te geven en de bevoegdheid om toezicht te houden. Met betrekking tot de toezichtbevoegdheid is van belang dat het toezicht effectiever en efficiënter kan plaatsvinden, als de coördinator de bevoegdheid heeft om op verschillende niveaus (systeem, proces en product) toezicht te houden. Een dergelijke bevoegdheid zal gecreëerd moeten worden in de multilaterale overeenkomst die de rechtsverhouding tussen de coördinator en de gecoördineerde partijen beheerst.

10.2.3.2 De keuze van de coördinator

Door middel van een coördinatieopdracht krijgt een bij het bouwproces betrokken partij van de opdrachtgever de opdracht om als coördinator de coördinatie van het bouwproces te verzorgen. Bij de keuze van de coördinator zijn er drie relevante factoren die in de afweging kunnen worden betrokken:

- de relevante kennis van een partij over projectspecifieke afstemmingsproblemen;
- de informatiepositie van een partij in een project;
- de competenties van een partij met betrekking tot het vervullen van een coördinerende rol.

In de coördinatieovereenkomst zal een van de contractspartijen als coördinator aangewezen dienen te worden.

Het is bij het in algemene voorwaarden vastleggen van een keuze voor een bepaalde partij lastig om rekening te houden met projectspecifieke afstemmingsproblemen en met de competenties van specifieke partijen. Dit zijn immers variabele omstandigheden die kunnen wisselen per project. Het ligt daarom voor de hand om de informatiepositie van een partij in een project leidend te laten zijn voor de keuze die gemaakt is in algemene voorwaarden. Uit de in de algemene voorwaarden vastgelegde verantwoordelijkheden, overlegstructuren etc. volgt immers dat een partij die een bepaalde rol vervult ook een bepaalde informatiepositie zal hebben. Omdat ook projectspecifieke omstandigheden een rol kunnen spelen, zou een regeling van de keuze van een coördinator wel zodanig flexibel moeten zijn, dat met die projectspecifieke omstandigheden rekening kan worden gehouden.

10.2.3.3 Multilaterale afspraken in het kader van raakvlakrisico's

In het kader van een multilaterale samenwerking kunnen partijen gezamenlijk in overleg treden over de mogelijke risico's. Een gezamenlijk overleg stelt partijen beter in staat tot het identificeren van raakvlakrisico's en partijen kunnen gebruik maken van elkaars kennis en vaardigheden om tot oplossingen te komen in het kader van de beheersing van de raakvlakrisico's. Door middel van een dergelijk overleg waarin partijen hun inbreng kunnen leveren, kunnen concrete afspraken met de coördinator worden gemaakt met betrekking tot planning en logistiek. Doordat alle partijen hun inbreng kunnen leveren aan de multilaterale afspraken ontstaat de mogelijkheid om deze afspraken zo effectief en efficiënt mogelijk te maken.

10.2.3.4 Communicatie met betrekking tot coördinatie

Voor het bevorderen van effectieve en efficiënte communicatie en informatie-uitwisseling zijn de volgende aspecten van belang:

Een structuur voor overleg met betrekking tot coördinatie

Om te komen tot een effectieve en efficiënte communicatie over coördinatie kunnen partijen een overlegstructuur ontwerpen.²¹ Binnen die structuur kunnen verschillende werkgroepen of overleggroepen worden aangewezen, die bovendien een hiërarchische ordening ten opzichte van elkaar krijgen.²² Een dergelijke overlegstructuur dient een tweeledig doel.²³ Allereerst stelt het partijen in staat om via een vaste structuur te communiceren over coördinatieproblemen. De overlegstructuur kan ervoor zorgen dat partijen dit op een efficiënte manier kunnen

21 Zie hierover eerder par. 8.4.5.4 en 9.2.9.

22 Van Wassenaer 2006, p. 59.

23 Ibid.

doen en kan voorts de risico's op miscommunicatie beperken. Ten tweede kan een dergelijke overlegstructuur een escalatiemodel bieden, waardoor conflicten die in een bepaald overleg niet kunnen worden opgelost, onderwerp van overleg in een 'hogere overleggroep' kunnen worden gemaakt.²⁴

Een overlegstructuur dient voldoende flexibel te zijn om in geval van onvoorspelbare situaties in overleg te treden en naar oplossingen te zoeken voor coördinatieproblemen.²⁵

Partijen kunnen op verschillende manieren contractueel gebonden worden aan een dergelijke overlegstructuur. Door een overlegstructuur op te nemen in het contract of door in een contractuele bepaling te verwijzen naar een buiten het contract gehouden beschrijving van de overlegstructuur.

De wijze van communiceren

In paragraaf 8.5.2-8.5.4 bleek dat de wijze van communiceren en de daarover te maken afspraken van belang kunnen zijn om tot een effectieve communicatie over afstemmingsproblemen te komen. Deze afspraken kunnen op verschillende onderwerpen betrekking hebben:

- Op welke wijze wordt gecommuniceerd? Wanneer er discussie nodig is om tot een consensus te komen, bijvoorbeeld in het kader van gezamenlijke risico-beheersing wanneer het van belang kan zijn ervaringen te delen en over vaardigheden te spreken, dan ligt het voor de hand dat partijen bij elkaar komen en op synchrone wijze communiceren, door bijvoorbeeld bij elkaar te komen voor overleg. Op andere momenten, wanneer het bijvoorbeeld gaat om het up-to-date brengen van bepaalde eerder verstrekte informatie, kan asynchrone communicatie, bijvoorbeeld via e-mail, volstaan en effectiever zijn.
- Welke communicatiemiddelen worden gebruikt? Partijen kunnen via digitale middelen communiceren maar ook face-to-face of telefonisch communiceren. Procesafspraken hierover kunnen effectieve communicatie bevorderen.
- Voorts is van belang dat voor partijen duidelijk is welke status bepaalde informatie heeft.

Ook voor de wijze van communiceren geldt dat het onderwerp te gedetailleerd kan zijn om de afspraken geheel vast te leggen in de overeenkomst. De betreffende afspraken kunnen dan buiten de overeenkomst worden vastgelegd.²⁶

24 Zie over dit opschalen eerder par. 8.4.5.3.

25 Vgl. par. 8.2.2.2.1.

26 Zoals voor BIM in de praktijk al gebeurt in het BIM-protocol, zie par. 8.5.6.

Het formuleren van de informatiebehoefte van verschillende partijen

Een volgend belangrijk aspect is het formuleren van de verschillende informatiebehoefte van betrokken partijen: Wanneer heeft elke partij behoefte aan welke informatie? Wanneer deze behoeften duidelijk zijn, kunnen nadere afspraken worden gemaakt over de vraag wanneer welke informatie beschikbaar wordt gesteld en kan er op een gerichtere manier informatie worden gedeeld. Dit vergroot de kans op tijdige beschikbaarheid van informatie, impliciete coördinatieprocessen en interactieve communicatie. Partijen zullen elkaar dus moeten informeren over hun informatiebehoefte.

Het op gang brengen van communicatie over afstemmingsproblemen door waarschuwingen

Er zijn verschillende soorten waarschuwingen mogelijk zo bleek in paragraaf 9.4.3.1.1. In de eerste plaats kan een opdrachtnemer op de hoogte raken van een bepaalde omstandigheid die ertoe leidt dat hij zijn eigen werkzaamheden niet op een goede manier uit kan voeren en een aanpassing in zijn werkzaamheden dient door te voeren. In de tweede plaats kan een omstandigheid waar de opdrachtnemer van op de hoogte raakt er mogelijk toe leiden dat een andere opdrachtnemer zijn werk niet op een goede manier uit kan voeren en een aanpassing in zijn werkzaamheden dient door te voeren. Beide soorten waarschuwingen zijn van belang, omdat ze de communicatie over coördinatieproblemen op gang brengen en indien ze tijdig (zo snel mogelijk) worden gedaan ertoe kunnen leiden dat de minst bezwaarlijke oplossing wordt gevonden.²⁷ Kort gezegd zou de opdrachtnemer ten aanzien van alle omstandigheden die een goede afstemming in gevaar kunnen brengen een waarschuwing moeten doen aan de coördinator.

Het centraal beschikbaar maken van up to date informatie

Het gebruik van digitale hulpmiddelen maakt het mogelijk om informatie centraal beschikbaar te stellen. De partij die bepaalde informatie nodig heeft, is dan minder afhankelijk van de verzending van die informatie door een andere partij aan hem, maar kan ook zelf informatie terugzoeken, indien die informatie tijdig centraal beschikbaar is gesteld. In dit kader is nodig dat in multilateraal verband afspraken worden gemaakt over het gebruik van het centrale digitale informatiepunt.²⁸

10.2.3.5 Samenwerking op het gebied van coördinatie

Een eerste belangrijk element van samenwerking is een evenwichtige verdeling van de risico's die als gevolg van de samenwerking ontstaan.²⁹ Aan een evenwichtige verdeling van de coördinatie-risico's gaat vooraf dat de aanwezige risico's ge-

27 Vgl. de opmerkingen over de early warning procedure in par. 9.4.3.1.3.

28 Vgl. de afspraken die in een BIM-protocol worden gemaakt, zie par. 8.5.6.

29 Zie hierover eerder par. 8.4.3.2.

identificeerd worden. Nu de risico's van coördinatie zich vooral op de raakvlakken van de werkzaamheden van verschillende partijen bevinden, ligt het voor de hand het identificeren van risico's in gezamenlijkheid te doen.

Voor een evenwichtige risicoverdeling wordt in de bouwrechtelijke literatuur veelal verwezen naar de Abrahamson-beginselen.³⁰ Het belangrijkste beginsel is dat een risico wordt 'toebedeeld' aan degene die het risico het beste kan beheersen.

Een ander belangrijk element van samenwerking, dat naar voren kwam in paragraaf 8.4.3.1, zijn de procesafspraken met betrekking tot cultuur.³¹ Hieronder wordt verstaan procesafspraken die de onderlinge verhoudingen op een positieve manier kunnen beïnvloeden. Gedacht kan worden aan de wijze van leidinggeven, de wijze van communiceren, het bevorderen van een sfeer van goede samenwerking en het tegengaan van groepsvorming binnen een projectorganisatie. In paragraaf 8.4.4.1 werden in dit verband onder meer genoemd de aanwezigheid van vaardigheden op zowel technisch als sociaal vlak, teambuilding, sociale evenementen en regelmatige evaluatie van het procesverloop. Dergelijke procesafspraken laten zich niet eenvoudig vastleggen in een overeenkomst. Wel is denkbaar dat partijen in een overeenkomst bepalen dat hierover apart procesafspraken worden gemaakt.

Voor effectieve en efficiënte conflictbeheersing is van belang dat (potentiële) conflicten vroegtijdig gesignaleerd worden. Dit betekent dat de overeenkomst moet voorschrijven dat (potentiële) conflicten tussen opdrachtnemers onderling zo snel mogelijk gemeld dienen te worden aan de coördinator. Op die manier kan een niet direct bij het conflict betrokken partij, de coördinator, sturing geven aan het proces van conflictbeheersing, in die zin dat er in ieder geval voor kan worden gewaakt dat het conflict de coördinatie negatief zal beïnvloeden. Een tweede belangrijk aspect is de omgang met en de communicatie over conflicten. Indien partijen hier

30 Abrahamson 1984. Zie hierover bijv. Van Wassenae & Thomas 2008, par. 6.7.6, Chao-Duivis 2013, par. 6.7.

Volgens deze beginselen moet een partij het risico dragen wanneer:

- die situatie onder zijn controle is, c.q. dat het het gevolg is van zijn opzettelijk falen, of gebrek aan efficiency; of
- hij de gevolgen van die situatie kan overdragen, bijvoorbeeld door deze te verzekeren tegen betaling van de premie door de andere partij, terwijl het economisch gezien het meest praktisch is om dit risico aldus te verdelen; of
- de eventuele voordelen verbonden aan het lopen van dat risico aan hem toevallen; of
- het het meest efficiënt is om de gevolgen van die situatie aan hem over te dragen (bijvoorbeeld in verband met planning, bepaalde 'incentives', of innovatie), mede gelet op precedentwerking daarvan; of
- het het meest waarschijnlijk is dat de schadelijke gevolgen in de eerste plaats aan zijn zijde zullen optreden als de situatie zich voordoet en het niet praktisch is of gewoon geen goede reden om – gelet op de eerste vier beginselen – kosten en onzekerheid te laten oplopen door het risico anders te verdelen.

31 Hieraan werd ook al gerefereerd in par. 8.2.2.3.2.

van tevoren procesafspraken over maken, is de kans kleiner dat het gebruik van bepaalde terminologie of het ondernemen van bepaalde stappen op zichzelf een reden vormen voor escalatie.

Een laatste element dat van belang is in het kader van samenwerking is dat geschilbeslechting erop gericht is om in onderling overleg en zo snel mogelijk tot een oplossing te komen inzake de geschillen. Voor het geval partijen er niet uitkomen in het van belang dat er opgeschaald kan worden naar andere vormen van tussenpartijdige geschilbeslechting en ten slotte bovenpartijdige geschilbeslechting. In de overeenkomst zal voorzien moeten worden in een getrapte vorm van geschilbeslechting.

10.2.3.6 Aansprakelijkheid van partijen voor schade als gevolg van coördinatieproblemen

De aansprakelijkheidsregeling in de multilaterale coördinatieovereenkomst kan betrekking hebben op verschillende verhoudingen. Hieronder wordt ingegaan op de aansprakelijkheid van het collectief van opdrachtnemers jegens de opdrachtgever, de aansprakelijkheid van de coördinator jegens de opdrachtgever, de aansprakelijkheid van opdrachtnemers onderling en de aansprakelijkheid van de opdrachtgever jegens de opdrachtnemers.

Aansprakelijkheid van het collectief van opdrachtnemers jegens de opdrachtgever

In paragraaf 9.4.3.2.2 kwam aan de orde dat er twee verschillende modellen coördinatie-overeenkomsten bestaan: een model met en een model zonder participatie van de opdrachtgever. Indien het tweede model wordt gekozen dan is het mogelijk dat de opdrachtgever de opdrachtnemers gezamenlijk aan kan spreken voor schade als gevolg van gebrekkige coördinatie. Een dergelijke vorm van aansprakelijkheid kan een sterke prikkel geven tot samenwerking tussen de verschillende opdrachtnemers, omdat hun belangen hiermee meer op één lijn komen te liggen.³²

Of bij een dergelijke aansprakelijkheidsregeling ook sprake is van efficiënte coördinatie vanuit het perspectief van de opdrachtgever is echter de vraag, omdat opdrachtnemers voor de met de regeling samenhangende risico's een voorziening willen treffen in de prijzen die zij hanteren in hun overeenkomst met de opdrachtgever.³³

32 Ze liggen niet geheel op één lijn, omdat opdrachtnemers onderling de schade kunnen verhalen op de partij die de betreffende schade heeft veroorzaakt.

33 Asser/Van den Berg 7-VI 2017, nr. 232. De opdrachtnemer is wellicht niet eens bekend met de andere opdrachtnemers waar hij mee samen moet werken, hetgeen een inschatting van de te bepalen risico's kan bemoeilijken.

Vanuit een oogpunt van effectieve en efficiënte coördinatie is hier geen duidelijke voorkeur aan te geven voor het ene of andere model. Het is een keuze die het beste projectspecifiek aan de hand van de voorkeuren van de betreffende coördinator kan worden gemaakt.

Aansprakelijkheid van de opdrachtnemers onderling

Aansprakelijkheid vormt een prikkel tot nakoming van een overeenkomst. Nu de multilaterale overeenkomst verplichtingen bevat voor opdrachtnemers, bijv. op het gebied van communicatie, die als ze niet nagekomen worden andere opdrachtnemers kunnen schaden, kunnen partijen elkaar in geval van schade in beginsel aansprakelijk stellen. Zou ervoor worden gekozen in een multilaterale overeenkomst de aansprakelijkheid van opdrachtnemers onderling uit te sluiten, dan is de opdrachtnemer gedwongen de opdrachtgever aansprakelijk te stellen en die vervolgens weer een andere opdrachtnemer. Partijen worden dan aansprakelijk gesteld via de lijnen van de bilaterale overeenkomst, terwijl er sprake is van een tekortkoming in de multilaterale overeenkomst. Het is maar de vraag of de bilaterale overeenkomsten voldoende grondslag bieden voor aansprakelijkheid en of de opdrachtgever erin zal slagen om de claim succesvol door te leggen.³⁴

Er is nog een argument dat aangevoerd kan worden tegen uitsluiting van aansprakelijkheid van opdrachtnemers onderling. Geschilbeslechting kan het beste zo snel mogelijk plaatsvinden via een methode gericht op onderlinge overeenstemming. Geschilbeslechting op deze wijze wordt bemoeilijkt indien de aansprakelijkheid via een andere partij verloopt, hetgeen vertraging tot gevolg kan hebben voor de beslechting van het geschil en voorts de prikkel weg kan nemen om samen in gesprek te gaan over de ontstane schade en een daarvoor te treffen regeling.

Aansprakelijkheid van de coördinator jegens de opdrachtgever

Indien er als gevolg van afstemmingsproblemen schade ontstaat bij de opdrachtgever kan de aansprakelijkheid van de coördinator jegens de opdrachtgever in beeld komen. In dit kader is van belang dat de coördinator niet jegens de opdrachtgever kan instaan voor de tijdige oplevering van het bouwwerk zonder gebreken. Daarvoor is immers ook vereist dat de opdrachtnemers geen fouten maken in hun werkzaamheden en dat heeft de coördinator niet (geheel) in de hand.³⁵ Dit betekent echter niet dat de coördinator niet aansprakelijk kan zijn voor schade die als gevolg van de niet-nakoming van de overeenkomst ontstaat. Coördinatie is een begrip dat een geheel van deelhandelingen beschrijft. Indien de coördinator die deelhandelingen niet of op een niet behoorlijke wijze verricht en daarmee in strijd met de overeenkomst handelt en schade veroorzaakt bij de opdrachtgever, is hij

34 Het betreft immers verplichtingen in de multilaterale overeenkomst. Ik ga er hier van uit dat deze verplichtingen niet herhaald zijn in de bilaterale overeenkomst. Zie ook de opmerkingen in Ganado 2014, p. 63-64.

35 Zie eerder par. 9.4.3.1.1-9.4.3.1.2.

in beginsel aansprakelijk voor de schade. Een dergelijke aansprakelijkheidsregeling kan de coördinator prikkelen om de verschillende deelhandelingen goed uit te voeren.

Aansprakelijkheid van de opdrachtgever jegens de opdrachtnemers

Tot slot is denkbaar dat een opdrachtnemer de opdrachtgever aansprakelijk stelt. Voor zover het aansprakelijkheid op grond van het niet-nakomen van de multilaterale overeenkomst betreft, geldt hetzelfde als voor opdrachtnemers onderling. Als partijen elkaar voor tekortkoming aansprakelijk kunnen stellen, geeft dat een prikkel tot nakoming. Aansprakelijkheid van de opdrachtgever is echter ook denkbaar voor schade veroorzaakt door een andere opdrachtnemer, die in de bilaterale verhouding tussen opdrachtnemer en opdrachtgever in de risicosfeer van de laatste valt. In beginsel verdient het de voorkeur dat partijen elkaar direct aanspreken. Dat zou bereikt kunnen worden door een bepaling waarin partijen afstand doen van de mogelijkheid om de opdrachtgever aansprakelijk te stellen. Aan het uitsluiten van deze aansprakelijkheid kleven echter ook nadelen, omdat de opdrachtnemer dan mogelijk met de schade blijft zitten, indien een andere door de opdrachtgever geselecteerde opdrachtnemer insolvent blijkt te zijn.

Conclusie

Een aansprakelijkheidsregeling zou de onderlinge aansprakelijkheid van opdrachtnemers niet uit moeten sluiten. De aansprakelijkheidsregeling van de coördinator dient niet uit te gaan van slechts inspanningsverbintenissen aan de kant van de coördinator.

10.2.3.7 Een regeling van uittreding en toetreding tot de overeenkomst

Nu de bilaterale overeenkomsten tussen opdrachtgever en opdrachtnemer op verschillende wijzen kunnen worden beëindigd³⁶, kan zich de situatie voordoen dat een partij bij de multilaterale overeenkomst geen bilaterale overeenkomst met de opdrachtgever meer heeft. In een dergelijk geval zal deze partij moeten uittreden uit de multilaterale overeenkomst.

Een dergelijke uittreding kan ook tot de noodzakelijke toetreding van een andere partij leiden. In dat kader is van belang in hoeverre de toetredende partij gebonden is aan afspraken die voor zijn toetreding zijn gemaakt. Nu er al werkzaamheden aan de gang kunnen zijn die op basis van die afspraken op een bepaalde manier en volgens een bepaalde planning worden uitgevoerd, ligt het voor de hand dat de afspraken die voor toetreding zijn gemaakt in beginsel in stand blijven. Het is dan van groot belang dat de toetredende partij volledig wordt geïnformeerd. De aangewezen partij om hiervoor zorg te dragen is de coördinator, nu de coördinator

36 Par. 9.4.3.1.4.

een centrale rol vervult, over de meeste informatie zal beschikken en onder meer verantwoordelijk is voor het registreren van het afstemmingsproces.

10.2.3.8 Conclusie: het toetsingskader voor multilaterale overeenkomsten

Een samenvatting van de vorige subparagrafen leidt tot het volgende toetsingskader voor multilaterale overeenkomsten tussen de opdrachtgever enerzijds en de aannemer, adviseur of geïntegreerde opdrachtnemer anderzijds:

1. Goede coördinatie vereist dat de coördinator bevoegd is participanten in het bouwproces te instrueren en op verschillende niveaus toezicht te houden op de naleving van zijn instructies.
2. Goede coördinatie vereist dat de daartoe meest geschikte partij de functie van coördinator vervult.
3. Goede coördinatie vereist dat in multilateraal verband overleg plaatsvindt dat resulteert in concrete onderlinge afspraken over de afstemming.
4. Goede coördinatie vereist de deelname van participanten in het bouwproces aan een overlegstructuur.
5. Goede coördinatie vereist dat partijen hun informatiebehoefte kenbaar maken aan elkaar.
6. Goede coördinatie vereist een plicht tot waarschuwen voor omstandigheden, waaronder (potentiële) conflicten, die een succesvolle afstemming van werkzaamheden in gevaar kunnen brengen.
7. Goede coördinatie vereist dat werkafspraken worden gemaakt over (digitale) informatie-uitwisseling.
8. Goede coördinatie vereist dat partijen elkaar niet onnodig hinderen bij het uitvoeren van werkzaamheden.
9. Goede coördinatie vereist een getrapte vorm van geschilbeslechting.
10. Goede coördinatie gaat niet uit van slechts inspanningsverplichtingen aan de zijde van de coördinator.
11. Goede coördinatie vereist een aansprakelijkheidsregeling die de onderlinge aansprakelijkheid van opdrachtnemers voor het niet nakomen van de multilaterale overeenkomst niet uitsluit.
12. Goede coördinatie vereist een regeling voor het uit- en toetreden tot de multilaterale overeenkomst.

10.3 DE AANNEMINGSOVEREENKOMST (UAV 2012)

In de navolgende subparagrafen worden aan de hand van de in par. 10.2.2.7 geformuleerde toetsingscriteria de relevante bepalingen in de UAV 2012 beoordeeld.

10.3.1 Instructie- en toezichtbevoegdheid coördinator

Het toetsingscriterium luidt als volgt:

Goede coördinatie vereist dat de coördinator bevoegd is participanten in het bouwproces te instrueren en op verschillende niveaus toezicht te houden op de naleving van zijn instructies.

De UAV 2012 gaan ervan uit dat de coördinatie van in elkaar grijpende werken geschiedt door de directie, tenzij het bestek anders bepaalt.³⁷ Voor het geval het bestek niet anders bepaalt, dient dus te worden beoordeeld of de directie een instructiebevoegdheid en een toezichtsbevoegdheid heeft.

In par. 6 lid 2 is een instructiebevoegdheid van de directie opgenomen:

§6 Verplichtingen van de aannemer

2. De aannemer is verplicht het werk uit te voeren volgens de door de directie te verstrekken en de door haar goed te keuren tekeningen. Hij is verplicht de orders en aanwijzingen op te volgen, die hem door de directie worden gegeven.

Indien de instructies van de directie door de aannemer niet worden opgevolgd, is dat een voor rekening en risico van de aannemer komende omstandigheid.³⁸ Deze instructiebevoegdheid is met name in het leven geroepen om orders en aanwijzingen in het kader van veiligheid van mensen en het voorkomen van beschadigingen aan het werk.³⁹

De directie heeft ook een toezichtbevoegdheid

§3 Directie

6. De directie oefent het toezicht uit op de uitvoering van het werk en op de naleving van de overeenkomst.

Deze toezichtbevoegdheid heeft betrekking op de uitvoering van het werk en op de naleving van de overeenkomst. Dit betekent dat de directie in beginsel alleen de bevoegdheid heeft om op productniveau ('de uitvoering van het werk') toezicht te houden. Op basis van deze bepaling kan dat pas anders liggen, wanneer in de overeenkomst expliciet systeem- en proceseisen zijn opgenomen.

37 Zie hierna par. 10.3.2.

38 RvA 10 april 2001, nr. 22.940, r.o. 13.

39 RvA 31 maart 2010, nr. 30.304, r.o. 32.

10.3.2 Welke partij vervult de functie van coördinator?

Het toetsingscriterium luidt als volgt:

Goede coördinatie vereist dat de daartoe meest geschikte partij de functie van coördinator vervult.

De relevante bepaling in dit verband is:

§31 Verband met andere werken

2. Tenzij in het bestek anders is bepaald, geschiedt de coördinatie van in elkander grijpende werken door de directie.

Commentaar

In paragraaf 8.2.4 werd er al op gewezen dat het voor de hand ligt om de informatiepositie van een partij in een project leidend te laten zijn voor de keuze die gemaakt is in algemene voorwaarden. Uit de in de algemene voorwaarden vastgelegde verantwoordelijkheden, overlegstructuren etc. volgt immers dat een partij die een bepaalde rol vervult ook een bepaalde informatiepositie zal hebben. De directie is de partij die in de UAV 2012 de meest centrale positie inneemt en gelet op de verschillende informatieverplichtingen van de aannemer richting de directie⁴⁰ een goede informatiepositie heeft. In die zin kan ingestemd worden met de keuze om in beginsel de directie de functie van coördinator te laten vervullen. Omdat ook projectspecifieke omstandigheden een rol kunnen spelen en bepaalde specifieke competenties benodigd kunnen zijn, moet een regeling van de keuze van een coördinator wel zodanig flexibel zijn, dat met die projectspecifieke omstandigheden rekening kan worden gehouden. De regeling van de UAV 2012 is inderdaad flexibel, omdat die ruimte laat om in het bestek een andere partij als coördinator aan te wijzen.

10.3.3 Bilaterale afspraken van belang voor de afstemming

Het toetsingscriterium luidt als volgt:

Goede coördinatie vereist dat in de bilaterale overeenkomst de afspraken met betrekking tot planning en techniek worden gemaakt (en aangepast) die noodzakelijk zijn voor de multilaterale afstemming.

De planning van werkzaamheden wordt in de UAV 2012 geregeld in par. 26:

§ 26. Algemeen tijdschema, werkplan

1. De aannemer stelt zo spoedig mogelijk een op de aard van het werk afgestemd algemeen tijdschema op.

40 Zie bijv. de waarschuwingsplichten in par. 2 lid 5 en par. 6 lid 14 UAV 2012.

In dit algemene tijdschema wordt duidelijk aangegeven op welke wijze, in welke volgorde, met welk materieel en met welke hulpmiddelen de aannemer voornemens is het werk en zijn onderdelen uit te voeren alsmede welke tijdsduur hij voor elk onderdeel nodig acht.

Tevens wordt daarin aangegeven op welke tijdstippen de aannemer ten behoeve van de voortgang van het werk en de volgorde van de onderdelen ervan zal dienen te beschikken over datgene waarvoor de opdrachtgever of de directie volgens de overeenkomst dient te zorgen. Het algemene tijdschema dient te voldoen aan de eisen, die ten aanzien van de uitvoering van het werk in de overeenkomst zijn gesteld, en wordt door de aannemer van een behoorlijke toelichting voorzien.

2. De aannemer legt het algemene tijdschema, gedateerd en ondertekend, in tweevoud aan de directie ter goedkeuring over, uiterlijk op de vijftiende werkdag na de dag waarop hem het werk is opgedragen onderscheidenlijk de directie om een algemeen tijdschema heeft verzocht.

3. De directie beslist zo spoedig mogelijk omtrent de goedkeuring van het algemene tijdschema en deelt haar beslissing, in elk geval uiterlijk op de tiende werkdag, nadat zij het heeft ontvangen, schriftelijk aan de aannemer mede. De goedkeuring wordt slechts aan het algemene tijdschema onthouden, indien uit de inhoud daarvan blijkt, dat niet aan de uit de overeenkomst voortvloeiende eisen wordt voldaan.

4. Ingeval van goedkeuring worden de beide exemplaren van het algemene tijdschema ook door de directie gedateerd en ondertekend, waarna een van de exemplaren aan de aannemer wordt toegezonden. In geval het algemene tijdschema niet wordt goedgekeurd, wordt de aannemer met de redenen hiervan schriftelijk in kennis gesteld. De aannemer legt in dat geval zo spoedig mogelijk, doch binnen tien werkdagen, een nieuw algemeen tijdschema, waarbij met de bezwaren van de directie rekening is gehouden, ter goedkeuring aan de directie over. Ten aanzien van de beslissing op het nieuwe algemene tijdschema is het derde lid van overeenkomstige toepassing.

5. Het algemene tijdschema geldt als een leidraad voor de aannemer en verzaamt de voor hem uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen niet. De goedkeuring door de directie van het algemene tijdschema en daarin onder haar goedkeuring aangebrachte wijzigingen ontheffen de aannemer niet van zijn verplichtingen om het werk naar de uit de overeenkomst voortvloeiende eisen uit te voeren en tijdig te voltooien.

6. Indien van de aannemer wordt verlangd, dat hij in plaats van of naast het in deze paragraaf bedoelde algemene tijdschema een gedetailleerd werkplan aan de directie overlegt, wordt zulks, onder vermelding van de aan dit werkplan te stellen eisen, in de overeenkomst vermeld. Voor zover de overeenkomst niet anders vermeldt, is het bepaalde in het eerste tot en met het vijfde lid alsdan van overeenkomstige toepassing.

7. Wijzigingen door de directie in het goedgekeurde algemene tijdschema of gedetailleerde werkplan aangebracht geven de aannemer aanspraak op bijbetaling, indien van hem meer wordt verlangd dan redelijkerwijs van hem kan worden gevegd.

Commentaar

In beginsel biedt de regeling voldoende mogelijkheden tot afstemming wat betreft tijdsaspecten. Vanuit het oogpunt van coördinatie kan de vraag gesteld worden of een tijdschema niet beter kan worden opgesteld door de coördinator. Uit lid 7

blijkt echter dat de directie wijzigingen kan aanbrengen in het tijdschema. Indien daartoe vanuit het oogpunt van coördinatie aanleiding voor is, kan de directie hier toe overgaan.

In het kader van de coördinatie kan problematisch zijn dat zowel het tijdschema als het gedetailleerd werkplan de aannemer in beginsel niet bindt. Het schema en plan gelden slechts als een leidraad en verzwaren de uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen niet.

Voor de afstemming van de werkzaamheden met werkzaamheden van andere partijen kan echter wel noodzakelijk zijn dat het tijdschema of het werkplan nauwkeurig gevolgd wordt. In een dergelijk geval zal het noodzakelijk zijn om in afwijking van de UAV 2012 overeen te komen dat het tijdschema en/of het gedetailleerde werkplan wel bindend is.⁴¹

Met betrekking tot het hier aan de orde zijnde toetsingscriterium voldoet de regeling in de UAV 2012 niet. De opdrachtgever doet er daarom verstandig aan af te wijken van de UAV 2012 om tot een bindende planning te komen, met bijvoorbeeld mijlpaaldata waarop bepaalde onderdelen van het werk moeten zijn afgerond.

10.3.4 Deelname van partijen aan een overlegstructuur

Het toetsingscriterium luidt als volgt:

Goede coördinatie vereist de deelname van participanten in het bouwproces aan een overlegstructuur.

Een overleggroep die tijdens de uitvoeringsfase bijeenkomt, wordt vaak aangeduid met de term bouwvergadering. Ook is denkbaar dat een specifieke ‘coördinatievergadering’ wordt gehouden.

Relevante bepaling in de UAV 2012

§27 Dagboek, lijsten, rapporten, verslagen van bouwvergaderingen

9. Indien is overeengekomen dat tijdens de uitvoering van het werk bouwvergaderingen worden gehouden, maakt de directie daarvan verslagen. De verslagen worden zo spoedig mogelijk aan de aannemer ter ondertekening voorgelegd. Indien de aannemer zich met de inhoud van het verslag niet kan verenigen, wordt aan het verslag een aantekening toegevoegd waaruit blijkt tegen welke gedeelten en om welke reden hij bezwaar heeft. Het verslag wordt in de daarop volgende bouwvergadering vastgesteld.

41 Dit gebeurt ook met enige regelmaat in de praktijk, zie Chao-Duivis 2013b, p. 125.

Commentaar

De UAV 2012 verplichten zelf niet tot deelname door de aannemer aan de bouwvergadering, hetgeen een risico inhoudt ten aanzien van de informatieverstrekking aan de aannemer. Een wel aan de vergadering deelnemende partij zal dan de informatie aan de aannemer moeten verstrekken en dergelijke langere communicatielijnen vergroten het risico op communicatieproblemen.⁴² Wel volgt uit de aangehaalde bepaling dat het bijwonen van bouwvergaderingen overeengekomen kan worden. Het lijkt er daarom op dat de UAV 2012 deelname aan een overlegstructuur in ieder geval niet in de weg staan.

Voor het geval dat er bouwvergaderingen worden gehouden wordt in par. 27 lid 9 UAV 2012 de verslaglegging daarvan geregeld. De bepaling regelt niet expliciet dat de aannemer gebonden is aan hetgeen ter vergadering is besloten. Van een dergelijke gebondenheid zal echter wel sprake zijn, indien de aannemer geen zwaren kenbaar maakt en het verslag van de besluitvorming ondertekent.

10.3.5 Kenbaar maken van de informatiebehoefte

Het toetsingscriterium luidt als volgt:

Goede coördinatie vereist dat partijen hun informatiebehoefte kenbaar maken aan elkaar.

Relevante bepaling in de UAV 2012

§5 Verplichtingen van de opdrachtgever

1. De opdrachtgever zorgt er voor, dat de aannemer tijdig kan beschikken:

(...)

c. over de benodigde tekeningen en andere gegevens;

(...)

Commentaar

De bepaling regelt slechts in algemene zin dat de opdrachtgever ervoor zorgdraagt dat de aannemer tijdig kan beschikken over de benodigde tekeningen en gegevens. De bepaling laat ruimte voor discussie tussen partijen over de vraag welke gegevens de aannemer op welk moment nodig heeft en schiet daarom op dit punt tekort.

42 Zie bijv. RvA 11 april 2012, nr. 31.719. Aanneemster was niet uitgenodigd deel te nemen aan coördinatievergaderingen. Opdrachtgeefster woonde deze vergaderingen wel bij en was enerzijds verantwoordelijk voor het informeren van aanneemster over hetgeen besproken was op de coördinatievergaderingen en anderzijds verantwoordelijk voor het informeren van de overige aannemers over de werkzaamheden en planning van aanneemster. Arbiters oordelen dat opdrachtgeefster dit niet adequaat heeft gedaan.

10.3.6 Waarschuwingsplicht in het kader van de afstemming

Het toetsingscriterium luidt als volgt:

Goede coördinatie vereist een plicht tot waarschuwen voor omstandigheden die een succesvolle afstemming van werkzaamheden in gevaar kunnen brengen.

Relevante bepaling in de UAV 2012

§6 Verplichtingen van de aannemer

14. Indien de constructies, werkwijzen, orders en aanwijzingen, bedoeld in § 5, tweede lid, dan wel de bouwstoffen of hulpmiddelen, bedoeld in § 5, derde lid, klaarblijkelijk zodanige fouten bevatten of gebreken vertonen, dat de aannemer in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid zou handelen door zonder de directie daarop te wijzen tot uitvoering van het desbetreffende onderdeel van het werk over te gaan, is hij voor de schadelijke gevolgen van zijn verzuim aansprakelijk. Het in dit lid bepaalde is van overeenkomstige toepassing op de in § 5, vierde lid, en deze paragraaf, zevenentwintigste lid, bedoelde gevallen.

Commentaar

De waarschuwingsplicht van de aannemer is een afgeleide van de hoofdverplichting van de aannemer om het aan hem opgedragen werk zorgvuldig uit te voeren.⁴³ De aannemer heeft derhalve geen op zichzelf staande onderzoeksverplichting om het ontwerp van de opdrachtgever te beoordelen.

De bepaling beperkt voorts de waarschuwingsplicht in zoverre dat de aannemer alleen hoeft te waarschuwen, indien hij niet zonder waarschuwen tot uitvoering van zijn eigen onderdeel van het werk over te gaan.

Vanuit het oogpunt van goede coördinatie zou een waarschuwingsplicht moeten gelden voor alle omstandigheden die een succesvolle afstemming van werkzaamheden in gevaar kunnen brengen. In dat opzicht lijkt het erop dat gemeten naar het toetsingscriterium de waarschuwingsplicht in de UAV 2012 te beperkt is geformuleerd.

10.3.7 Hinderen van andere aannemers

Het toetsingscriterium luidt als volgt:

Goede coördinatie vereist dat partijen elkaar niet onnodig hinderen bij het uitvoeren van werkzaamheden.

De relevante bepalingen in de UAV 2012 zijn par. 6 lid 6 en par. 31 lid 3 en 4:

§6 Verplichtingen van de aannemer

6. De wijze van uitvoering van het werk moet zodanig zijn, dat voor de opdrachtgever dan wel voor derden geen nodeloze hinder is te duchten. De aannemer dient het werk zodanig uit te voeren, dat daardoor schade aan personen, goederen of milieu zoveel mogelijk wordt beperkt.

§31 Verband met andere werken

3. De aannemer gedooft – zonder aanspraak op andere vergoedingen dan de in het volgende lid bedoelde – dat door derden, aan wie de directie zulks toestaat, tegelijkertijd en te zelfder plaatse wordt gewerkt.

4. Hij gedooft, dat daarbij gebruik wordt gemaakt van reeds gemaakt werk en gemaakte hulpwerken. Voor dit gebruik kan de aannemer aanspraak op bijbetaling doen gelden, indien meer van hem wordt verlangd dan redelijkerwijs van hem kan worden gevergd.

Commentaar

De hier weergegeven bepalingen hebben betrekking op de verhouding tussen de aannemer en andere aannemers, maar bepalen slechts wat dit betekent voor de rechtsverhouding tussen aannemer en opdrachtgever. Par. 6 lid 6 bepaalt dat de aannemer onder meer derden niet onnodig mag hinderen. Indien hij dit wel doet en de opdrachtgever wordt geconfronteerd met de claim van een derde (bijv. een nevenaannemer), dan biedt deze bepaling voor de opdrachtgever een contractuele grondslag om de schade bij de aannemer neer te leggen. Par. 31 lid 3 en 4 regelen dat de aannemer werkzaamheden van andere aannemers moet gedogen en voorts of en wanneer de aannemer in zijn contractuele relatie met de opdrachtgever aanspraak kan maken op bijbetaling.

Deze bepalingen bieden een adequate en evenwichtige regeling om te voldoen aan het toetsingscriterium. De aannemer dient andere partijen te gedogen en niet te hinderen. Doet hij dit niet, dan kan de opdrachtgever de aannemer aansprakelijk stellen. Doet de aannemer dit wel en wordt er meer van hem verlangd dan redelijkerwijs kan worden gevergd, dan heeft hij recht op bijbetaling.

10.3.8 Aansprakelijkheidsregeling in het kader van coördinatie

Het toetsingscriterium luidt als volgt:

Goede coördinatie vereist een aansprakelijkheidsregeling waardoor beide partijen geprikkeld worden om hun verplichtingen ter zake van de coördinatie na te komen.

Relevante bepalingen in de UAV 2012

§ 12 Aansprakelijkheid van de aanneming na oplevering

1. Na de dag, waarop het werk overeenkomstig het bepaalde in § 10, eerste of tweede lid, als opgeleverd wordt beschouwd, is de aannemer niet meer aansprakelijk voor tekortkomingen aan het werk.
2. Het in het eerste lid bepaalde lijdt uitzondering indien sprake is van een gebrek:
 - (a) dat toe te rekenen is aan de aannemer en
 - (b) dat bovendien ondanks nauwlettend toezicht tijdens de uitvoering dan wel bij de opnemering van het werk als bedoeld in § 9, tweede lid, door de directie redelijkerwijs niet onderkend had kunnen worden en waarvan
 - (c) de aannemer binnen een redelijke termijn na de ontdekking mededeling is gedaan.
3. (Vervallen).
4. De rechtsvordering uit hoofde van een gebrek waarvoor de aannemer krachtens het tweede lid aansprakelijk is, is niet ontvankelijk indien zij wordt ingesteld na verloop van:
 - (a) vijf jaren na de in het eerste lid bedoelde dag, of
 - (b) tien jaren na de in het eerste lid bedoelde dag, indien het werk geheel of gedeeltelijk is ingestort of dreigt in te storten dan wel ongeschikt is geraakt of ongeschikt dreigt te geraken voor de bestemming waarvoor het blijkens de overeenkomst bedoeld is en dit slechts kan worden verholpen of kan worden voorkomen door het treffen van zeer kostbare voorzieningen.
5. Indien in het bestek een onderhoudstermijn is voorgeschreven, treedt voor de toepassing van deze paragraaf de dag na het verstrijken van die termijn in de plaats van de in het eerste lid bedoelde dag en wordt onder opnemering van het werk verstaan: de opnemering genoemd in § 11, zesde lid.

Voorts bevat de UAV een gefixeerd schadebeding voor te late oplevering:

§ 42 Kortingen

1. De opdrachtgever kan wegens te late oplevering van het werk aan de aannemer kortingen op de aannemingssom opleggen. Voor de toepassing van deze paragraaf wordt als dag van oplevering aangemerkt de dag, welke door de aannemer overeenkomstig het bepaalde in § 9, eerste lid, of, ingeval van heropnemering na onthouding van goedkeuring, overeenkomstig het bepaalde in § 9, achtste lid, is opgegeven, mits het werk vervolgens is of geacht wordt te zijn goedgekeurd.
2. Het bedrag der kortingen wordt in het bestek bepaald. Bij gebreke van zodanige bepaling bedraagt het € 60 per dag.
(...)

Commentaar

De UAV 2012 kennen geen bepaling voor aansprakelijkheid van de aannemer voor oplevering. De aannemer zal derhalve op grond van de algemene bepalingen in het Burgerlijk Wetboek aansprakelijk kunnen zijn voor schade die voor oplevering optreedt als gevolg van fouten in het kader van coördinatie.

Voor schade die optreedt na oplevering als gevolg van fouten in de afstemming, zal de aannemer in beginsel niet meer aansprakelijk zijn na oplevering, tenzij sprake is van een verborgen gebrek als bedoeld in par. 12 lid 2 UAV 2012. Deze bepaling kan de aansprakelijkheid van de aannemer in bepaalde gevallen verregaand beperken, in welke gevallen er niet voldaan zal zijn aan het hier aan de orde zijnde toetsingscriterium voor goede coördinatie.⁴⁴

Een bijzonder geval betreft de verdragings schade. De opdrachtgever mag een korting opleggen die in het bestek is bepaald. Bij gebreke van zodanige bepaling bedraagt de korting € 60 per dag. Voor het geval er sprake is van een werk waaraan meerdere aannemers werken, lijkt dit bedrag bijna altijd te laag te zijn in verhouding tot de werkelijke schade.⁴⁵ De opdrachtgever zal er derhalve op bedacht moeten zijn een hoger bedrag in het bestek op te nemen.

De aansprakelijkheid van de opdrachtgever, bijv. voor verdragings schade, is niet beperkt in de UAV 2012.

10.4 DE ADVIESOVEREENKOMST (DNR 2011)

In de navolgende subparagrafen worden aan de hand van de in par. 10.2.2.7 geformuleerde toetsingscriteria de relevante bepalingen in de DNR 2011 beoordeeld.

10.4.1 Instructie- en toezichtbevoegdheid coördinator

Het toetsingscriterium luidt als volgt:

Goede coördinatie vereist dat de coördinator bevoegd is participanten in het bouwproces te instrueren en op verschillende niveaus toezicht te houden op de naleving van zijn instructies.

Relevante bepaling in de DNR 2011

Art. 6 Aanstellen van meer dan een adviseur

2. Indien de adviseur dient samen te werken met derden-adviseurs stelt de opdrachtgever vast welke participant verantwoordelijk is voor de afstemming van de werkzaamheden van de verschillende adviseurs en welke participant verantwoordelijk is voor de besturing van het proces van de werkzaamheden van de verschillende adviseurs.

44 Zie hoofdstuk 4.

45 In dat geval wordt de opdrachtgever immers mogelijk aangesproken voor verdragings schade door de andere aannemers.

Commentaar

Uit deze bepaling vloeit voort dat er een coördinator is die verantwoordelijk is voor de inhoudelijke kant van de afstemming en een coördinator die verantwoordelijk is voor de procesmatige kant die samenhangt met de planning van de werkzaamheden. Niet uitgesloten is dat deze twee functies door een en dezelfde partij worden uitgeoefend. Uit deze bepaling kan worden afgeleid dat de coördinatoren de bevoegdheden hebben om de coördinatiefunctie op een goede manier uit te voeren, omdat de adviseur gehouden is onder verantwoordelijkheid van de coördinatoren samen te werken.

10.4.2 Welke partij vervult de functie van coördinator?

Het toetsingscriterium is:

Goede coördinatie vereist dat de daartoe meest geschikte partij de functie van coördinator vervult.

De keuze van de coördinator wordt in de DNR 2011 als volgt geregeld:

Art. 6 Aanstellen van meer dan een adviseur

2. Indien de adviseur dient samen te werken met derden-adviseurs stelt de opdrachtgever vast welke participant verantwoordelijk is voor de afstemming van de werkzaamheden van de verschillende adviseurs en welke participant verantwoordelijk is voor de besturing van het proces van de werkzaamheden van de verschillende adviseurs.

Onder het begrip participant dient, zo blijkt uit art. 1 DNR 2011, te worden verstaan elke deelnemer aan het project, onder wie de opdrachtgever, de adviseur, derden-adviseurs en zij die het in het kader van het project uit te voeren product van stoffelijke aard uitvoeren (aannemers).

De keuze voor verantwoordelijke participanten vindt plaats in art. 9 van de Model Basisovereenkomst:

9 Samenwerken met derden-adviseurs

De opdrachtgever verleent aan de volgende derden-adviseurs opdracht voor door dezen te verrichten, in de annex 9 opgenomen, werkzaamheden:

.....

.....

De opdrachtgever wijst participant aan als verantwoordelijk voor de afstemming van de werkzaamheden van de verschillende derden-adviseurs.

De opdrachtgever wijst participant aan als verantwoordelijk voor de besturing van het proces van werkzaamheden van de verschillende derden-adviseurs.

Commentaar

Allereerst valt op dat de DNR 2011 een onderscheid maakt tussen enerzijds de afstemming van werkzaamheden en anderzijds de besturing van het proces van werkzaamheden van. Uit de toelichting op de DNR 2011 wordt duidelijk wat precies het onderscheid is. De afstemming van werkzaamheden betreft bijvoorbeeld het op elkaar afstemmen van sparingen in het door de ene adviseur berekende constructie X op die in de door een andere adviseur berekende constructie Y.⁴⁶ De besturing van het proces van werkzaamheden betreft het in de tijd goed op elkaar aan laten sluiten van werkzaamheden, of het gelijktijdig laten plaatsvinden van werkzaamheden.⁴⁷ Het onderscheid lijkt daarmee erg op het onderscheid tussen de beheersaspecten tijd en kwaliteit.⁴⁸

Anders dan in de UAV 2012, wordt in de DNR 2011 niet de keuze gemaakt welke partij de functie van coördinator zal vervullen. Een voor de hand liggende reden hiervoor is dat de DNR 2011 niet een centrale bij de uitvoering van de opdracht betrokken figuur kennen als de directievoerder, maar in beginsel alleen de opdrachtgever en de opdrachtnemer.

Volgens deze bepaling kunnen vier verschillende keuzes gemaakt worden voor de functie van coördinator. Het ligt voor de hand om afhankelijk van de projectspecifieke omstandigheden alsmede de competenties van partijen te beslissen welke partij met de coördinatie belast worden.

10.4.3 Bilaterale afspraken van belang voor de afstemming

Het toetsingscriterium luidt als volgt:

Goede coördinatie vereist dat in de bilaterale overeenkomst de afspraken met betrekking tot planning en techniek worden gemaakt (en aangepast) die noodzakelijk zijn voor de multilaterale afstemming.

Relevante bepalingen in de DNR 2011 zijn:

Art. 2 De opdracht

3 Voorafgaand aan de totstandkoming van de opdracht overleggen partijen, voor zover op dat moment mogelijk en voorzover relevant, betreffende:

(...)

3c aan welke derden-adviseurs de opdrachtgever opdracht verleent en de door dezen te verrichten werkzaamheden.

46 Toelichting DNR 2011, p. 18.

47 Ibid. p. 18-19.

48 Zie daarover par. 8.3.5.1.

3o de wijze waarop, en zo nodig met welke frequentie, de informatieoverdracht en overleg tussen de adviseur en opdrachtgever alsmede eventueel tussen adviseur en derden-adviseurs plaatsvinden;

Art. 6 Aanstellen van meer dan een adviseur

1 Maakt de behoorlijke realisatie van het project het aanstellen van een of meer derden-adviseurs noodzakelijk dan gaat de opdrachtgever daartoe niet over dan na overleg met de adviseur.

Commentaar

Uit deze bepalingen volgt in de eerste plaats dat de opdrachtgever de adviseur op de hoogte stelt van eventuele opdrachten aan derden en in de tweede plaats dat de adviseur verplicht is samen te werken met betrekking tot de onderlinge afstemming.

10.4.4 Deelname van partijen aan een overlegstructuur

Het toetsingscriterium luidt als volgt:

Goede coördinatie vereist de deelname van participanten in het bouwproces aan een overlegstructuur.

Relevante bepaling in de DNR 2011:

Art. 2 De opdracht

3 Voorafgaand aan de totstandkoming van de opdracht overleggen partijen, voor zover op dat moment mogelijk en voorzover relevant, betreffende:

(...)

3c aan welke derden-adviseurs de opdrachtgever opdracht verleent en de door dezen te verrichten werkzaamheden.

3o de wijze waarop, en zo nodig met welke frequentie, de informatieoverdracht en overleg tussen de adviseur en opdrachtgever alsmede eventueel tussen adviseur en derden-adviseurs plaatsvinden;

Commentaar

Voorafgaand aan de totstandkoming van de opdracht vindt overleg plaats tussen de adviseur en opdrachtgever over de wijze waarop, en zo nodig met welke frequentie, de informatieoverdracht en overleg tussen de adviseur en derden-adviseurs plaatsvinden. Hiermee biedt de DNR 2011 voldoende mogelijkheden om tot een deelname van participanten aan een overlegstructuur over de afstemming van werkzaamheden te komen.

10.4.5 Kenbaar maken van de informatiebehoefte

Het toetsingscriterium luidt als volgt:

Goede coördinatie vereist dat partijen hun informatiebehoefte kenbaar maken aan elkaar.

De relevante bepaling in de DNR 2011 is:

Art. 2 De opdracht

3 Voorafgaand aan de totstandkoming van de opdracht overleggen partijen, voor zover op dat moment mogelijk en voorzover relevant, betreffende:

(...)

3c aan welke derden-adviseurs de opdrachtgever opdracht verleent en de door dezen te verrichten werkzaamheden.

3o. de wijze waarop, en zo nodig met welke frequentie, de informatieoverdracht en overleg tussen de adviseur en opdrachtgever alsmede eventueel tussen adviseur en derden-adviseurs plaatsvinden;

Commentaar

De adviseur kan voor de totstandkoming in het kader van de bespreking van de informatieoverdracht tussen hem en derden-adviseurs zijn informatiebehoefte kenbaar maken.

10.4.6 Waarschuwingsplicht in het kader van de afstemming

Het toetsingscriterium luidt als volgt:

Goede coördinatie vereist een plicht tot waarschuwen voor omstandigheden die een succesvolle afstemming van werkzaamheden in gevaar kunnen brengen.

De relevante bepaling in de DNR 2011 is:

Art. 11 Algemene verplichtingen van de adviseur

10. De adviseur is verplicht de opdrachtgever te waarschuwen, indien inlichtingen en/of gegevens verstrekt door of namens de opdrachtgever of beslissingen genomen door of namens de opdrachtgever klaarblijkelijk zodanige fouten bevatten of gebreken vertonen, dat hij in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid zou handelen als hij zonder waarschuwing bij de vervulling van de opdracht daarop zou voortbouwen.

Commentaar

De bepaling beperkt de waarschuwingsplicht in zoverre dat de adviseur alleen hoeft te waarschuwen, indien er sprake is van het door hem voortbouwen op een fout. In het kader van goede coördinatie lijkt de waarschuwingsplicht op deze

manier te beperkt geformuleerd, omdat goede coördinatie ook gebaat is bij waar-
schuwingen die bijvoorbeeld het voortbouwen van andere partijen betreffen.

10.4.7 Hinderen van andere adviseurs

Het toetsingscriterium luidt als volgt:

Goede coördinatie vereist dat partijen elkaar niet onnodig hinderen bij het uitvoeren
van werkzaamheden.

Commentaar

De DNR 2011 bepaalt wel dat de adviseur dient samen te werken met derden-
adviseurs, maar niet expliciet dat deze partijen zich dienen te onthouden van het
hinderen van elkaar. Mogelijk is de reden hiervan gelegen in het feit, dat minder
snel dan bij aanneming van werk, sprake zal zijn van hinder. Bij uitvoeringswerk-
zaamheden treden vaak logistieke beperkingen op als de ene partij aan het werk is
op de bouwplaats en de andere partij op diezelfde bouwplaats ook werkzaamheden
wil uitvoeren. Een dergelijke vorm van hinder zal niet optreden in het ontwerppro-
ces, omdat de partijen niet afhankelijk zijn van fysieke toegang tot de bouwplaats.

10.4.8 Aansprakelijkheidsregeling in het kader van coördinatie

Het toetsingscriterium luidt als volgt:

Goede coördinatie vereist een aansprakelijkheidsregeling waardoor beide partijen ge-
prikkeld worden om hun verplichten ter zake van de coördinatie na te komen.

De relevante bepaling in de DNR 2011 is:

Art. 13

1. De adviseur is jegens de opdrachtgever aansprakelijk voor zijn toerekenbare tekort-
koming. Voor zover nakoming niet reeds blijven onmogelijk is, vindt dit lid slechts toe-
passing met inachtneming van de wettelijke regeling van verzuim van de schuldenaar.

Commentaar

De adviseur is jegens de opdrachtgever aansprakelijk voor zijn toerekenbare te-
kortkoming. Dit geldt ook voor tekortkomingen in de sfeer van coördinatie. In be-
ginsel voldoet de regeling daarom aan het criterium. De aansprakelijkheid van de
adviseur wordt in art. 14 wel beperkt tot directe schade, wordt in art. 15 in omvang
beperkt en wordt in art. 16 aan vervaltermijnen onderworpen. Op zichzelf hoeven
deze beperkingen echter geen reden te zijn om de adviseur niet aansprakelijk te
kunnen stellen voor tekortkomingen met betrekking tot coördinatie.

10.5 DE GEÏNTEGREERDE OVEREENKOMST (UAV-GC 2005)

10.5.1 Instructie- en toezichtbevoegdheid coördinator

Het toetsingscriterium luidt als volgt:

Goede coördinatie vereist dat de coördinator bevoegd is participanten in het bouwproces te instrueren en op verschillende niveaus toezicht te houden op de naleving van zijn instructies.

Commentaar

De UAV-GC 2005 voorziet niet in een bepaling waarbij één partij in beginsel de directievoering op zich dient te nemen.⁴⁹ Er wordt derhalve ook niet ten behoeve van een dergelijke partij bepaalde bevoegdheden gecreëerd in de algemene voorwaarden.

10.5.2 Welke partij vervult de functie van coördinator?

Het toetsingscriterium luidt als volgt:

Goede coördinatie vereist dat de daartoe meest geschikte partij de functie van coördinator vervult.

De relevante bepaling in de UAV-GC 2005 is:

§ 8 Verband met andere werken

1 Indien tijdens de nakoming van de Overeenkomst in opdracht van de Opdrachtgever werkzaamheden door nevenopdrachtnemers worden verricht, die van invloed kunnen zijn op het Werk en/of het Meerjarig Onderhoud, vermeldt de Opdrachtgever in een bij de Vraagspecificatie gevoegde annex de aard van deze werkzaamheden, het voorziene tijdstip waarop zij worden verricht, alsmede de coördinatie daarvan.

()

Art. 9 van de Model Basisovereenkomst geeft de keus om de coördinatie van werkzaamheden door de opdrachtgever te laten verrichten, door de opdrachtnemer of conform de coördinatieovereenkomst die is opgenomen in de bij de vraagspecificatie gevoegde annex.⁵⁰

49 Zie hierna par. 10.5.2.

50 Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat bij de betreffende bepaling ook de optie kan worden aangevinkt dat er geen nevenopdrachtnemers zijn. Dan is er dus ook geen sprake van coördinatie van nevenopdrachtnemers.

Commentaar

De UAV-GC 2005 voorzien niet uitdrukkelijk in een regeling ten aanzien van directievoering.⁵¹ Dit betekent dat een regeling zoals die in par. 31 van de UAV 2012 is opgenomen niet mogelijk is. In plaats daarvan laten de UAV-GC 2005 de keuze open welke partij verantwoordelijk wordt voor de coördinatie. In het geval de keuze valt op een hulppersoon die een rol vervult vergelijkbaar met een directievoerder, of op een nevenopdrachtnemer, dan dient volgens art. 9 Model Basisovereenkomst de optie ‘coördinatie conform een coördinatieovereenkomst’ te worden aangevinkt.

Dit is begrijpelijk, omdat de coördinator een instructiebevoegdheid en een toezichtbevoegdheid dient te hebben voor de uitvoering van zijn taken. Daarvoor zal een juridische grondslag moeten worden gecreëerd die niet in de UAV-GC 2005 staat.

Minder begrijpelijk is dat art. 9 MBO de suggestie wekt dat de optie dat de coördinatie door de opdrachtnemer geschiedt, kan worden aangevinkt, zonder dat sprake is van een coördinatieovereenkomst. Die nevenopdrachtnemer heeft immers op basis van de UAV-GC-overeenkomst geen bevoegdheden ten opzichte van andere nevenopdrachtnemers. Op grond van een coördinatieovereenkomst kunnen die bevoegdheden wel bestaan. Dan zal in alle overeenkomsten met de betreffende nevenopdrachtnemers de optie van de coördinatieovereenkomst moeten worden aangevinkt.

Ook wanneer de coördinatie door de opdrachtgever dient te worden verricht, dringt zich de vraag op in hoeverre er sprake is van voldoende betrokkenheid van de opdrachtgever bij het ontwerp- en uitvoeringsproces om op een adequate wijze te coördineren. De betrokkenheid van de opdrachtgever komt het meest tot uitdrukking in het kwaliteits-, keurings-, toetsings- en acceptatieplan.⁵² Het betreft hier van tevoren opgestelde plannen waarin geregeld is op welke wijze de opdrachtnemer de kwaliteit borgt en keuringen uitvoert en op welke wijze de opdrachtgever toetsingen uitvoert en in welke gevallen iets ter acceptatie aan de opdrachtgever moet worden voorgelegd. Het is zeer de vraag of deze plannen voorzien in voldoende flexibiliteit voor de opdrachtgever om toezicht te houden in het kader van de coördinatie. Coördinatie bestaat immers ook uit het inspelen op onverwachte ontwikkelingen.⁵³

Tot slot wordt hier nog ingegaan op het onderscheid tussen tijd- en procescoördinatie enerzijds en technische coördinatie anderzijds. Een dergelijk onderscheid zou terug kunnen komen in de coördinatieovereenkomst, aldus de Toelichting.⁵⁴

51 Toelichting, p. 9.

52 CROW 2005, p. 9.

53 Gewijzigde omstandigheden kunnen immers gevolgen hebben voor afhankelijkheidsrelaties die aanwezig zijn in een bouwproces.

54 CROW 2005, p. 25.

De UAV-GC 2005 sluiten hiermee aan bij het onderscheid in art. 6 DNR 2011. Een mogelijk voordeel van een dergelijk onderscheid zou kunnen zijn dat planningsaspecten en technisch inhoudelijke aspecten in de beoordeling van de coördinator niet door elkaar gaan lopen. Er wordt dan voorkomen dat de coördinator genoegen neemt met een gebrekkige afstemming op technisch gebied, omdat de planning hem dwingt voortgang te maken.

10.5.3 Bilaterale afspraken van belang voor de afstemming

Het toetsingscriterium luidt als volgt:

Goede coördinatie vereist dat in de bilaterale overeenkomst de afspraken met betrekking tot planning en techniek worden gemaakt (en aangepast) die noodzakelijk zijn voor de multilaterale afstemming.

De planning van werkzaamheden wordt in de UAV-GC 2005 geregeld in par. 7:

7 Planning

1 De Opdrachtnemer is verplicht bij de uitvoering van de Overeenkomst de in de bij de Vraagspecificatie gevoegde annex opgenomen planning en de overeengekomen mijlpaaldata in acht te nemen.

2 Indien en voorzover dat in het acceptatieplan is vastgelegd, legt de Opdrachtnemer een detailplanning ter Acceptatie aan de Opdrachtgever voor, die gebaseerd is op de planning. De detailplanning dient een in het acceptatieplan vastgelegde periode te bestrijken. Het bepaalde in § 23 is van toepassing.

3 De Opdrachtnemer actualiseert de detailplanning zo dikwijls als dat in het acceptatieplan is vastgelegd. Het bepaalde in lid 2 is van toepassing.

Commentaar

De UAV-GC gaat uit van het overeenkomen van mijlpaaldata. Aan deze mijlpaaldata kunnen boetebedragen worden gekoppeld in art. 16 lid 1 MBO. Hierdoor ontstaat een bindende planning van de afronding van deelwerkzaamheden en wordt voldaan aan het toetsingscriterium.

10.5.4 Deelname van partijen aan een overlegstructuur

Het toetsingscriterium luidt als volgt:

Goede coördinatie vereist de deelname van participanten in het bouwproces aan een overlegstructuur.

De UAV-GC 2005 gaan niet uit van een overlegstructuur, zoals de UAV 2012 (zijdelings⁵⁵) wel doen. Indien in art. 9 MBO de keuze wordt gemaakt voor coördinatie op basis van een coördinatieovereenkomst, dan kan in die separate coördinatieovereenkomst worden voorzien in een overlegstructuur.

10.5.5 Kenbaar maken van de informatiebehoefte

Het toetsingscriterium luidt als volgt:

Goede coördinatie vereist dat partijen hun informatiebehoefte kenbaar maken aan elkaar.

De UAV-GC 2005 voorzien niet in een regeling waarmee partijen in de gelegenheid worden gesteld hun behoefte aan voor de afstemming relevante informatie kenbaar te maken aan elkaar.

10.5.6 Waarschuwingsplicht in het kader van de afstemming

Het toetsingscriterium luidt als volgt:

Goede coördinatie vereist een plicht tot waarschuwen voor omstandigheden die een succesvolle afstemming van werkzaamheden in gevaar kunnen brengen.

De relevante bepaling uit de UAV-GC 2005 is par. 4 lid 7:

§4 Verplichtingen van de opdrachtnemer

7 De Opdrachtnemer is verplicht de Opdrachtgever onverwijld schriftelijk te waarschuwen indien:

- (a) de Vraagspecificatie, of
- (b) de bij de Vraagspecificatie gevoegde annexen, of
- (c) de Basisovereenkomst, of
- (d) informatie die de Opdrachtgever aan de Opdrachtnemer ter beschikking stelt, of
- (e) het terrein en/of het water dat de Opdrachtgever krachtens § 3 lid 1 sub b aan de Opdrachtnemer ter beschikking stelt, of
- (f) de goederen die de Opdrachtgever krachtens § 3 lid 1 sub c aan de Opdrachtnemer ter beschikking stelt, of
- (g) een maatregel die de Opdrachtgever krachtens § 43 lid 1 en 2 neemt, of
- (h) een Wijziging die de Opdrachtgever krachtens § 14 lid 1 aan de Opdrachtnemer opdraagt, klaarblijkelijk zodanige fouten bevatten of gebreken vertonen, dat hij in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid zou handelen als hij zonder waarschuwing bij het verrichten van Werkzaamheden daarop zou voortbouwen.

55 Door het treffen van een regeling voor het vaststellen van verslagen van bouwvergaderingen, zie par. 27 lid 9 UAV 2012 waar op werd ingegaan in par. 10.3.4.

Commentaar

De bepaling beperkt de waarschuwingsplicht in zoverre dat de opdrachtnemer alleen hoeft te waarschuwen, indien er sprake van is dat hij voortbouwt op fouten. In het kader van goede coördinatie lijkt de waarschuwingsplicht op deze manier te beperkt geformuleerd omdat goede coördinatie ook gebaat is bij waarschuwingen die bijvoorbeeld het voortbouwen van andere partijen betreffen.

10.5.7 Hinderen van andere opdrachtnemers

Het toetsingscriterium luidt als volgt:

Goede coördinatie vereist dat partijen elkaar niet onnodig hinderen bij het uitvoeren van werkzaamheden.

De relevante bepalingen in de UAV-GC 2005 zijn par. 4 lid 6 en par. 8 lid 2 en 3:

4. Verplichtingen van de opdrachtnemer

6 De Opdrachtnemer dient de Werkzaamheden zodanig te verrichten dat noch de Opdrachtgever noch derden nodeloos hinder hebben, en dat schade aan persoon, goed of milieu zoveel mogelijk wordt beperkt.

8. Verband met andere werken

2. Bij het verrichten van de Werkzaamheden houdt de Opdrachtnemer rekening met de in lid 1 bedoelde werkzaamheden van nevenopdrachtnemers.

3. De Opdrachtnemer is verplicht toe te laten dat nevenopdrachtnemers de in lid 1 bedoelde werkzaamheden verrichten op de in dat lid bedoelde tijdstippen. Hij is verplicht toe te laten dat nevenopdrachtnemers daarbij gebruik maken van resultaten van Werkzaamheden.

Commentaar

De hierboven aangehaalde bepalingen voldoen aan het toetsingscriterium. De opdrachtnemer moet rekening houden met de werkzaamheden van nevenopdrachtnemers en deze werkzaamheden gedogen. Voorts is in algemene zin bepaald dat derden geen nodeloze hinder mogen ondervinden van de werkzaamheden van de opdrachtnemer. Wordt de opdrachtgever aangesproken door derden of door nevenopdrachtnemers, dan kan hij in deze bepalingen een grondslag vinden voor verhaal op de opdrachtnemer.

10.5.8 Aansprakelijkheidsregeling in het kader van coördinatie

Het toetsingscriterium luidt als volgt:

Goede coördinatie vereist een aansprakelijkheidsregeling waardoor beide partijen geprikkeld worden om hun verplichten ter zake van de coördinatie na te komen.

Commentaar

De UAV-GC 2005 kennen geen beperking van aansprakelijkheid van de opdrachtgever.

De aansprakelijkheid van de opdrachtnemer is op grond van par. 28 lid 1 beperkt tot gebreken die de opdrachtgever tijdens de uitvoering niet heeft onderkend en tijdens de oplevering niet heeft behoren te ontdekken. Daarnaast is de aansprakelijkheid op grond van par. 28 lid 3 in omvang beperkt tot een bedrag van 1.500.000 euro of tot 10% van de prijs, indien dit percentage hoger uitvalt dan 1.500.000 euro. Deze regeling brengt het risico mee, zij het in mindere mate dan de regeling in de UAV 2012, dat de opdrachtnemer minder geprikkeld wordt om zijn verplichting in het kader van coördinatie na te komen.

Op grond van art. 16 lid 1 MBO kan de opdrachtgever boetebedragen koppelen aan mijlpaaldata. Op dit punt kan de opdrachtgever derhalve een zodanige regeling treffen, dat de opdrachtnemer voldoende geprikkeld wordt tot nakoming van zijn coördinatieverplichtingen die van invloed kunnen zijn op de tijdigheid waarmee hij zijn werkzaamheden uitvoert.

10.6 DE UITVOERINGSCOÖRDINATIEOVEREENKOMST (VGBOUW MODEL 1999)

De uitvoeringscoördinatieovereenkomst is een multilaterale overeenkomst. Voor deze overeenkomst zal derhalve het toetsingskader van par. 10.2.3.8 worden gehanteerd. Anders dan in de vorige paragrafen zal deze overeenkomst in zijn geheel besproken worden. De overeenkomst heeft immers in zijn geheel betrekking op coördinatie, anders dan de UAV 2012, de DNR 2011 en de UAV-GC 2005.

Omwille van de leesbaarheid wordt hier eerst het toetsingskader herhaald:

1. Goede coördinatie vereist dat de coördinator bevoegd is participanten in het bouwproces te instrueren en op verschillende niveaus toezicht te houden op de naleving van zijn instructies.
2. Goede coördinatie vereist dat de daartoe meest geschikte partij de functie van coördinator vervult.
3. Goede coördinatie vereist dat in multilateraal verband overleg plaatsvindt dat resulteert in concrete onderlinge afspraken over de afstemming.
4. Goede coördinatie vereist de deelname van participanten in het bouwproces aan een overlegstructuur.
5. Goede coördinatie vereist dat partijen hun informatiebehoefte kenbaar maken aan elkaar.
6. Goede coördinatie vereist een plicht tot waarschuwen voor omstandigheden, waaronder (potentiële) conflicten, die een succesvolle afstemming van werkzaamheden in gevaar kunnen brengen.

7. Goede coördinatie vereist dat werkafspraken worden gemaakt over (digitale) informatie-uitwisseling.
8. Goede coördinatie vereist dat partijen elkaar niet onnodig hinderen bij het uitvoeren van werkzaamheden.
9. Goede coördinatie vereist een getrapte vorm van geschilbeslechting.
10. Goede coördinatie gaat niet uit van slechts inspanningsverplichtingen aan de zijde van de coördinator.
11. Goede coördinatie vereist een aansprakelijkheidsregeling die de onderlinge aansprakelijkheid van opdrachtnemers voor het niet nakomen van de multilaterale overeenkomst niet uitsluit.
12. Goede coördinatie vereist een regeling voor het uit- en toetreden tot de multilaterale overeenkomst.

10.6.1 Voorwoord

In het model is geen regeling opgenomen dat partijen elkaar onderling kunnen aanspreken uit hoofde van de overeenkomst. In het Voorwoord wordt dit als volgt gemotiveerd:

‘Tenslotte is van belang dat het contract geen onderlinge aanspraken toekent aan betrokken partijen over en weer, indien een van die partijen niet op tijd presteert of op andere wijze tekortschiet in de nakoming van de verplichtingen die hij door het aangaan van de coördinatieovereenkomst op zich heeft genomen. Een aantal in roulatie zijnde coördinatiecontracten creëert zulke rechtstreekse onderlinge aanspraken wel, maar de ervaring leert dat zo'n opzet niet bijdraagt aan het verbeteren van een goed onderling werkklimaat op de bouwplaats.

Daarom gaat het model ervan uit dat een partij die schade lijdt doordat een andere partij de gemaakte afspraken niet nakomt, voor zijn schade verhaal zoekt op de opdrachtgever, die op zijn beurt verhaal kan zoeken op de veroorzaker van de schade.’

Het gebrek aan een regeling van onderlinge aansprakelijkheid van andere partijen dan de coördinator⁵⁶ roept enkele vragen op. De eerste vraag is of de regeling in het Model daadwerkelijk tot gevolg heeft dat partijen elkaar onderling niet kunnen aanspreken.⁵⁷ Dat is wel de bedoeling van de opstellers van het Model, zo blijkt uit het Voorwoord, maar aansprakelijkheid wordt in de overeenkomst zelf nergens daadwerkelijk uitgesloten. Er is alleen een bepaling gewijd aan de aansprakelijkheid van de coördinator. Indien aansprakelijkheid in de overeenkomst niet is uitgesloten of beperkt geldt de hoofdregel die is vastgelegd in art. 6:74 BW: iedere tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst de schuldenaar verplicht de schade die de schuldeiser daardoor lijdt te vergoeden, tenzij de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend.

56 De aansprakelijkheid van de coördinator wordt wel geregeld in art. 9. VGBouw Model Uitvoeringscoördinatieovereenkomst.

57 Deze vraag werd eerder opgeworpen in Chao-Duvis 2009, p. 40.

De enige bewoordingen waar een verval van aanspraken uit zou kunnen voortvloeien zijn opgenomen in respectievelijk de considerans en het Voorwoord.

In de considerans staat dat partijen zich jegens de opdrachtgever verbinden om samen te werken. Indien partijen dat alleen jegens de opdrachtgever doen en niet jegens elkaar, ontstaan er onderling geen aanspraken. De zinsnede ‘jegens de opdrachtgever’ wordt echter in de bepalingen van de overeenkomst niet gebruikt. In art. 1 VGBouw Model Uitvoeringscoördinatieovereenkomst 1999 wordt meteen bepaald dat op partijen een algemene samenwerkingsplicht rust. De considerans kan weliswaar worden gebruikt om de overeenkomst in te kleuren, maar het enkele voorkomen van een zinsnede in de considerans waaruit niet duidelijk de intentie blijkt om onderlinge aansprakelijkheid uit te sluiten, lijkt niet voldoende om aan te nemen dat partijen beoogd hebben aansprakelijkheid uit te sluiten.

Wat in het Voorwoord staat is in tegenstelling tot wat in de considerans staat geen onderdeel van de overeenkomst. Of aan het Voorwoord in een concreet geval enige waarde gehecht zal kunnen worden, zal afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval. Hebben partijen over onderlinge aansprakelijkheid gesproken? Hebben partijen het Voorwoord uitgewisseld en besproken? Bleek uit hetgeen partijen hebben besproken dat het de bedoeling was onderlinge aansprakelijkheid uit te sluiten? Zijn partijen uit eerdere contractuele relaties al bekend met het Voorwoord? De conclusie is dat niet snel zal kunnen worden geoordeeld dat partijen onderling niet aansprakelijk zijn voor tekortschieten in de nakoming van een coördinatieovereenkomst. Alles overziende lijkt een opmerking in het Voorwoord, die bovendien lijkt uit te gaan van een onjuiste veronderstelling⁵⁸, ook wanneer het Voorwoord is uitgewisseld tussen partijen, te mager om tot gevolg te hebben dat onderlinge aansprakelijkheid is uitgesloten.

De tweede vraag is of het argument dat in het Voorwoord wordt gegeven de stelling kan dragen dat onderlinge aansprakelijkheid van partijen onwenselijk is. De argumentatie die het Voorwoord geeft is dat het goede werkklimaat op de bouwplaats zou niet verbeterd worden, indien partijen elkaar onderling kunnen aanspreken. Dat argument lijkt op zichzelf plausibel. Het doel van de overeenkomst is immers een goede afstemming en coördinatie te bewerkstelligen en dat gaat beter in een sfeer van goede samenwerking. Bij dit argument dient echter een belangrijke kanttekening te worden geplaatst, wanneer nagegaan wordt hoe het verhaal van schade dan plaats dient te vinden. Uit het Voorwoord blijkt dat het beoogde gevolg van de regeling is dat benadeelde partijen zich tot de opdrachtgever wenden voor vergoeding van schade en dat de opdrachtgever zich vervolgens omdraait

58 Onderlinge aanspraken worden immers niet apart toegekend bij overeenkomst, maar vloeien op grond van de algemene bepalingen van art. 6:74 BW e.v. voort uit de verbindende kracht van een overeenkomst. Onderlinge aansprakelijkheid kan wel uitgesloten of beperkt worden.

naar de veroorzaker van de schade.⁵⁹ Indirect heeft het zoeken van verhaal van een van de partijen bij de opdrachtgever tot gevolg dat de schadeveroorzakende partij alsnog wordt aangesproken. De regeling in het Model brengt slechts een omweg tot stand, die niet voorkomt dat de schade bij de schadeveroorzakende partij wordt geclaimd. Het lijkt zeer goed mogelijk dat het goede onderlinge werkklimaat op de bouwplaats dan alsnog wordt verstoord. Aan dat argument kan daarom geen doorslaggevende betekenis worden toegekend. Een betere oplossing voor het in stand houden van een sfeer van goede samenwerking lijkt dan ook gelegen in de wijze waarop geschillen beslecht worden: niet in een vordering op de opdrachtgever die regres neemt op de nevenaannemer, maar door in onderling overleg geschillen op te lossen zonder een beroep te hoeven doen op arbiters en rechters.⁶⁰ Zie hierover nader subparagraaf 8.4.6.

Er is echter ook een meer principiële kanttekening te plaatsen bij de keuze om geen onderlinge aanspraken toe te kennen. Er wordt namelijk wel door middel van de coördinatieovereenkomst een contractuele band gecreëerd tussen partijen, waaruit over en weer contractuele verplichtingen voortvloeien. Daarmee verdraagt zich niet goed dat partijen elkaar niet kunnen aanspreken bij het niet nakomen van die contractuele verplichtingen. Indien alleen de opdrachtgever, of namens hem de directie partijen kan aanspreken, kan de coördinatie ook in de afzonderlijke overeenkomsten van de opdrachtgever met de nevenaannemers geregeld worden.

Een ander principieel punt betreft de feitelijke nauwe samenhang tussen de nevenaannemingsovereenkomsten. De prestatie van de ene nevenaannemer is van directe invloed op de wijze waarop de andere nevenaannemer kan presteren. Eventuele vorderingen verplicht via de juridische band met de opdrachtgever te laten verlopen, doet geen recht aan de feitelijke situatie waarin de nevenaannemer weet van een nauwe samenhang met de prestaties van andere nevenaannemers, weet dat onderlinge afstemming noodzakelijk is en zich desondanks niet houdt aan de verplichtingen die hij jegens zijn nevenaannemers ter zake van de afstemming is aangegaan.

De conclusie is dat het Model de aansprakelijkheid van partijen onderling niet uitsluit, zodat partijen in beginsel volgens de hoofdregel van art. 6:74 BW aansprakelijk zijn jegens elkaar bij tekortschieten in de nakoming van de overeenkomst. Een dergelijke uitsluiting van aansprakelijkheid is ook niet wenselijk, omdat de nakoming van de overeenkomst dan niet door partijen zelf kan worden afgedwongen en niet of in mindere mate wordt voldaan aan toetsingscriterium 10. Hoewel een sfeer van goede samenwerking nodig is voor een goede afstemming en coör-

59 Daarvoor is echter, de denkwijze van het Voorwoord volgend, wel vereist dat de opdrachtgever zich *kan* omdraaien naar de veroorzaker van de schade. De opdrachtgever zal daarvoor in zijn bilaterale overeenkomst met de veroorzaker van de schade een grondslag moeten vinden.

60 Vgl. hetgeen over geschiloplossing binnen de samenwerkingsvorm van het bouwteam wordt opgemerkt in Chao-Duvis 2012, p. 157.

dinatie, wordt die sfeer niet bevorderd door een uitsluiting van aansprakelijkheid. De vordering tot schadevergoeding komt namelijk ook bij een uitsluiting bij de veroorzaker van de schade terecht, maar dan via de opdrachtgever.

10.6.2 Considerans

De considerans luidt als volgt:

Ondergetekenden:

1. De opdrachtgever
- 2A⁶¹ Het architectenbureau
- 2B Het bouwmanagementbureau
3. De bouwkundig aannemer (nader te noemen ‘de bouwkundig aannemer’ of ‘de coördinator’)
4. Het adviesbureau technische installaties
5. Het adviesbureau draagconstructies en fundering
6. Het adviesbureau werktuigbouwkundige installaties
7. De werktuigbouwkundig aannemer
8. De elektrotechnisch aannemer
9. De liftinstallateur
10. De leverancier

welke ondergetekenden hierna gezamenlijk ook zullen worden aangeduid als ‘partijen’,
overwegende:

a. dat iedere partij zich jegens opdrachtgever verbonden heeft om tijdstip en volgorde van uitvoering van de ten behoeve van het werkhierna te noemen “het werk”, te verrichten werkzaamheden (waaronder eventueel begrepen het aanleveren van de benodigde tekeningen, hierna te noemen “de werkzaamheden”), diensten of leveranties, af te stemmen op de door de andere partijen te leveren prestaties en daartoe met die andere partijen te zullen samenwerken;

b. dat bouwkundig aannemer op zich heeft genomen om voor de duur van de uitvoeringsfase van het werk:

1. de door partijen te verrichten werkzaamheden, diensten en leveranties, voor wat betreft hun tijdstippen, volgorde en plaats van uitvoering, op elkaar af te stemmen;
2. de coördinatie van de door partijen in het werk aan te brengen sparingen te zullen verzorgen;
3. de coördinatie te zullen verzorgen van het gebruik door partijen van de op het werk aanwezige hulpmiddelen.

61 Keuze maken uit 2A of 2B, indien directie wordt gevoerd door één van de daar genoemde bureaus.

- c. dat bouwkundig aannemer tevens op zich heeft genomen de coördinatie te zullen verzorgen van de uitvoering door partijen van het veiligheids- en gezondheidsplan in-gevolge afdeling 5 van hoofdstuk 2 van het Arbeidsomstandighedenbesluit;

Beoordeling

Een considerans is een onderdeel van de overeenkomst, voorafgaande aan de bepalingen van die overeenkomst, waarin vaak kort wordt beschreven waar de overeenkomst over gaat en met welk doel die is aangegaan.⁶² De betekenis van de considerans is afhankelijk van de bewoordingen die in het concrete geval gekozen zijn. In het algemeen is de status van een considerans niet vastomlijnd, de daadwerkelijke afspraken worden vastgelegd in de bepalingen van de overeenkomst, maar de considerans kan wel een hulpmiddel zijn voor de rechter om invulling te geven aan de bedoeling van partijen.⁶³ Naar Nederlands recht is de considerans onderdeel van de overeenkomst is en doen partijen er goed aan om de considerans aan een kritische blik te onderwerpen, omdat de overeenkomst met de considerans al meteen ingekleurd kan worden.⁶⁴ Indien partijen echter zekerheid willen dat de inhoud van de considerans ook afdwingbaar is, dient die inhoud ook opgenomen te worden in de bepalingen van de overeenkomst zelf.⁶⁵

Bij lezing van de considerans van het model valt een aantal zaken op. Uit de opsomming van partijen blijkt dat de opdrachtgever partij is bij de coördinatie-overeenkomst. Geheel vanzelfsprekend is dat niet. Uit de jurisprudentie⁶⁶ en literatuur⁶⁷ is bekend dat ook coördinatieovereenkomsten worden gesloten zonder dat de opdrachtgever daarbij partij is. Het is echter goed verklaarbaar dat er in het model wel voor gekozen is dat de opdrachtgever partij is bij de overeenkomst. De werkzaamheden die moeten worden afgestemd omvatten, zo blijkt uit de considerans, onder meer eventueel het verstrekken van tekeningen. Dat is iets wat in een aantal gevallen door de opdrachtgever zal moeten gebeuren. Voorts regelt de coördinatieovereenkomst in art. 9 de aansprakelijkheid van de coördinator jegens de opdrachtgever (zie hierover paragraaf 10.6.11), en voor die regeling is dan ook vereist dat de opdrachtgever partij is bij de overeenkomst.

Uit de opsomming van partijen blijkt ook dat het model ervan uitgaat dat de bouwkundig aannemer optreedt als coördinator. In het Voorwoord wordt deze keuze verder niet gemotiveerd en wordt slechts opgemerkt dat 'het model ziet op coördinatie van de uitvoering door de bouwkundig aannemer'. Aangenomen wordt dat er in dit model voor gekozen is, omdat het in de praktijk het vaakst voorkomt dat de coördinatie-taak bij de bouwkundig aannemer wordt neergelegd. Het hoeft echter

62 Ruygvoorn 2013, p. 179.

63 Wessels 2007, p. 11.

64 Ruygvoorn 2013, p. 179.

65 Wessels 2007, Chao-Duivis 2013, p. 168-169.

66 Zie bijv. RvA 28 augustus 2012, nr. 32.843, BR 2012/169.

67 Van Gulijk & Muller 2011, p. 317.

niet noodzakelijkerwijs zo te zijn dat de bouwkundig aannemer ook degene is die het beste in staat is de coördinatietaak uit te voeren.⁶⁸ De keuze had in het model ook opengelaten kunnen worden. Indien partijen wensen dat een andere partij dan de bouwkundig aannemer de coördinatietaak uitvoert, kunnen partijen echter volstaan met een simpele wijziging in het model aan te brengen en een andere partij aan te wijzen als coördinator. De overige bepalingen van de overeenkomst blijven dan van kracht, maar hebben voor zover over de coördinator wordt gesproken dan betrekking op de andere aangewezen partij.

Een derde punt dat opvalt is dat de considerans een onderscheid maakt tussen de afstemming en samenwerking door alle partijen enerzijds en de coördinatie door de bouwkundig aannemer anderzijds. Er ontstaan dus wederzijdse verplichtingen uit deze overeenkomst. Deze wederkerigheid sluit aan bij de gedachte dat een cultuur van samenwerking vereist is om tot een goede coördinatie te komen en dat verantwoordelijkheden daarvoor evenwichtig dienen te worden verdeeld.

In de considerans overwegen partijen letterlijk dat zij zich *jegens de opdrachtgever* verbinden om af te stemmen en samen te werken. De opdrachtgever is zelf echter ook partij en wordt de considerans letterlijk gevolgd dan zou de opdrachtgever zich jegens zichzelf verbinden om zijn werkzaamheden af te stemmen en samen te werken met de andere partijen. Dat is een rare formulering, want voor een afspraak met jezelf is geen contract nodig, maar uit art. 1 (zie paragraaf 10.6.3) blijkt dat het betreffende artikel op dit punt anders is geformuleerd dan de considerans en dat de opdrachtgever ook verplichtingen heeft ten opzichte van de andere partijen.

In het kader van de aansprakelijkheid van partijen kan een overweging dat zij zich (alleen) jegens de opdrachtgever verbinden om bepaalde afspraken na te komen van belang zijn. Indien zij zich niet jegens elkaar verbinden om die afspraken na te komen, kunnen zij zich onderling in rechte ook niet beroepen op contractuele verplichtingen. Gezien hetgeen hierboven is opgemerkt over de status van de considerans, is relevant in hoeverre deze formulering terugkomt in de bepalingen van de overeenkomst.

Uit de considerans wordt voorts duidelijk dat de coördinatie en de daarbij behorende samenwerking en afstemming zich richt op vier onderwerpen: 1) tijdstippen, volgorde en plaats van uitvoeren van te verrichten werkzaamheden, diensten en leveranties; 2) in het werk aan te brengen sparingen; 3) gebruik van op het werk aanwezige hulpmiddelen; 4) uitvoering van het veiligheids- en gezondheidsplan (V&G-plan). Onder coördinatie in dit model wordt uitdrukkelijk niet begrepen, zo blijkt uit het Voorwoord, de onderlinge afstemming van de werkonderdelen in (bouw)technische zin. De reden daarvoor is dat die afstemming al in de ontwerp-fase plaats dient te vinden en het model slechts betrekking heeft op de uitvoerings-

68 Bij ketensamenwerking is dat in ieder geval niet altijd zo, zie Chao-Duivis & Wamelink 2013, p. 215.

fase. Dit is op zichzelf juist bij een traditioneel model van nevenaanneming. Niet zelden echter vinden in de uitvoeringsfase bouwtechnische wijzigingen plaats, waardoor ook op bouwtechnisch vlak in de uitvoeringsfase afstemming nodig is. Voorts is bouwtechnische afstemming nodig in het geval dat aan nevenaannemers niet alleen uitvoeringswerkzaamheden, maar ook (detail)ontwerpwerkzaamheden zijn opgedragen. Nu het Model niet voorziet in bouwtechnische coördinatie zal de verantwoordelijkheid daarvoor bij de opdrachtgever en de namens hem optredende directie komen te liggen.

10.6.3 Art. 1 Algemene samenwerkingsplicht

Artikel 1 (algemene samenwerkingsplicht) luidt als volgt:

Partijen verklaren tijdens de uitvoeringsfase van het werk met elkaar te zullen samenwerken door het tijdstip van uitvoering van de eigen werkzaamheden, diensten en leveranties zodanig op die van de andere partijen af te stemmen, dat het werk uiterlijk op het met opdrachtgever overeengekomen tijdstip zal worden opgeleverd. Daartoe verplichten partijen zich de laatste goedgekeurde versie van het algemeen tijdschema en van gedetailleerd werkplan te zullen naleven. Tenzij uit de context of de bewoordingen een andere bedoeling voortvloeit, wordt hierna met het algemeen tijdschema of het gedetailleerd werkplan steeds de laatste goedgekeurde versie daarvan bedoeld.

Beoordeling

Dit artikel regelt de samenwerkingsplicht die op alle partijen rust. De samenwerkingsplicht strekt zich, zo blijkt uit de bewoordingen van het artikel, alleen uit over de afstemming van het tijdstip van uitvoering van de werkzaamheden, diensten en leveranties. Met betrekking tot de door partijen in het werk aan te brengen sparingen en het gebruik van de op het werk aanwezige hulpmiddelen hoeven partijen op grond van dit artikel niet samen te werken. Uit het Model en het Voorwoord wordt niet duidelijk waarom voor deze formulering is gekozen. Ook voor bijvoorbeeld het gebruik van hulpmiddelen lijkt het van belang dat partijen samenwerken en het tijdschema en het werkplan naleven.

De in de considerans gebruikte formulering dat partijen verplichtingen aangaan jegens de opdrachtgever wordt hier losgelaten, zodat partijen in beginsel geacht moeten worden zich ook jegens elkaar te verbinden tot samenwerking.

10.6.4 Art. 2 Taken van de coördinator

Art. 2 (taken van de coördinator) luidt als volgt:

1. De coördinator is belast met:
 - a. het, voor wat betreft de tijdstippen, de volgorde en de plaats van uitvoering, op elkaar afstemmen van de werkzaamheden, diensten en leveranties van partijen (de zgn. ‘tijds-

coördinatie'), alsmede met het toezicht op de naleving van het algemeen tijdschema en van het gedetailleerd werkplan;

b. de coördinatie van de door partijen in het werk aan te brengen sparingen;

c. de coördinatie van het gebruik door partijen van de op het werk aanwezige hulpmiddelen.

2. De coördinator is jegens de opdrachtgever verplicht om zich, met inachtneming van de bepalingen van deze overeenkomst, bij de uitvoering van zijn coördinatie-taken, naar beste kunnen in te spannen.

3. De door de coördinator voor het verrichten van deze taken te ontvangen vergoeding, wordt afzonderlijk tussen opdrachtgever en coördinator schriftelijk overeengekomen.

Beoordeling

Lid 1 richt zich op verschillende onderwerpen: tijd, sparingen en hulpmiddelen. Wat opvalt aan deze bepaling is dat de taak van de coördinator met betrekking tot de tijd anders is beschreven dan de taak met betrekking tot sparingen en hulpmiddelen. De tijdscoördinatie bestaat uit het op elkaar afstemmen van de werkzaamheden, diensten en leveranties van partijen en vervolgens op het houden van toezicht op de naleving van het tijdschema en het werkplan. Uit die twee componenten, het afstemmen van werkzaamheden en vervolgens het houden van toezicht op de naleving van instructies, zal ook de coördinatie van de sparingen en van het gebruik van hulpmiddelen bestaan. De vraag die hierdoor rijst is of deze verschillende omschrijvingen tot een inhoudelijk verschil leiden. Dit lijkt niet het geval te zijn. De volgende vraag die dan wordt opgeroepen en hier niet beantwoord kan worden, is waarom de coördinatie-taken hier verschillend beschreven zijn.

In lid 2 is een algemene norm neergelegd waaraan de coördinator jegens de opdrachtgever dient te voldoen: hij dient zich bij de uitvoering van zijn coördinatie-taken naar beste kunnen in te spannen. Deze zorgvuldigheidsnorm kent twee beperkende elementen: 'naar beste kunnen' en 'in te spannen'.

De zinsnede 'naar beste kunnen' maakt de hier beschreven zorgvuldigheidsnorm subjectief. Bepalend is immers hoe goed de betreffende coördinator is in het uitvoeren van zijn taken. Is de coördinator niet bekwaam in het uitvoeren van coördinatie-taken, dan kan hij zijn taken naar beste kunnen uitvoeren, maar zal dit niet het gewenste resultaat tot gevolg hebben. Een bepaling als is opgenomen in art. 11 lid 1a DNR 2011⁶⁹, ontbreekt. Een dergelijke bepaling, inhoudende dat de coördinator alleen de opdracht mag aanvaarden, indien hij zich ervan vergewist over de juiste kennis en kunde te beschikken, zou bezwaren tegen het subjectieve karakter van de plichten van de coördinator kunnen wegnemen. Een coördinator kan dan immers niet stellen dat hij naar objectieve maatstaven onzorgvuldig handelde, maar dat het zijn beste kunnen was, bijvoorbeeld, omdat hij onervaren is.

69 'De adviseur vergewist zich bij het aanvaarden van een opdracht over de voor de juiste vervulling daarvan noodzakelijke kennis en kunde te (kunnen) beschikken.'

Het tweede element is dat de coördinator slechts verplicht is zich ‘in te spannen’. Met deze formulering wilden de opstellers van het Model waarschijnlijk duidelijk maken dat er sprake is van een inspanningsverbintenis van de coördinator.⁷⁰ Gelet op hetgeen eerder in paragraaf 9.4.3.1.1 is opgemerkt en het gegeven dat geen collectieve aansprakelijkheid is beoogd met de coördinatieovereenkomst, kan worden ingestemd met het uitgangspunt dat sprake is van een inspanningsverbintenis. De coördinator hoeft niet in te staan voor het eindresultaat, omdat hij afhankelijk is van derden, tegenover wie hij bevoegdheden ontbeert. Dit sluit echter niet uit dat ten aanzien van deelhandelingen wel resultaatverplichtingen kunnen worden aangenomen.

De beperkte strekking van de in lid 2 beschreven zorgvuldigheidsnorm roept vragen op over de verhouding van deze norm tot die van art. 9. In dat artikel wordt namelijk een regeling gegeven van de aansprakelijkheid van de coördinator. De regeling van art. 9 is anders en meer objectief geformuleerd, omdat die de norm van bekwaam en zorgvuldige coördinatie bevat. De vraag rijst of onder die norm niet ook het zich naar beste kunnen inspannen moet worden begrepen. Indien dat zo is⁷¹, heeft de in lid 2 opgenomen bepaling geen zelfstandige waarde naast art. 9. Indien dat niet het geval is, rijst een andere vraag, omdat de aansprakelijkheid in art. 9 gekoppeld is aan de daar gehanteerde objectieve norm van een bekwaam en zorgvuldig coördinator. Wat is rechtens indien de norm van art. 9 niet is geschon- den, maar de hier besproken norm wel? De intentie van de opstellers van het Model lijkt vooral te zijn geweest om in art. 2 te benadrukken dat op de coördinator slechts een inspanningsverplichting rust.

Lid 3 bepaalt dat de vergoeding van de coördinator voor het verrichten van zijn taken afzonderlijk schriftelijk wordt overeengekomen tussen opdrachtgever en coördinator. Op de vergoeding wordt daarom hier niet verder ingegaan. Deze bepaling maakt duidelijk dat naast deze overeenkomst nog overige afspraken tussen opdrachtgever en coördinator nodig of gewenst kunnen zijn.

Een alternatief voor art. 2 lid 2 zou als volgt kunnen luiden:

2. De adviseur vergewist zich bij het aanvaarden van een opdracht over de voor de juiste vervulling van de in het vorige lid omschreven taken noodzakelijke kennis en kunde te (kunnen) beschikken.
- 2a. Op de coördinator rust een inspanningsverplichting met betrekking tot de met de in het eerste lid omschreven taken beoogde resultaten. Daartoe zal de coördinator zorgvuldig de uit hoofde van deze overeenkomst op hem rustende verplichtingen uitvoeren.

70 Zie het Voorwoord. Zie over de inspanningsverbintenis eerder par 9.4.3.1.1.

71 Zie Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2009, nr. 94, die stelt dat een norm als gebruikt in art. 9 onder meer inhoudt dat van de opdrachtnemer wordt verwacht dat hij de deskundigheid die hij bezit (inclusief eventueel bovengemiddelde kennis of vaardigheden) ook benut.

10.6.5 Art. 3 Algemeen tijdschema; gedetailleerd werkplan

Art. 3 (algemeen tijdschema; gedetailleerd werkplan) luidt als volgt:

1. De coördinator stelt een concept op voor het algemeen tijdschema en voor het gedetailleerd werkplan. Op diens eerste verzoek stelt ieder der andere partijen onverwijld de door de coördinator verlangde gegevens aan hem ter beschikking.
2. De coördinator legt het concept voor het algemeen tijdschema en voor het gedetailleerd werkplan aan partijen ter goedkeuring voor. Ten bewijze van hun goedkeuring worden de concepten voor het algemeen tijdschema en voor het gedetailleerd werkplan door alle partijen ondertekend. Het algemeen tijdschema c.q. het gedetailleerd werkplan wordt door een partij geacht te zijn goedgekeurd, indien die partij niet van haar bezwaren tegen die documenten heeft doen blijken binnen acht dagen nadat zij haar door de coördinator ter goedkeuring zijn voorgelegd. De documenten worden eveneens door een partij geacht te zijn goedgekeurd indien die partij een aanvang maakt met de uitvoering van de aan haar opgedragen werkzaamheden, diensten of leveranties overeenkomstig het concept algemeen tijdschema c.q. het concept gedetailleerd werkplan.
3. De coördinator treedt in overleg met de partij die tegen het concept voor het algemeen tijdschema of het concept voor het gedetailleerd werkplan tijdig bezwaren heeft ingediend. Indien het overleg niet tot overeenstemming leidt, wordt de inhoud van het algemeen tijdschema en van het gedetailleerd werkplan bindend vastgesteld door de opdrachtgever, of namens hem door de directie, met dien verstande dat de opdrachtgever verplicht is om aan een partij de meerkosten te vergoeden doordat, als gevolg van de bindende vaststelling, van die partij meer wordt verlangd dan redelijkerwijs van haar kon worden gevergd op grond van de tussen die partij en de opdrachtgever gesloten overeenkomst. Door de bindende vaststelling op grond van dit lid, worden het algemeen tijdschema of het gedetailleerd werkplan geacht te zijn goedgekeurd door de partij die tegen de concepten voor die documenten bezwaar had gemaakt.
4. Het algemeen tijdschema of het gedetailleerd werkplan, dat op grond van de vorige leden is of geacht wordt te zijn goedgekeurd, maakt deel uit van deze overeenkomst en wordt aan het verslag van de eerstvolgende bouwvergadering gehecht.

Commentaar

In dit uitgebreide artikel is geregeld hoe het algemeen tijdschema en het gedetailleerd werkplan worden opgesteld. Deze documenten zijn leidend voor de afstemming van het tijdstip waarop iedere partij werkzaamheden, diensten en leveranties verricht.

Lid 1 bepaalt dat de coördinator een concept opstelt voor het algemeen tijdschema en voor het gedetailleerd werkplan. De overige partijen dienen hieraan medewerking te verlenen door onverwijld gegevens ter beschikking te stellen indien de coördinator dit verlangt. Partijen zijn op grond van deze bepaling niet verplicht om gegevens aan te leveren waarvan zij veronderstellen dat die van belang zijn voor het tijdschema en het werkplan, maar waar de coördinator niet om heeft gevraagd. Een dergelijke aanvullende verplichting zou goed verdedigbaar zijn vanuit het

oogpunt van interactieve communicatie en zou de coördinator kunnen helpen om te anticiperen op mogelijke coördinatieproblemen die hij nog niet overziet, maar wel uit informatie blijkt waarover uitvoerende partijen beschikken.

Lid 2 regelt de goedkeuring door partijen. Hoofdregel is dat partijen de concepten, wanneer zij die goedkeuren, allen ondertekenen. De concepten worden echter ook geacht te zijn goedgekeurd, indien een partij niet binnen acht dagen van een bezwaar heeft doen blijken of indien een partij een aanvang maakt met de aan haar opgedragen werkzaamheden overeenkomstig het concept algemeen tijdschema c.q. het concept gedetailleerd werkplan.

Juridisch interessant is wat de gevolgen zijn van goedkeuring van het algemeen tijdschema en gedetailleerd werkplan door de nevenaannemers. Art. 3 zegt daar niets over, maar een eenmaal vastgesteld tijdschema en werkplan moet gevolgd worden door alle partijen, zo blijkt uit art. 1 en 4. Wijzigingen zijn echter wel mogelijk in geval van dreigende vertraging, zie art. 6 lid 3, maar uit lid 4 blijkt dat in dat geval moet echter wel eventuele schade aan nevenaannemers worden vergoed. De schade die de opdrachtgever moet vergoeden wordt dan veroorzaakt door de nevenaannemer die afwijkt van het tijdschema en werkplan en dat blijft niet zonder gevolgen.⁷² Het ligt voor de hand dat de opdrachtgever de schade die hij bij andere nevenaannemers moet vergoeden zal claimen bij de nevenaannemer die de schade heeft veroorzaakt, art. 6 lid 4 erkent die mogelijkheid. Goedkeuring van het algemeen tijdschema en het gedetailleerd werkplan kan dus grote gevolgen hebben voor de nevenaannemer. Die doet er dan ook goed aan om in alle gevallen tijdig, binnen acht dagen en voor aanvang van zijn werkzaamheden, te reageren op concepten van het tijdschema en het werkplan.

Lid 3 bevat een regeling voor het geval een partij tijdig bezwaren indient tegen het tijdschema en/of het werkplan. In dat geval vindt eerst overleg plaats tussen die partij en de coördinator en indien dat niet tot overeenstemming leidt, wordt het tijdschema en/of het werkplan bindend door de opdrachtgever vastgesteld. Vanaf dat moment worden die documenten ook door de nevenaannemer die bezwaren heeft geuit geacht te zijn goedgekeurd. Aan hem worden wel de meerkosten vergoed, indien door de bindende vaststelling meer wordt verlangd dan redelijkerwijs van hem geveerd kan worden op grond van de aannemingsovereenkomst. Deze bepaling is evenwichtig, omdat met ieders belangen rekening wordt gehouden. Enerzijds moet er een tijdschema of werkplan komen en is het dus in het belang van alle partijen een geschil hierover te beslechten. Voor zover de betreffende nevenaannemer echter redelijke bezwaren had, wordt hij gecompenseerd voor het feit dat hij zich desondanks aan het tijdschema en het werkplan moet houden.

72 Asser/Van den Berg 7-VI 2017, nr. 226.

Lid 4 bepaalt dat het goedgekeurde algemeen tijdschema en gedetailleerd werkplan onderdeel worden van de overeenkomst en aan het verslag van de eerstvolgende bouwvergadering wordt gehecht.

Met het algemene tijdschema kan worden voldaan aan toetsingscriterium 3 en 5.

10.6.6 Art. 4 Algemene verplichtingen van partijen

Art. 4 (algemene verplichtingen van partijen) luidt als volgt:

Iedere partij is gehouden om de eigen werkzaamheden, diensten en leveranties uit te voeren in overeenstemming met het algemeen tijdschema en het gedetailleerd werkplan.

Commentaar

Afstemming van werkzaamheden etc. vindt plaats via het algemeen tijdschema en het gedetailleerd werkplan. Het spreekt daarom vanzelf dat partijen gehouden zijn dat schema en plan te volgen. Indien het niet mogelijk blijkt om het schema en het plan te volgen zal de opdrachtgever dat op grond van art. 6 lid 1 van het Model onverwijld aan de coördinator dienen te melden.

10.6.7 Art. 5 Coördinatievergadering

Art. 5 (coördinatievergadering) luidt als volgt:

1. Ten behoeve van de controle op de voortgang en van de coördinatie van werkzaamheden, diensten en leveranties, zal de coördinator eens per⁷³ weken, of zoveel vaker als op grond van artikel 6, eerste lid nodig, partijen bijeenroepen voor een onder zijn voorzitterschap te houden coördinatievergadering.
2. Iedere partij is verplicht de coördinatievergaderingen bij te wonen.
3. De coördinator maakt van iedere coördinatievergadering een verslag op. Het verslag wordt aan alle partijen toegezonden. Het verslag wordt geacht te zijn goedgekeurd, behoudens bezwaar binnen 14 dagen na toezending. Het goedgekeurde verslag wordt in de eerstvolgende bouwvergadering door de opdrachtgever of de directie aan de orde gesteld.

Commentaar

Dit artikel regelt de wijze waarop multilateraal overleg over coördinatie plaatsvindt tijdens het uitvoeringsproces. Dat multilaterale overleg vindt plaats in coördinatievergaderingen die periodiek of zoveel vaker als nodig is in geval van dreigende vertraging bijeengeroepen worden. Alle partijen bij de overeenkomst zijn op grond van lid 2 verplicht de coördinatievergadering bij te wonen.

73 Door partijen in te vullen.

De verslaglegging is geregeld in lid 3. De coördinator stelt het verslag op, waarna partijen worden geacht het te hebben goedgekeurd, tenzij ze binnen 14 dagen van hun bezwaar kennisgeven.

De overeenkomst voorziet in een overlegstructuur waarin partijen de coördinatie kunnen bespreken. Er wordt voldaan aan toetsingscriterium 4.

10.6.8 Art. 6 Dreigende vertragingen

Art. 6 (dreigende vertragingen) luidt als volgt:

1. Iedere partij is gehouden een (dreigende) vertraging of verstoring van de regelmatige voortgang van het werk, ten opzichte van het algemeen tijdschema of het gedetailleerd werkplan, onverwijld schriftelijk aan de coördinator te melden, onder toezending van een afschrift van de melding aan de directie. Binnen⁷⁴ dagen na ontvangst van een dergelijke melding, zal de coördinator partijen voor een coördinatievergadering bijeenroepen.
2. In de coördinatievergadering zullen partijen onder leiding van de coördinator trachten een zodanige regeling te treffen dat de (dreigende) vertraging c.q. verstoring wordt voorkomen, ongedaan gemaakt of beperkt. Indien geen regeling tot stand komt, legt de coördinator een voorstel tot een zodanige regeling ter goedkeuring aan de directie voor. Indien de directie niet binnen 8 dagen reageert op het in de vorige zin bedoelde voorstel, wordt dat geacht door haar te zijn goedgekeurd en geldt het als tussen partijen vaststaand.
3. Indien op grond van het tweede lid een wijziging van het algemeen tijdschema of van het gedetailleerd werkplan noodzakelijk is, zullen partijen alle vereiste medewerking verlenen aan de totstandkoming van een gewijzigd tijdschema of werkplan, en zullen zij zich aan het gewijzigde tijdschema of werkplan conformeren.
4. Het in het vorige lid bepaalde laat onverlet de verplichting van de opdrachtgever om aan een partij, niet zijnde de partij aan wie de vertraging of verstoring in de regelmatige voortgang van het werk moet worden toegerekend, de schade te vergoeden die zij lijdt als gevolg van een wijziging van het tijdschema of werkplan als bedoeld in het vorige lid; dit beneemt de opdrachtgever niet van zijn mogelijkheden om zich te verhalen op de partij aan wie de vertraging of verstoring in de regelmatige voortgang van het werk moet worden toegerekend. Het in de vorige zin bepaalde is van overeenkomstige toepassing indien op grond van een in het tweede lid bedoelde regeling, niet leidende tot wijzigingen als bedoeld in het derde lid, meer van een partij wordt verlangd dan redelijkerwijs van haar kan worden gevergd op grond van de tussen die partij en de opdrachtgever gesloten overeenkomst.

Commentaar

Lid 1 verklaart dat iedere partij die op de hoogte raakt van een (dreigende) vertraging of verstoring de coördinator onverwijld op de hoogte dient te stellen. Deze

74 Door partijen in te vullen.

bepaling verdient instemming. Zonder deze bepaling zou de coördinator volledig afhankelijk zijn van zijn toezicht om op de hoogte te raken van de voortgang en de coördinatie. Dat zou tot een inefficiënt proces leiden, omdat de opdrachtgever dan op zoek moet naar informatie die al aanwezig is bij (een van) de gecoördineerde partijen. In dit verband kan ook gewezen worden op een arrest van het Hof Den Bosch, waarin geoordeeld werd dat de aannemer de coördinerend opdrachtgever had moeten informeren over wijzigingen of aanpassingen die hij in zijn aandeel van het werk tegenkwam.⁷⁵ Die beperking tot 'zijn aandeel van het werk', komt in de bepaling van lid 1 gelukkig niet voor. Goede coördinatie is immers ook gebaat bij overdracht van kennis over (dreigende) vertraging in het aandeel dat een andere nevenaannemer in het werk heeft.

Indien de situatie als bedoeld in de eerste zin van lid 1 zich voordoet, zal de coördinator een coördinatievergadering bijeenroepen. In dit verband kan gewezen worden op een uitspraak van het NAI.⁷⁶ Hierin werd geoordeeld dat het weliswaar op grond van de bepalingen van de overeenkomst op de weg van de aannemer als coördinator lag, om een coördinatievergadering bij een te roepen nadat een nevenaannemer een vertraging had gemeld, maar dat die nevenaannemer bij het uitbliven van een bijeenroeping zelf het initiatief daartoe had moeten nemen.

In lid 2 wordt een korte procedure voorgeschreven, waarmee een gewijzigd tijdschema en werkplan tot stand kan worden gebracht. Op grond van lid 3 zijn partijen aan die gewijzigde documenten gebonden. Lid 4 regelt de vergoeding van schade die kan optreden als gevolg van de wijzigingen. Deze regeling is een evenwichtige. De gewijzigde omstandigheden nopen tot een wijziging van het tijdschema en het werkplan gedurende de uitvoeringsfase. Op dat moment is er een andere situatie dan aan het begin van de uitvoeringsfase, waardoor het niet altijd mogelijk is de tijd te reserveren die nodig is om goedkeuring te vragen aan alle partijen, en partijen in de gelegenheid te stellen bezwaren in te dienen. Partijen die door de wijziging nadeel ondervinden, kunnen zich tot de opdrachtgever wenden, die zich op zijn beurt kan wenden tot de nevenaannemer die de schade heeft veroorzaakt.

Partijen kunnen zich volgens de opstellers van de VGBouw Model Uitvoeringscoördinatieovereenkomst 1999 niet rechtstreeks wenden tot de nevenaannemer die de vertraging veroorzaakt. Het kan echter betwijfeld worden of dit inderdaad niet mogelijk is, zie daarover eerder paragraaf 10.6.1, waar werd betoogd dat dit wel wenselijk zou zijn.

75 Hof Den Bosch 25 oktober 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AU6748.

76 NAI 21 april 2006, no. 3079, BR 2006/230.

Uitgaande van dit laatste, zou art. 6 lid 4 in een alternatieve vorm als volgt kunnen luiden:

Het in het vorige lid bepaalde laat onverlet de verplichting van de opdrachtgever om aan een partij, niet zijnde de partij aan wie de vertraging of verstoring in de regelmatige voortgang van het werk moet worden toegerekend, de schade te vergoeden die zij lijdt als gevolg van een wijziging van het tijdschema of werkplan als bedoeld in het vorige lid, voor zover deze schade niet reeds is door een andere partij. (...)

10.6.9 Art. 7 Tekortschieten van een partij

Art. 7 (tekortschieten van een partij) luidt als volgt:

Indien een partij zich naar het oordeel van de coördinator onvoldoende inspannt om dreigende vertraging of verstoring van de regelmatige voortgang van het werk te voorkomen, ongedaan te maken of te beperken, zal de coördinator de directie daarover terstond informeren. Indien de opdrachtgever dientengevolge de partij die het aangaat schriftelijk heeft aangemaand, de vereiste maatregelen te treffen om de regelmatige voortgang van het werk te verzekeren, doch die partij daarmee in gebreke blijft, is de opdrachtgever of de directie verplicht tot het treffen van de vereiste maatregelen.

Commentaar

Indien een partij zich naar het oordeel van de coördinator onvoldoende inspannt om dreigende vertraging of verstoring te voorkomen, ongedaan te maken of te beperken, moet de coördinator hierover de directie informeren. Vervolgens is het aan de opdrachtgever om maatregelen te nemen richting de betreffende nevenaannemer. Bij lezing van het artikel rijst de vraag of het niet ook mogelijk was geweest dat de coördinator zelf de partij die zich onvoldoende inspannt aan te laten manen. Een antwoord zou kunnen zijn dat de vereiste maatregelen deels de aannemingsovereenkomst betreffen en uiteindelijk kunnen inhouden dat die overeenkomst wordt beëindigd. Dit onderdeel van de coördinatie moet dan wel via de opdrachtgever lopen. De huidige formulering kan echter problemen oproepen, indien er verschil van mening ontstaat tussen de coördinator en de directie over het al dan niet in gebreke blijven van een partij om een verstoring van de voortgang van het werk te voorkomen.

Een instructiebevoegdheid van de coördinator kan in dit artikel niet worden gelezen. Op dit punt voldoet de coördinatieovereenkomst dus niet aan toetsingscriterium 1.

Een alternatieve formulering van art. 7 zou als volgt kunnen luiden:

Indien een partij zich naar het oordeel van de coördinator onvoldoende inspannt om dreigende vertraging of verstoring van de regelmatige voortgang van het werk te voorkomen, ongedaan te maken of te beperken, maant de coördinator de partij die het aangaat

schriftelijk aan de vereiste maatregelen te treffen om de regelmatige voortgang van het werk te verzekeren en/of herstel te plegen en de directie hierover terstond informeren. Indien de betreffende partij hierna in gebreke blijft, is de opdrachtgever of de directie verplicht tot het treffen van de vereiste maatregelen.

10.6.10 Art. 8 Arbeidsomstandighedenbesluit

Art. 8 (arbeidsomstandighedenbesluit) luidt als volgt:

1. De coördinator is in de uitvoeringsfase van het werk belast met de coördinatie van de uitvoering door partijen van het veiligheids- en gezondheidsplan ingevolge de artikelen 2:33, 2:34, 2:37, 2:38 en 2:39 van het Arbeidsomstandighedenbesluit.
2. Iedere andere partij is verplicht de coördinator in staat te stellen de werkzaamheden die aan de in het eerste lid omschreven taak zijn verbonden naar behoren te verrichten, en is gehouden de coördinator alle verlangde medewerking te verlenen. Partijen zullen zich aan het door de coördinator vast te stellen coördinatiebeleid ingevolge het Arbeidsomstandighedenbesluit conformeren.
3. De in artikel 11 van deze overeenkomst opgenomen geschillenregeling is niet van toepassing op geschillen over de coördinatie van de uitvoering van het veiligheids- en gezondheidsplan, voor zover de wet zich tegen een dergelijke wijze van beslechting verzet.

Commentaar

De coördinatie die in dit artikel aan de orde is, vindt zijn oorsprong niet slechts in contractuele verantwoordelijkheden, maar in publiekrechtelijke regelgeving. De opdrachtgever is verplicht één of meer coördinatoren voor de uitvoeringsfase aan te wijzen, indien in die fase werkzaamheden worden verricht door twee of meer werkgevers, één werkgever en één of meer zelfstandigen of twee of meer zelfstandigen.⁷⁷ Met dit artikel wordt invulling gegeven aan de publiekrechtelijke verplichtingen van de coördinator. Die verplichtingen zijn echter (naar huidig recht) ruimer dan in dit artikel beschreven. De taken van de coördinator als bedoeld in het Arbeidsomstandighedenbesluit, zijn volgens art. 2.31 van dat besluit:

77 Art. 2.29 Arbeidsomstandighedenbesluit.

- a. te bewerkstelligen dat de maatregelen die werkgevers en zelfstandigen nemen op de bouwplaats ter bescherming van de veiligheid en gezondheid van werknemers en zelfstandigen op doeltreffende wijze worden toegepast;
- b. met het oog op de bescherming van de werknemers en zelfstandigen zeker te stellen dat gelijktijdig of achtereenvolgend aanwezige werkgevers en zelfstandigen op de bouwplaats de werkzaamheden goed op elkaar afstemmen;
- c. de voorlichting van werknemers op de bouwplaats te bewerkstelligen;
- d. de nodige maatregelen te nemen opdat alleen bevoegde personen de bouwplaats kunnen betreden;
- e. ervoor te zorgen dat het veiligheids- en gezondheidsplan, bedoeld in artikel 2.28, en het dossier, bedoeld in artikel 2.30, onder c, worden aangepast indien de voortgang van het bouwwerk of de onderdelen daarvan daartoe aanleiding geven;
- f. doeltreffende maatregelen te nemen indien werkgevers of zelfstandigen naar zijn oordeel niet of in onvoldoende mate of op onjuiste wijze uitvoering geven aan een samenhangende toepassing van hun verplichtingen als bedoeld onder a en b.

Wordt de bepaling aangepast naar de huidige stand van de regelgeving, dan zou lid 1 als volgt kunnen luiden:

Artikel 8 Arbeidsomstandighedenbesluit

1. De coördinator is in de uitvoeringsfase van het werk belast met de coördinatie van de als bedoeld in art. 2.31 van het Arbeidsomstandighedenbesluit.

10.6.11 Art. 9 Aansprakelijkheid van de coördinator

Art. 9 (aansprakelijkheid van de coördinator) luidt als volgt:

Indien de coördinator bij de uitvoering van zijn coördinerende werkzaamheden uit hoofde van deze overeenkomst een fout begaat, welke een bekwaam en zorgvuldig coördinator in redelijkheid had behoren te vermijden, is de coördinator jegens de opdrachtgever gehouden tot vergoeding van de daardoor ontstane rechtstreekse schade, met dien verstande dat het deswege aan de opdrachtgever verschuldigde bedrag, nimmer meer zal belopen dan de vergoeding waartoe de coördinator gerechtigd is op grond van artikel 2, lid 3 van deze overeenkomst.

Commentaar

In dit commentaar wordt achtereenvolgens ingegaan op de zorgvuldigheidsnorm en op de beperking van de aansprakelijkheid.

De norm waaraan de coördinator dient te voldoen is die van een bekwaam en zorgvuldig coördinator. Voor fouten die een dergelijke coördinator in redelijkheid had behoren te vermijden is de coördinator jegens de opdrachtgever aansprakelijk. Deze norm lijkt geïnspireerd op de norm van goed opdrachtnemerschap zoals die

in de wet⁷⁸ is opgenomen en in de jurisprudentie wordt gehanteerd. Welke verplichtingen in een concreet geval op de coördinator rusten is afhankelijk van de omstandigheden van dat geval.⁷⁹

De aansprakelijkheid van de coördinator wordt op drie manieren beperkt: tot aansprakelijkheid jegens alleen de opdrachtgever, tot rechtstreekse schade en tot het bedrag van de vergoeding die de coördinator ontvangt voor zijn werkzaamheden. Op de eerste beperking werd reeds ingegaan in par. 10.6.1.

De laatste twee beperkingen zijn bekend van adviseursovereenkomsten. De DNR 2011 kent bijvoorbeeld zowel een beperking tot directe schade als een beperking tot de hoogte van de advieskosten of tot een hoogte van driemaal de advieskosten.

Met betrekking tot de hoogte van de kosten zit de uitvoeringscoördinatieovereenkomst derhalve aan de lage kant.

Wat onder rechtstreekse schade moet worden verstaan blijkt niet uit het Model of het Voorwoord. Rechtstreekse of directe schade als tegengesteld aan indirecte- of gevolgschade is geen vastomlijnd begrip in de Nederlandse rechtspraak en literatuur.⁸⁰ Door Tjong Tjin Tai is betoogd dat de meest aangewezen interpretatie van het begrip ‘directe schade’ toerekenbare schade is in de zin van art. 6:98 BW.⁸¹ Aan die interpretatie kan echter worden tegengeworpen dat het adjectief ‘directe’ of ‘rechtstreekse’ dan zinledig is, omdat de aansprakelijkheid van partijen al beperkt wordt tot schade die kan worden toegerekend op grond van art. 6:98 BW. Tjong Tjin Tai beantwoordt deze tegenwerping met de vaststelling dat contractuele bepalingen die niets toevoegen aan geldende wettelijke regelingen vaker voorkomen.⁸²

Wat onder directe schade moet worden verstaan is ook in de DNR 2011 aan de beoordeling van rechters en arbiters overgelaten⁸³, maar de DNR 2011 geeft met een niet uitputtende opsomming wel meer invulling aan het begrip. Art. 14 lid 2 bepaalt dat onder directe schade in ieder geval niet moet worden verstaan bedrijfschade, productieverlies, omzet- en/of winstderving, waardevermindering van producten evenmin als de kosten die met de uitvoering van het object gemoeid zouden zijn als de opdracht van de aanvang af goed zou zijn uitgevoerd. Het lijkt voor de hand te liggen voor een coördinatieovereenkomst op dit punt aansluiting te zoeken bij de DNR 2011, aangezien de aard van de werkzaamheden van de coördinator overeenkomsten vertoont met die van de adviseur. Onder directe schade

78 Zie art. 7:401 en de daarop gebaseerde jurisprudentie.

79 Vgl. hetgeen door Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2009, nr. 97 wordt opgemerkt over de norm van goed opdrachtnemerschap.

80 Tjong Tjin Tai 2007, par. 1.

81 In vergelijkbare zin werd geoordeeld in Rb. Den Haag 7 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:1380, r.o. 4.15.

82 Tjong Tjin Tai 2007, par. 6.

83 Toelichting DNR, p. 28.

zou dan kunnen worden verstaan de extra kosten die gemaakt zijn bij de uitvoering van de overeenkomst, doordat de verplichtingen van de coördinatieovereenkomst niet nagekomen zijn. Daaronder worden dan niet begrepen de kosten die ook gemaakt zouden zijn, indien de coördinatieovereenkomst van begin af aan was nagekomen. Onder deze formulering vallen wel extra kosten als gevolg van falende coördinatie, zoals vertragingsschade.

Nu er echter in art. 9 van het VGBouw Model, anders dan in art. 14 lid 2 DNR 2011, geen nadere invulling is gegeven aan het begrip rechtstreekse schade valt niet uit te sluiten dat het begrip uitgelegd dient te worden aan de hand van art. 6:98 BW.⁸⁴

Een alternatieve bepaling van art. 9 zou als volgt kunnen luiden:

Indien de coördinator bij de uitvoering van zijn coördinerende werkzaamheden uit hoofde van deze overeenkomst een fout begaat, welke een bekwaam en zorgvuldig coördinator in redelijkheid had behoren te vermijden, is de coördinator jegens de benadeelde partijen bij deze overeenkomst gehouden tot vergoeding daardoor ontstane rechtstreekse schade, met dien verstande dat het deswege aan een benadeelde partij verschuldigde bedrag, nimmer meer zal belopen dan een maximum van . Dit laat onverlet dat benadeelde partijen de opdrachtgever aan kunnen spreken tot vergoeding van schade die niet door de coördinator is vergoed.

10.6.12 Art. 10 Toepasselijk recht

Art. 10 (toepasselijk recht) luidt als volgt:

Op deze overeenkomst is het Nederlandse recht van toepassing.

Commentaar

De rechtskeuze heeft tot gevolg dat Nederlands recht van toepassing is op de overeenkomst. Deze bepaling is niet relevant in het kader van de toetsing aan het beoordelingskader, zodat een verdere bespreking van deze bepaling achterwege wordt gelaten.

84 Vgl. Rb. Den Haag 7 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:1380: '4.15. Op grond van artikel 14 lid 1 DNR kan RPS slechts aansprakelijk worden gehouden voor directe schade. In de DNR ontbreekt een definitie van 'directe schade'. Artikel 14 lid 2 DNR bepaalt weliswaar dat tot de directe schade (onder meer en voor zover hier van belang) in geen geval behoren bedrijfsschade, productie - verlies, omzet - en/ of winstderving, maar een nadere omschrijving van wat 'directe schade' dan wel inhoudt, ontbreekt in de DNR. De rechtbank zal de vraag welke schade aan RPS kan worden toegerekend mede beoordelen aan de hand van de maatstaven van artikel 6:98 BW.'

10.6.13 Art. 11 Beslechting van geschillen

Art. 11 (beslechting van geschillen) luidt als volgt:

Alle geschillen die naar aanleiding van deze overeenkomst, dan wel naar aanleiding van enige nadere overeenkomst, mochten ontstaan, worden beslecht door arbitrage overeenkomstig de regelen beschreven in de statuten van de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven in Nederland, zoals deze drie maanden voor de dagtekening van deze overeenkomst luiden.

Commentaar

In toetsingscriterium 9 is opgenomen dat gekozen dient te worden voor een getrapte vorm van geschilbeslechting. Daaronder wordt verstaan dat partijen eerst pogen om in onderling overleg en zo snel mogelijk tot een oplossing te komen inzake de geschillen. Voor het geval partijen er niet uitkomen is het van belang dat er opgeschaald kan worden naar andere vormen van tussenpartijdige geschilbeslechting en ten slotte bovenpartijdige geschilbeslechting. Met een dergelijke getrapte geschilbeslechting worden de goede verhoudingen tussen partijen in het bouwproces zoveel mogelijk beschermd.

De geschilbeslechting in art. 11 voldoet niet aan het toetsingscriterium. Er is geen afspraak in opgenomen dat partijen eerst op een laagdrempelige wijze onderling of met hulp proberen tot een oplossing te komen, zonder dat ze zich al in een arbitrale procedure hebben begeven.

Een alternatieve formulering van art. 11 zou als volgt kunnen luiden:

1. (Potentiële) geschillen tussen partijen worden terstond ter kennis gebracht van de coördinator.
2. Indien partijen na dagen geen overeenstemming hebben bereikt over het (potentiële) geschil, legt de coördinator het (potentiële) geschil voor aan de daartoe voorafgaand aan de overeenkomst aangewezen vertegenwoordigers van de betrokken partijen.
3. Indien de betreffende vertegenwoordigers na dagen geen overeenstemming hebben bereikt over het geschil, zal het geschil ter beslechting worden onderworpen aan een mediation procedure.
4. Indien de mediation is geëindigd zonder dat een vaststellingsovereenkomst tot stand is gekomen, zal het geschil wordt beslecht door arbitrage overeenkomstig het arbitragereglement van de Raad van Arbitrage voor de Bouw, zoals dit drie maanden voor de dag van de aanbesteding luidt.

10.6.14 Art. 12 Einde van de overeenkomst

Art. 12 (einde van de overeenkomst) luidt als volgt:

Indien en zodra partijen over en weer geen verplichtingen meer hebben uit hoofde van deze overeenkomst, eindigt deze overeenkomst van rechtswege.

Commentaar

Art. 12 is de laatste bepaling van de overeenkomst en regelt het einde van de overeenkomst. De overeenkomst eindigt van rechtswege indien en zodra partijen over en weer geen verplichtingen meer hebben uit hoofde van deze overeenkomst. In de praktijk zal dat er op neer komen dat de overeenkomst eindigt wanneer de uitvoeringsfase is afgerond. De in deze fase te verrichten werkzaamheden hebben een plaats gekregen in het werkplan en het tijdschema, dat op grond van art. 3 onderdeel is geworden van de overeenkomst.

De overeenkomst kent geen (expliciete) regeling die voorziet in toe- of uittreding uit de multilaterale overeenkomst. In geval van beëindiging van een bilaterale overeenkomst zal wellicht betoogd kunnen worden dat de betreffende contractspartij tot niets meer gehouden is uit hoofde van de coördinatieovereenkomst en dat die derhalve gedeeltelijk (alleen voor wat betreft die contractspartij) beëindigd is.

De coördinatieovereenkomst voldoet op dit punt niet aan toetsingscriterium 12.

Een alternatieve bepaling zou als volgt kunnen luiden:

1. Indien en zodra partijen over en weer geen verplichtingen meer hebben uit hoofde van deze overeenkomst, eindigt deze overeenkomst van rechtswege.
2. Een partij heeft geen verplichtingen meer uit hoofde van deze overeenkomst, indien de bilaterale overeenkomst tussen de betreffende partij en de opdrachtgever (voortijdig) beëindigd is.
3. Indien de opdrachtgever een overeenkomst sluit met een partij over werkzaamheden die afstemming behoeven binnen het kader van deze overeenkomst, kan deze partij toetreden tot deze overeenkomst. De coördinator zal een toetredende partij alle benodigde informatie verschaffen over de voor het moment van toetreding onder deze overeenkomst tot stand gekomen afspraken tussen partijen.

10.7 CONCLUSIE EN BEANTWOORDING DEELVRAAG

In dit hoofdstuk is de volgende deelvraag aan de orde gekomen:

Aan de hand van welke criteria kan bepaald worden of coördinatie in bouwcontracten zodanig is geregeld dat die zo goed mogelijk kan plaatsvinden en voldoen veelgebruikte bouwcontracten aan deze criteria?

Ter beantwoording van deze vraag zijn in de eerste plaats beoordelingskaders geformuleerd voor bilaterale en multilaterale bouwcontracten waarin coördinatie een rol speelt of zou moeten spelen. Daarbij is voortgebouwd op de bouwstenen die in hoofdstuk 8 en hoofdstuk 9 zijn afgeleid uit de management- en juridische discipline.

Deze elkaar deels overlappende beoordelingskaders hebben betrekking op instructie- en toezichtbevoegdheden van de coördinator, de aanwijzing van de meest geschikte partij als coördinator, afspraken met betrekking tot planning en techniek, het kenbaar maken van de informatiebehoefte van partijen, een waarschuwingsplicht voor coördinatieproblemen, de hinder die partijen elkaar binnen een bouwproces toe kunnen brengen, de aansprakelijkheid van partijen en (in het geval van meerpartijenovereenkomsten) een overlegstructuur, afspraken over informatie-uitwisseling, geschilbeslechting, en de toe- en uittreding tot de overeenkomst.

Aan de hand van deze beoordelingskaders zijn achtereenvolgens de UAV 2012, de DNR 2011, de UAV-GC 2005 en de VGBouw Model Uitvoeringscoördinatieovereenkomst 1999 getoetst. Daarbij zijn onder meer de volgende wijzigingsvoorstellen gedaan:

De UAV 2012

Goede coördinatie vereist dat wanneer de UAV 2012 in een multilaterale context worden toegepast, op enkele punten van de UAV 2012 wordt afgeweken. Zo is het verstandig om in afwijking van par. 26 lid 5 een bindend tijdschema overeen te komen, om in aanvulling op par. 27 de status van de bouwvergadering expliciet te regelen en de waarschuwingsplicht uitgebreider te formuleren.

Aan par. 31 (verband met andere werken) zouden de volgende bepalingen kunnen worden toegevoegd:

De directie stelt de aannemer in de gelegenheid kenbaar te maken of deze als gevolg van het verband met andere werken aanvullende gegevens nodig heeft.

De aannemer waarschuwt de directie zo spoedig mogelijk, indien hij op de hoogte raakt van een omstandigheid die een nadelige invloed kan uitoefenen op de coördinatie van in elkander grijpende werken.

De UAV-GC 2005

De UAV-GC kent verschillende mogelijkheden voor coördinatie: art. 9 MBO geeft als optie dat de coördinatie door de opdrachtgever, door de opdrachtnemer of conform een coördinatieovereenkomst geschiedt. Gelet op de verschillende mogelijkheden, kunnen er problemen rijzen ten aanzien van de bevoegdheden van de coördinator. Daarnaast voldoet de UAV-GC niet op het punt van de waarschuwingsplicht.

Dit zijn onderwerpen die zich goed laten regelen in een coördinatieovereenkomst. Het meest eenvoudig lijkt daarom een aanpassing van art. 9 MBO in die zin dat in alle gevallen op basis van een coördinatieovereenkomst wordt gecoördineerd, dus ook wanneer de coördinatie door de opdrachtgever of de opdrachtnemer plaatsvindt. In de (multilaterale) coördinatieovereenkomst zouden dan vervolgens bepalingen kunnen worden opgenomen, waardoor aan het toetsingskader wordt voldaan.

Art. 9 MBO zou als volgt kunnen luiden:

De aard van de in § 8 lid 1 UAV-GC 2005 bedoelde werkzaamheden, alsmede het voorziene tijdstip waarop zij worden verricht, staan omschreven in een bij de Vraagspecificatie gevoegde annex. Deze werkzaamheden worden conform de coördinatieovereenkomst die is opgenomen in de hierboven bedoelde bij de Vraagspecificatie gevoegde annex gecoördineerd:

- door de Opdrachtgever.
- door de Opdrachtnemer.
- door een andere partij, nl.
- niet van toepassing: vooralsnog zijn geen werkzaamheden door nevenopdrachtnemer(s) voorzien.

De DNR 2011

In paragraaf 10.4 werd geconcludeerd dat de DNR alleen op het punt van de waarschuwingsplicht niet voldoet aan de toetsingscriterium. Dit zou kunnen worden opgelost door in art. 6, dat gaat over de situatie waarin samen moet worden gewerkt met derden-adviseurs, een waarschuwingsplicht met betrekking tot afstemming op te nemen. Deze zou als volgt kunnen luiden:

De adviseur waarschuwt de voor de afstemming verantwoordelijke participant zo spoedig mogelijk, indien hij op de hoogte raakt van een omstandigheid die een nadelige invloed kan uitoefenen op de afstemming.

De VGBouw Model Uitvoeringscoördinatieovereenkomst 1999

Een belangrijk aspect binnen deze multilaterale overeenkomst is de aansprakelijkheid van de nevenaannemers onderling en de aansprakelijkheid van de coördinator. Uit het Voorwoord bij de overeenkomst wordt duidelijk dat beoogd is de aansprakelijkheid tussen nevenaannemers onderling uit te sluiten. In de eerste plaats is het de vraag of deze uitsluiting van aansprakelijkheid op een goede manier is neergelegd in het model. In de tweede plaats overtuigt de in de Toelichting gegeven argumentatie niet. Conflicten tussen nevenaannemers worden niet opgelost door aanspraken via de bilaterale relaties met de opdrachtgever af te handelen. Een betere benadering zou zijn om in de verhouding tussen nevenaannemers in te zetten op zo vroeg mogelijke signalering van conflicten, op het maken van werkafspraken over de wijze waarop nevenaannemers omgaan met conflicten en op het

treffen van een regeling voor een zo coöperatief mogelijke vorm van geschilbeslechting die maatwerk kan bieden aan partijen.

De coördinator kan op grond van dit bouwcontractmodel wel aansprakelijk zijn jegens de opdrachtgever, maar niet jegens de nevenaannemers. Ook hier kan de vraag gesteld worden of deze keuze een gelukkige is. De omvang van de aansprakelijkheid jegens de opdrachtgever is echter op verschillende manieren begrensd. In de eerste plaats tot de ‘rechtstreekse’ schade en in de tweede plaats tot de hoogte van de vergoeding die de coördinator ontvangt voor zijn werkzaamheden als coördinator. Deze beperkingen van de omvang van de aansprakelijkheid van de coördinator leveren een risico op voor de opdrachtgever. In het geval dat de schade de beperkingen te boven gaat, zal de opdrachtgever met extra kosten geconfronteerd worden.

Ook bij andere onderwerpen is een verbetering van deze modelovereenkomst mogelijk, zoals de beslechting van geschillen en de (gedeeltelijke) beëindiging van de overeenkomst.

Conclusie en beantwoording onderzoeksvraag coördinatie

In dit hoofdstuk is de volgende onderzoeksvraag behandeld:

Hoe moet de wijze waarop coördinatie in bouwcontracten is geregeld, worden beoordeeld aan de hand van maatstaven voor goede coördinatie die afkomstig zijn uit het (bouw)management- en juridische domein?

Zoals uit de onderzoeksvraag blijkt is het van belang eerst maatstaven op te stellen uit het bouwmanagement- en juridische domein. De bestudering van de bouwmanagementliteratuur vond plaats in hoofdstuk 8. Daar werd allereerst beschreven wat er onder het begrip coördinatie moet worden verstaan. Het begrip coördinatie heeft betrekking op de beheersing van verschillende soorten afhankelijkheidsrelaties die zich in bouwprocessen kunnen voordoen. Als in een bouwproject de uitvoering van de ene activiteit op een bepaalde manier afhankelijk is van de uitvoering van de andere activiteit, dan is er afstemming tussen die activiteiten, oftewel coördinatie nodig. Wordt ingezoomd op de activiteit ‘coördineren’ dan blijkt dat deze ontleed kan worden in vijf deelactiviteiten: leiden, faciliteren, communiceren, controleren, registreren. Deze vijf categorieën kunnen als kader dienen bij de beoordeling van de wijze waarop coördinatie juridisch is geregeld. Zijn elk van de vijf categorieën afgedekt onder de in de bouw gebruikte voorwaarden? Daarvan zal pas sprake zijn wanneer duidelijk is welke taken er binnen elke categorie moeten worden uitgevoerd, wie er voor die taken verantwoordelijk is en welke bevoegdheden daarbij kunnen worden ingezet.

Belangrijk is verder dat er niet alleen expliciet beschreven en uitgevoerde coördinatieprocessen plaatsvinden, maar dat coördinatie ook impliciet kan verlopen. Hierbij is de relationele dimensie van coördinatie van belang, die overigens ook van invloed is voor de wijze waarop expliciete coördinatie verloopt. Naarmate partijen meer vertrouwen in elkaar hebben, meer ervaringen delen, open informatie uitwisselen over en weer routines opbouwen, zal er vaker een impliciet verloop van coördinatie optreden, waardoor afstemming binnen bouwprojecten als het ware ‘vanzelf’ plaatsvindt.

De expliciete coördinatie-activiteiten moeten door de verschillende bij een bouwproces betrokken partijen worden uitgevoerd. Een belangrijke rol is echter weggelegd voor de partij die een leidende rol heeft bij coördinatie: de coördinator. Voor

de beantwoording van de vraag welke partij het meest geschikt is om de rol van coördinator te vervullen, zijn de volgende factoren van belang:

1. De competenties van een partij met betrekking tot het vervullen van de coördinerende rol;
2. Relevante kennis van een partij over projectspecifieke afstemmingsproblemen;
3. De informatiepositie van een partij in een project.

Het hierboven beschreven fenomeen coördinatie is van groot belang in bouwprocessen. Het bereiken van de doelstellingen van een bouwproject hangt nauw samen met een goed verloop van de coördinatie. Met een goed verloop van de coördinatie in het bouwproces wordt bedoeld, dat ontwerpwerkzaamheden en uitvoeringswerkzaamheden succesvol worden gecoördineerd, evenals de aansluiting van ontwerp op uitvoering.

In het algemeen zijn er verschillende soorten oorzaken denkbaar die problemen op kunnen leveren voor de coördinatie van het bouwproces: oorzaken die samenhangen met de eigenschappen van het bouwproces, economische oorzaken, oorzaken die voortvloeien uit de houding of hoedanigheid van partijen en juridische oorzaken. Partijen die betrokken zijn bij bouwcontracten waarin coördinatie een rol speelt, kunnen aan de hand van deze verschillende oorzaken beziën in hoeverre op het gebied van coördinatie specifieke oorzaken van problemen aanwezig zijn in een project.

Een belangrijke oorzaak van coördinatieproblematiek is dat grote bouwprojecten vaak worden opgeknipt in deelprojecten. Hieronder ontstaat een verlies aan overzicht over het gehele project, zeker wanneer geen centrale figuur is gecontracteerd die verantwoordelijk is voor de (constructieve) samenhang van de deelprojecten.

Het opknippen van projecten brengt specifieke raakvlakrisico's met zich die vaak een relatie hebben met het sluiten van overeenkomsten die ten grondslag liggen aan de activiteiten die partijen uitvoeren. Te denken valt aan het moment van contracteren in relatie tot de uitvoering van andere contracten, (wijzigingen in) de scope van de contracten, de toebedeling van onderlinge verantwoordelijkheden, het creëren van prikkels om raakvlakproblemen te voorkomen en het zo vroeg mogelijk identificeren van raakvlakproblemen.

Meer in het algemeen bestaan er verschillende beheersingsmechanismen die kunnen worden toegepast in het bouwproces. Vanuit die invalshoek kan worden opgemerkt dat een goede projectstructuur met effectieve informatie-uitwisseling, een systematische benadering van raakvlakproblemen en een gelaagde benadering van het toezicht dat wordt uitgevoerd in het kader van coördinatie behulpzaam kunnen zijn om de coördinatie van een project zo succesvol mogelijk te laten verlopen.

Een volgend belangrijk aspect bij coördinatie is dat partijen dienen samen te werken om afstemmingsproblemen te voorkomen. Factoren die de samenwerking tus-

sen partijen positief of negatief beïnvloeden, kunnen daarom ook de coördinatie van het bouwproces positief of negatief beïnvloeden.

Bij samenwerking kan onder meer gedacht worden aan de ‘zachte’ aspecten van het bouwproces aan de orde, zoals de cultuur van een project, vertrouwen, open communicatie en het voorkomen van een ‘blame culture’. Deze onderwerpen zijn niet eenvoudig in een afdwingbare contractuele bepaling te vatten, maar het is wel mogelijk dat partijen met elkaar in overleg gaan en procesafspraken maken die bij kunnen dragen aan goede verhoudingen. Ook is denkbaar dat zogenaamd ‘eilandgedrag’ wordt tegengegaan door het creëren van contractuele prikkels met betrekking tot het verloop van het gehele project.

Uit onderzoek naar sturingsmechanismen voor contractuele relaties zijn aspecten van de samenwerking tussen partijen af te leiden die van belang zijn voor het contracteren over de coördinatie van het bouwproces. Die aspecten hebben kort samengevat betrekking op:

- de omvang van de coördinatieopdracht en de daarbij behorende bevoegdheden;
- de wijze waarop besluiten over coördinatie worden genomen;
- de verdeling van risico's die samenhangen met coördinatie;
- de wijze waarop partijen met conflicten omgaan en
- de wijze waarop partijen geschillen beslechten.

Met betrekking tot de beheersing van conflicten is van belang dat vroegtijdig de risico's met betrekking tot conflicten worden herkend en dat deze gezamenlijk worden aangepakt. Hierdoor kunnen conflicten waar mogelijk worden voorkomen of worden opgelost voor ze verder evolueren en in ernst toenemen. Voorts kunnen procesafspraken gemaakt worden die betrekking hebben op de methode van het oplossen van conflicten, de personen die daarbij betrokken worden en de mate waarin partijen zich polariserend gedragen in conflictsituaties.

Het valt echter niet uit te sluiten dat conflicten evolueren en dat er juridische geschillen ontstaan tussen partijen. Dit is een onderwerp dat ook in bouwcontracten die betrekking hebben op coördinatie geregeld kan worden. Het verdient in dit verband aanbeveling om zoveel mogelijk gebruik te maken van geschilbeslechting die gericht is op onderlinge overeenstemming en op een snelle oplossing. Het kan uiteraard voorkomen dat partijen er onderling niet uitkomen, dus is het van belang dat er (in meerdere stappen) opgeschaald kan worden naar bovenpartijdige geschiloplossing.

Een laatste belangrijk aspect in de managementliteratuur is communicatie. Het is raadzaam om in het kader van coördinatie na te denken over de uitwisseling van informatie. Welke (soort) informatie moet gewisseld worden en welke niet? Partijen kunnen hier afspraken over maken.

Voorts kunnen uit de oorzaken van informatieproblemen afgeleid worden hoe in algemene zin partijen afspraken kunnen maken om communicatie in het bouwproces te verbeteren. Daarbij kan gedacht worden aan de keuze voor bepaalde communicatiemiddelen, het direct communiceren en het identificeren van de informatiebehoefte van partijen.

Tot slot zijn de informatiestromen bij coördinatie relevant. Voor het contracteren over coördinatie is dit van belang, omdat partijen eventuele informatieverplichtingen betrekking moeten hebben op de informatiestromen die nodig zijn voor coördinatie. Voor het verloop van coördinatie is essentieel dat relevante informatie tijdig wordt uitgewisseld tussen de betrokken partijen en de informatiestromen op gang worden gebracht.

Vervolgens is in hoofdstuk 9 onderzoek gedaan naar juridische maatstaven voor de beoordeling van de wijze waarop coördinatie is geregeld in bouwcontracten. Daarbij zijn samenwerkingsmodellen onder ogen gezien die gebruik kunnen worden voor de samenwerking tussen bij coördinatie betrokken partijen. Bij deze analyse bleek dat bepaalde modellen expliciet gericht zijn op coördinatie, zoals ketensamenwerking, bouwteam en ontwerpteam. Deze samenwerkingsmodellen zijn over het algemeen meer 'horizontaal' georganiseerd.

Andere modellen bevatten specifieke elementen die het ontstaan van coördinatieproblemen kunnen voorkomen. Ook is sprake van een positieve beïnvloeding van factoren die van belang zijn voor het verloop van coördinatie in het bouwproces, zoals samenwerking. Hierbij kan, naast de eerder genoemde modellen, gedacht worden aan de alliantie en de bouwcombinatie.

Bij andere samenwerkingsmodellen zijn juist elementen aanwezig die coördinatieproblemen in de hand kunnen werken en zijn er geen of in mindere mate elementen aanwezig die factoren van belang voor coördinatie op een positieve manier kunnen beïnvloeden. Deze samenwerkingsmodellen zijn over het algemeen meer 'verticaal' of hiërarchisch georganiseerd (nevenaanneming, onderaanneming, geïntegreerde opdracht). Bij deze samenwerkingsmodellen, die vaak voorkomen in de praktijk, is een goede contractuele regeling van coördinatie van groot belang.

Op deze 'problematische' samenwerkingsmodellen zijn vervolgens de grondfiguren gebaseerd die voor dit onderzoek vanuit juridisch perspectief het meest relevant worden geacht voor coördinatie.

In deze grondfiguren komen verschillende soorten overeenkomsten voor, namelijk aannemingsovereenkomsten, adviesovereenkomsten, geïntegreerde overeenkomsten en tot slot de specifiek op coördinatiegerichte meerpartijenovereenkomst.

Vanuit een juridisch-dogmatisch perspectief kunnen er drie soorten rechtsverhoudingen worden aangewezen in de gehanteerde grondfiguren: bilaterale overeen-

komsten, meerpartijenovereenkomsten (multilaterale overeenkomsten) en samenhangende rechtsverhoudingen.

Verplichtingen van partijen in het bouwproces met betrekking tot de coördinatie van dat proces kunnen hun grondslag vinden in deze verschillende soorten rechtsverhoudingen. In het geval van een contractuele rechtsverhouding wordt deze grondslag gevormd door de overeenkomst. Tussen partijen die niet direct contractueel met elkaar verbonden zijn kan de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm ingekleurd worden door de aan de hand van de omstandigheden van het geval te beoordelen samenhang van rechtsverhoudingen in het bouwproces.

Hoewel uit deze samenhang van rechtsverhoudingen partijen onderlinge verplichtingen voort kunnen vloeien en het mogelijk is ook buiten-contractuele samenwerkingssafspraken te maken, biedt het aangaan van een contractuele verhouding door partijen meer mogelijkheden om de coördinatie van het bouwproces op een positieve manier te beïnvloeden.

Deze contractuele verhoudingen kunnen alleen van bilaterale aard zijn, maar kunnen ook worden aangevuld met een tussen twee of meer partijen te sluiten meerpartijenovereenkomst, de coördinatie-overeenkomst.

Dit betekent dat de bilaterale overeenkomsten tussen partijen, zoals de aannemingsovereenkomst en de adviesovereenkomst gebruikt kunnen worden voor drie contractuele modellen, onderaanneming/ondergeschikte adviesovereenkomsten, nevenaanneming/nevengeschikte adviesovereenkomsten met coördinatieovereenkomst en nevenaanneming/nevengeschikte adviesovereenkomsten zonder coördinatieovereenkomst. Afhankelijk van het gekozen model zal de betreffende bilaterale overeenkomst anders kunnen of moeten worden ingevuld. Daarbij zijn de volgende aandachtspunten van belang:

- De bevoegdheden van de coördinator.
- De informatie-uitwisseling en samenwerking tussen partijen in relatie tot overige participanten in het bouwproces.
- De aansprakelijkheden van partijen met betrekking tot schade die ontstaat als coördinatierisico's zich manifesteren.

Voorts dient, in het geval er sprake is van nevenaanneming of nevenadvies zonder coördinatie-overeenkomst en de opdrachtgever de coördinatie niet zelf wil verrichten, een afzonderlijke coördinatieopdracht te worden verstrekt aan een partij. Daarbij zijn van belang:

- de taken en verantwoordelijkheden van de coördinator en de opdrachtgever;
- de aansprakelijkheid van de coördinator jegens de opdrachtgever;

Aandachtspunten voor de multilaterale overeenkomst zijn:

- het maken van procesafspraken in het kader van samenwerking en communicatie tussen nevenaannemers/nevenadviseurs onderling;
- de door de coördinator te verrichten taken en de daarbij behorende bevoegdheden van de coördinator;
- de aansprakelijkheden van partijen jegens elkaar. Dit onderwerp speelt in verschillende relaties, zoals opdrachtgever-nevenaannemer, coördinator-nevenaannemer, coördinator-opdrachtgever, nevenaannemer-nevenaannemer, nevenaannemers-opdrachtgever;
- de mogelijkheid tot uittreding voor partijen in het geval van beëindiging van de bilaterale overeenkomst(en) van die partijen en de mogelijkheid tot toetreding van in het geval van partijen die gedurende de looptijd van de multilaterale overeenkomst betrokken raken bij het bouwproject.

Met behulp van bovengenoemde analyse vanuit bouwmanagement- en juridisch perspectief zijn in hoofdstuk 10 beoordelingskaders geformuleerd aan de hand waarvan de UAV 2012, de DNR 2011, de UAV-GC 2005 en de VGBouw Model Uitvoeringscoördinatieovereenkomst 1999 zijn getoetst.

De elkaar deels overlappende beoordelingskaders hebben betrekking op instructie- en toezichtbevoegdheden van de coördinator, de aanwijzing van de meest geschikte partij als coördinator, afspraken met betrekking tot planning en techniek, het kenbaar maken van de informatiebehoefte van partijen, een waarschuwingsplicht voor coördinatieproblemen, de hinder die partijen elkaar binnen een bouwproces toe kunnen brengen, de aansprakelijkheid van partijen en (in het geval van meerpartijenovereenkomsten) een overlegstructuur, afspraken over informatie-uitwisseling, geschilbeslechting, en de toe- en uittreding tot de overeenkomst.

Bij de beoordeling zijn de volgende aanbevelingen gedaan.

De UAV 2012

Goede coördinatie vereist dat wanneer de UAV 2012 in een multilaterale context worden toegepast, op enkele punten van de UAV 2012 wordt afgeweken. Zo is het verstandig om in afwijking van par. 26 lid 5 een bindend tijdschema overeen te komen, om in aanvulling op par. 27 de status van de bouwvergadering expliciet te regelen en de waarschuwingsplicht uitgebreider te formuleren.

Aan par. 31 (verband met andere werken) zouden de volgende bepalingen kunnen worden toegevoegd:

De directie stelt de aannemer in de gelegenheid kenbaar te maken of deze als gevolg van het verband met andere werken aanvullende gegevens nodig heeft.

De aannemer waarschuwt de directie zo spoedig mogelijk, indien hij op de hoogte raakt van een omstandigheid die een nadelige invloed kan uitoefenen op de coördinatie van in elkander grijpende werken.

De UAV-GC 2005

De UAV-GC kent verschillende mogelijkheden voor coördinatie: art. 9 MBO geeft als optie dat de coördinatie door de opdrachtgever, door de opdrachtnemer of conform een coördinatieovereenkomst geschiedt. Gelet op de verschillende mogelijkheden, kunnen er problemen rijzen ten aanzien van de bevoegdheden van de coördinator. Daarnaast voldoet de UAV-GC niet op het punt van de waarschuwingsplicht.

Dit zijn onderwerpen die zich goed laten regelen in een coördinatieovereenkomst. Het meest eenvoudig lijkt daarom een aanpassing van art. 9 MBO in die zin dat in alle gevallen op basis van een coördinatieovereenkomst wordt gecoördineerd, dus ook wanneer de coördinatie door de opdrachtgever of de opdrachtnemer plaatsvindt. In de (multilaterale) coördinatieovereenkomst zouden dan vervolgens bepalingen kunnen worden opgenomen, waardoor aan het toetsingskader wordt voldaan.

Art. 9 MBO zou als volgt kunnen luiden:

De aard van de in § 8 lid 1 UAV-GC 2005 bedoelde werkzaamheden, alsmede het voorziene tijdstip waarop zij worden verricht, staan omschreven in een bij de Vraagspecificatie gevoegde annex. Deze werkzaamheden worden conform de coördinatieovereenkomst die is opgenomen in de hierboven bedoelde bij de Vraagspecificatie gevoegde annex gecoördineerd:

- door de Opdrachtgever.
- door de Opdrachtnemer.
- door een andere partij, nl.
- niet van toepassing: vooralsnog zijn geen werkzaamheden door nevenopdrachtnemer(s) voorzien.

De DNR 2011

In paragraaf 10.4 werd geconcludeerd dat de DNR alleen op het punt van de waarschuwingsplicht niet voldoet aan de toetsingscriterium. Dit zou kunnen worden opgelost door in art. 6, dat gaat over de situatie waarin samen moet worden gewerkt met derden-adviseurs, een waarschuwingsplicht met betrekking tot afstemming op te nemen. Deze zou als volgt kunnen luiden:

De adviseur waarschuwt de voor de afstemming verantwoordelijke participant zo spoedig mogelijk, indien hij op de hoogte raakt van een omstandigheid die een nadelige invloed kan uitoefenen op de afstemming.

De VGBouw Model Uitvoeringscoördinatieovereenkomst 1999

Een belangrijk aspect binnen deze multilaterale overeenkomst is de aansprakelijkheid van de nevenaannemers onderling en de aansprakelijkheid van de coördinator. Uit het Voorwoord bij de overeenkomst wordt duidelijk dat beoogd is de aansprakelijkheid tussen nevenaannemers onderling uit te sluiten. In de eerste plaats is het de vraag of deze uitsluiting van aansprakelijkheid op een goede manier is neergelegd in het model. In de tweede plaats overtuigt de in de Toelichting gegeven argumentatie niet. Conflicten tussen nevenaannemers worden niet opgelost door aanspraken via de bilaterale relaties met de opdrachtgever af te handelen. Een betere benadering zou zijn om in de verhouding tussen nevenaannemers in te zetten op zo vroeg mogelijke signalering van conflicten, op het maken van werkafspraken over de wijze waarop nevenaannemers omgaan met conflicten en op het treffen van een regeling voor een zo coöperatief mogelijke vorm van geschilbeslechting die maatwerk kan bieden aan partijen.

De coördinator kan op grond van dit bouwcontractmodel wel aansprakelijk zijn jegens de opdrachtgever, maar niet jegens de nevenaannemers. Ook hier kan de vraag gesteld worden of deze keuze een gelukkige is. De omvang van de aansprakelijkheid jegens de opdrachtgever is echter op verschillende manieren begrensd. In de eerste plaats tot de 'rechtstreekse' schade en in de tweede plaats tot de hoogte van de vergoeding die de coördinator ontvangt voor zijn werkzaamheden als coördinator. Deze beperkingen van de omvang van de aansprakelijkheid van de coördinator leveren een risico op voor de opdrachtgever. In het geval dat de schade de beperkingen te boven gaat, zal de opdrachtgever met extra kosten geconfronteerd worden.

Ook bij andere onderwerpen is een verbetering van deze modelovereenkomst mogelijk, zoals de beslechting van geschillen en de (gedeeltelijke) beëindiging van de overeenkomst.

Slotbeschouwing

Overkoepelende conclusie toezicht en coördinatie

12.1 INLEIDING

Toezicht en coördinatie zijn activiteiten die gericht zijn op het beheersen van risico's die aanwezig zijn in een bouwproces.¹ Vanuit een breed perspectief delen de activiteiten toezicht en coördinatie dus een gemeenschappelijk doel. Daarnaast hebben de activiteiten toezicht en coördinatie, zoals aan het begin van dit onderzoek al werd opgemerkt², een vergelijkbare aard. Met deze beide activiteiten wordt op eenzelfde manier invloed uitgeoefend op het bouwproces. Door op sturende wijze te communiceren met andere participanten van het bouwproces. De toezichthouder en de coördinator brengen niet zelf (een deel van) het eindproduct van een bouwfase voort, zoals een ontwerper en aannemer dat doen, maar geven slechts instructies aan deze partijen. Er is dus kort gezegd sprake van een indirecte bijdrage aan de totstandkoming van een ontwerp of een bouwwerk.

Dat de bijdrage van toezichthoudende en coördinerende partijen een indirecte is, wil niet zeggen dat deze bijdrage van ondergeschikt belang is. Integendeel, uit het feit dat zowel toezicht als coördinatie in het centrum van de belangstelling staan in de discussie over bouwkwaliteit en het voorkomen van ongevallen kan afgeleid worden dat het om activiteiten gaat, die van groot belang zijn voor het succes van een bouwproject.³

In dit bouwrechtelijke onderzoek zijn twee fenomenen, toezicht en coördinatie, onderzocht aan de hand van een overkoepelende onderzoeksvraag. Deze vraag luidt als volgt:

-
- 1 Zie over de aard en oorzaak van deze risico par. 8.3.3.
 - 2 Zie de Algemene inleiding.
 - 3 Hierbij kan bijvoorbeeld gewezen worden op het wetsvoorstel Wet kwaliteitsborging voor het bouwen, dat in belangrijke mate gebaseerd is op een wijziging in het toezicht, namelijk de introductie private kwaliteitsborging. Ook op het gebied van coördinatie zijn er relevante ontwikkelingen. Zo beveelt de Onderzoeksraad voor de Veiligheid naar aanleiding van het hijsongeval in Alphen aan den Rijn aan om in een bouwproject één centrale partij aan te wijzen die verantwoordelijk is voor een systematisch proces van risicobeheersing. Deze regiefunctie is in wezen een functie die (mede) coördinatie omvat.

Op welke wijze dienen toezicht en coördinatie juridisch geregeld te zijn om een optimale bijdrage te leveren aan het succes van bouwprojecten?

Deze onderzoeksvraag is vervolgens gesplitst in een centrale vraag voor toezicht en een centrale vraag voor coördinatie.⁴ De achtergrond van de splitsing van het onderzoek in twee delen is dat er op juridisch vlak ook belangrijke verschillen bestaan tussen toezicht en coördinatie, waardoor voor toezicht en coördinatie verschillende juridische leerstukken van belang zijn.

12.2 VERSCHILLEN TUSSEN TOEZICHT EN COÖRDINATIE

In deze paragraaf licht ik de naar mijn mening drie belangrijkste verschillen toe:

- De multilaterale context waarin coördinatie plaatsvindt, ten opzichte van het in beginsel bilaterale verband waarin toezicht plaatsvindt;
- Coördinatie is noodzakelijk voor en gaat vooraf aan de uitvoering van werkzaamheden en toezicht is optioneel en volgt op de uitvoering van werkzaamheden;
- Coördinatie is een privaatrechtelijk fenomeen, terwijl toezicht niet alleen op privaatrechtelijke maar ook op publiekrechtelijke grondslag kan berusten.

12.2.1 Multilateraal verband versus bilateraal verband

Zowel coördinatie als toezicht vinden vaak plaats in een multilateraal verband. Er is dan bijvoorbeeld sprake van een opdrachtgever, een of meer opdrachtnemers en een toezichthouder of coördinator. Dit betekent dat zowel bij toezicht als bij coördinatie bevoegdheden moeten worden overeengekomen die een toezichthouder of coördinator kan uitoefenen jegens een opdrachtnemer.

Een relevant verschil is echter dat er bij coördinatie per definitie sprake moet zijn van meer dan één opdrachtnemer, voor er coördinatie plaats zal vinden.⁵ Dit is wezenlijk anders dan bij toezicht, dat (ook) plaats kan vinden, wanneer er maar sprake is van één opdrachtnemer, zoals bij de opdrachtgever die toezicht houdt op een aannemer. Dit onderscheid betekent dat bij coördinatie de (juridische) relatie tussen opdrachtnemende partijen, zoals deze is vormgegeven in bilaterale en/of multilaterale overeenkomsten een belangrijke factor van betekenis is. Bij toezicht in beginsel de in een bilaterale overeenkomst vormgegeven relatie tussen opdrachtgever en opdrachtnemer centraal staat.

4 Zie par. 1.3 en 7.3.2.

5 Dit geldt althans voor zover coördinatie relevant is in het kader van dit onderzoek. Ook tussen verschillende werknemers van één en dezelfde opdrachtnemer zal coördinatie plaats dienen te vinden wanneer zij werkzaamheden uitvoeren met een onderlinge afhankelijkheidsrelatie, maar deze coördinatie is dan geen onderwerp van een overeenkomst en in zoverre niet relevant vanuit het contractenrechtelijke perspectief dat gehanteerd wordt in dit onderzoek.

12.2.2 Noodzakelijke voorwaarde versus optionele activiteit

Coördinatie is in geval van nevenopdrachtneming een noodzakelijke voorwaarde om de projectdoelstellingen te bereiken. Wordt informatie niet verstrekt dan weet de opdrachtnemer niet op welk moment hij welke activiteit uit moet voeren om afstemmingsproblemen te voorkomen. Er zijn veel verschillende raakvlakrisico's die zich kunnen realiseren.⁶ Bij coördinatie speelt het aspect 'faciliteren' daarom een belangrijke rol.⁷

Voor toezicht ligt dit wezenlijk anders. Toezicht is geen noodzakelijke voorwaarde voor een correcte uitvoering van de werkzaamheden door een opdrachtnemer. Toezicht kan wel een extra zekerheid bieden met betrekking tot de vraag of werkzaamheden correct worden uitgevoerd worden, maar behelst slechts een controle.

Waar het tekortschieten van de coördinator nadelige gevolgen zal hebben voor de wijze waarop een opdrachtnemer zijn werkzaamheden kan uitvoeren, ontstaat het tekortschieten van de toezichthouder pas⁸, wanneer eerst de opdrachtnemer zelf tekort is geschoten. De causale relatie tussen het tekortschieten van de toezichthouder of coördinator enerzijds en de opdrachtnemer anderzijds ligt anders. Dit belangrijke verschil plaatst toezicht en coördinatie, vanuit een causaliteitsperspectief geredeneerd in twee verschillende categorieën. Wordt de coördinatiefunctie niet goed uitgevoerd, dan is het voor de opdrachtnemer niet goed mogelijk om zijn opdracht naar behoren uit te voeren. Voor wat betreft de coördinatie is de opdrachtnemer derhalve afhankelijk van de medewerking van andere partijen. Wordt de toezichtsfunctie niet goed uitgevoerd, dan betekent dit in beginsel niet dat de opdrachtnemer daardoor niet in staat is om zijn opdracht goed uit te voeren.

12.2.3 Een publiekrechtelijke component

Coördinatie vindt altijd plaats op grond van een overeenkomst. De verplichting tot coördinatie zal expliciet of impliciet uit een overeenkomst voort moeten vloeien.⁹ Evenzo geldt voor bevoegdheden in het kader van coördinatie dat daar een contractuele grondslag voor te vinden moet zijn.

Bij toezicht ligt dit anders, omdat toezicht op bouwprojecten zowel op privaatrechtelijke grondslag als op publiekrechtelijke grondslag wordt uitgevoerd. Verplichtingen en bevoegdheden op het gebied van toezicht kunnen derhalve uit het publiekrecht voortvloeien, hetgeen juridische implicaties heeft voor vervolgvragen over de uitvoering van het toezicht en de eventuele aansprakelijkheid daarvoor wanneer die uitvoering onder de maat is.

6 Zie par. 8.3.4.

7 Vgl. par. 8.2.3.2.

8 Althans, dit wordt dan pas juridisch relevant.

9 Vgl. Chao-Duvis 2009, par. 2.1.

12.2.4 Tussenconclusie

De bovengenoemde verschillen rechtvaardigen naar mijn mening dat toezicht en coördinatie in dit onderzoek in twee afzonderlijke delen zijn onderzocht. Er zijn echter ook belangrijke overeenkomsten die rechtvaardigen dat toezicht en coördinatie binnen één onderzoek zijn samengebracht.

12.3 OVEREENKOMSTEN

De belangrijkste aspecten waarop toezicht en coördinatie heel vergelijkbaar zijn:

- De activiteiten toezicht en coördinatie vallen voor een deel samen, er bestaat een overlap;
- Toezicht en coördinatie vereisen dezelfde soort contractuele regelingen;¹⁰
- Bij toezicht en coördinatie spelen dezelfde soort aansprakelijkheidsvragen.

12.3.1 Overlap van coördinatie en toezicht

Allereerst is sprake van een zekere mate van overlap tussen de activiteiten toezicht en coördinatie. Toezicht staat niet altijd op zichzelf. Er kunnen meerdere toezichthouders betrokken zijn bij een bouwproject. Dit betekent dat er raakvlakken zijn tussen de verschillende toezichtactiviteiten en dat er onderlinge afstemming, oftewel coördinatie, nodig kan zijn. Voorts zullen nu juist de raakvlakken van de verschillende werkzaamheden interessant zijn voor een toezichthouder, omdat zich ten aanzien van die raakvlakken veel risico's manifesteren.¹¹

Andersom kan gesteld worden dat toezicht ook een belangrijk onderdeel van coördinatie is. Wanneer de hoofdactiviteit coördinatie gesplitst wordt naar deelactiviteiten dan valt niet alleen het opstellen van een planning of bepaalde voorschriften en het verstrekken van instructies daaromtrent onder coördinatie, maar ook het toezien op de naleving van de afstemmingsinstructies.¹² Een coördinator die effectief wil optreden, zal op de hoogte moeten zijn van problemen die spelen, zoals het niet naleven van zijn instructies of het ontoereikend blijken van zijn instructies.

12.3.2 Dezelfde eisen aan contractuele regelingen

Zowel toezicht als coördinatie zijn onderwerpen die aan de orde komen in bouwcontracten. In die bouwcontracten zullen de juridische aspecten van beide activiteiten geregeld moeten worden. In dit onderzoek is in kaart gebracht welke toetsingscriteria gehanteerd dienen te worden om toezicht en coördinatie zo goed mogelijk te regelen.¹³ Bij vergelijking van deze toetsingskaders, valt op dat bij

10 Althans voor zover sprake is van toezicht op privaatrechtelijke grondslag.

11 Vgl. Priemus & Ale 2010, p. 121.

12 Zie par. 8.2.3.2.

13 Zie par. 3.6 en 10.2.

toezicht en coördinatie dezelfde typen eisen gesteld kunnen worden aan overeenkomsten.¹⁴ Deze eisen hebben betrekking op:

- De zorgvuldigheid waarmee het toezicht en de coördinatie wordt uitgevoerd. Zo mag van zowel de toezichthouder als de coördinator verwacht worden dat deze voldoende deskundig zijn om hun taken uit te voeren, dat ze zich laten leiden door een risicobenadering en dat ze hun taken met voldoende intensiteit uitvoeren.
- De bevoegdheden die een toezichthouder of coördinator kan uitoefenen jegens opdrachtnemers. Een zekere hiërarchie is nodig in zowel de relatie tussen een opdrachtnemer en een toezichthouder en een opdrachtnemer en een coördinator. Zo zullen zowel de toezichthouder als de coördinator tot op zekere hoogte de bevoegdheid moeten hebben om instructies te geven, op de naleving daarvan toe te zien en eventueel te interveniëren wanneer deze instructies niet worden nageleefd.
- De verantwoording richting de opdrachtgever. Zowel de toezichthouder als de coördinator zal zich in zijn relatie met de opdrachtgever moeten verantwoorden voor de wijze waarop ze hun taken hebben uitgevoerd.

12.3.3 Dezelfde aansprakelijkheidsvragen

Zowel bij toezicht als bij coördinatie spelen uiteindelijk dezelfde soorten aansprakelijkheidsvragen¹⁵:

- Kan een opdrachtnemer in zijn verhouding tot de opdrachtgever aanspraken ontlenen aan gebrekkig uitgevoerd toezicht en gebrekkig uitgevoerde coördinatie? Bij de beantwoording van deze vraag is in de eerste plaats één van de bovengenoemde verschillen relevant, namelijk dat de opdrachtnemer voor de correcte uitvoering van zijn opdracht afhankelijk is van coördinatie, maar niet van toezicht. Sterker nog, aan gebrekkig toezicht gaat een fout van de opdrachtnemer zelf vooraf. Uitgangspunt zou derhalve moeten zijn dat de opdrachtnemer in beginsel wel aanspraken kan ontlenen aan gebrekkig uitgevoerde coördinatie, maar niet aan gebrekkig uitgevoerd toezicht.¹⁶ Indien

14 Ik licht hier alleen de overeenkomsten uit. Er zijn ook eisen die in dit onderzoek alleen bij toezicht (onafhankelijkheid) en alleen bij coördinatie (samenwerking/overleg tussen nevenschikende opdrachtnemers) gehanteerd worden.

15 Opgemerkt wordt dat bij het toezicht op publiekrechtelijke grondslag een zeer belangrijke extra vraag is in hoeverre derden (die niet bij het bouwproject zijn betrokken) de toezichthouder aan kunnen spreken.

16 In beginsel, want het is uiteraard wel mogelijk dat een opdrachtnemer zelf in de causale keten treedt die uiteindelijk tot de fout leidt waardoor hij geen aanspraken kan ontlenen aan gebrekkige coördinatie. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer de opdrachtnemer in het kader van coördinatie bepaalde fouten maakt (hij waarschuwt niet waar dat wel had gemoeten, hij leeft instructies van de coördinator niet na). Ook in het geval van toezicht moet een uitzondering worden gemaakt

wel aanspraken worden erkend van de opdrachtnemer jegens de opdrachtgever vanwege gebrekkig toezicht, dan levert dit weliswaar een prikkel op tot het zorgvuldig uitvoeren van het toezicht, maar wordt tegelijkertijd de bij de opdrachtnemer aanwezige prikkel tot het leveren van een deugdelijke prestatie verminderd en wordt afbreuk gedaan aan de effectiviteit van het toezicht. Toezicht wordt dan tot op zekere hoogte contraproductief voor het doel dat er aan ten grondslag ligt, het beheersen van risico's. Deze redenering vindt binnen het privaatrechtelijke toezicht een plaats binnen het leerstuk van de eigen schuld. Een zelfde redenering dient te worden toegepast in het geval van publiek toezicht. Als een vergunninghouder de publieke toezichthouder aan zou kunnen spreken voor fouten in het toezicht, verdwijnt de prikkel om zelf de publiekrechtelijke normen na te leven. Bij publiek toezicht vindt dit argument een plaats binnen het leerstuk van het relativiteitsvereiste.

- Kan een opdrachtgever een toezichthouder of coördinator aanspreken voor schade als gevolg van gebrekkig uitgevoerd toezicht of gebrekkig uitgevoerde coördinatie?

Een lastig punt bij zowel de toezichthouder als de coördinator is dat de omvang van de opdracht in financiële zin vaak beperkt is in vergelijking met de totale omvang van het project en ook in vergelijking met de mogelijke schade die kan voortvloeien uit fouten in het toezicht of de coördinatie. Aansprakelijkheidsbeperkingen in door toezichthouders en coördinatoren gehanteerde voorwaarden

12.3.4 Beantwoording overkoepelende onderzoeksvraag

De bovenstaande paragrafen brengen mij tot een beantwoording van de overkoepelende onderzoeksvraag.

Op welke wijze dienen toezicht en coördinatie juridisch geregeld te zijn om een optimale bijdrage te leveren aan het succes van bouwprojecten?

In essentie komt het in dit onderzoek geformuleerde antwoord neer op een drietal elementen. In de eerste plaats zullen er voldoende juridische randvoorwaarden moeten worden gecreëerd voor toezicht en coördinatie. De toezichthouder en de coördinator moeten voldoende bevoegdheden en middelen hebben om hun taken effectief en efficiënt uit te kunnen voeren. In de tweede plaats moeten er juridische eisen gesteld worden aan de handelwijze van niet alleen de toezichthouder en coördinator, maar ook aan de handelwijze van de partijen op wie toezicht wordt gehouden en de partijen die worden gecoördineerd. Hierbij valt te denken aan eisen op het gebied van deskundigheid, zorgvuldigheid, samenwerking, communicatie. Tot slot is van belang dat de aansprakelijkheid voor schade wordt gelegd bij veroorzaker van de schade. Dit betekent dat de partij op wie toezicht wordt gehouden, zich niet kan beroepen op het niet opmerken van zijn fout door de toezichthouder. En dat een partij die jegens een andere partij tekortschiet op grond van een multila-

voor het geval dat de toezichthouder in de causale keten treedt, bijvoorbeeld door verkeerde instructies te verstrekken.

terale coördinatieovereenkomst door die andere partij kan worden aangesproken.¹⁷ Dat verdient niet alleen vanuit een juridisch causaliteitsperspectief de voorkeur, maar leidt er ook toe dat de prikkels om de risico's te beheersen waar toezicht en coördinatie zich op richten bij de juiste partijen worden neergelegd, waardoor het doel van toezicht en coördinatie dichterbij gebracht wordt.

12.4 TOT SLOT

Zowel toezicht als coördinatie spelen van oudsher een belangrijke rol in het bouwproces. Beide activiteiten worden uitgevoerd om risico's die zich in bouwprojecten voordoen te beheersen. Hoewel het te onderscheiden activiteiten zijn, zowel vanuit de 'managementdiscipline' bekeken als vanuit een juridisch perspectief, spelen dezelfde typen juridische vragen. Deze vragen kunnen voor zowel toezicht als coördinatie langs dezelfde lijnen worden beantwoord door doel en ratio van toezicht en coördinatie te betrekken bij juridische leerstukken waarbinnen. Daarmee kunnen uiteindelijk ook de juridische regelingen die ten grondslag liggen aan de in een bouwproject uitgevoerde activiteiten een bijdrage leveren aan het beheersen van de risico's die het welslagen van dat project kunnen bedreigen.

17 En die aanspraken dus niet via een keten van bilaterale contracten hun weg moeten vinden.

Samenvatting

Toezicht en coördinatie zijn elkaar deels overlappende activiteiten die van groot belang kunnen zijn voor het succesvol verloop van een bouwproces. Zowel toezicht als coördinatie is in de eerste plaats een bouwactiviteit die binnen de context van het bouwproces uitgevoerd wordt met als doelstelling het bouwproces succesvol te laten verlopen. Toezicht en coördinatie vormen derhalve geen puur juridisch onderwerp. Aan zowel toezicht als coördinatie zitten echter heel interessante juridische aspecten, die de vraag oproepen: op welke wijze dienen toezicht en coördinatie juridisch geregeld te zijn om een optimale bijdrage te leveren aan het succes van bouwprojecten?

Opzet onderzoek

Voor de beantwoording van deze vraag, is het eerst noodzakelijk zowel het begrip toezicht als het begrip coördinatie helder te definiëren. Toezicht is het verzamelen van informatie, het beoordelen van de verzamelde informatie en het interveniëren indien de beoordeling daar aanleiding toe geeft. Toezicht bestaat derhalve uit drie categorieën van deelactiviteiten. Uit de aard van de activiteiten wordt duidelijk dat toezicht in beginsel volgt op de uitvoering van bouwactiviteiten in de ontwerp- en uitvoeringsfase en geen noodzakelijke voorwaarde vormt voor het bouwproces. Coördinatie kan worden omschreven als het managen van onderlinge afhankelijkheden tussen activiteiten met een bepaald doel. Dit beheersingsproces is wel een noodzakelijke voorwaarde voor uitvoering van bouwactiviteiten in de ontwerp- en uitvoeringsfase en gaat daarom (gedeeltelijk) vooraf aan die activiteiten. Ook coördinatie kan worden ontleed in verschillende categorieën van deelactiviteiten: leiden, faciliteren, communiceren, controleren en registreren. Een belangrijk verschil tussen beide activiteiten is dat toezicht zich in beginsel afspeelt in de bilaterale relatie tussen de toezichthouder en de partij op wie toezicht wordt gehouden. Voor de activiteit coördinatie geldt dat die wordt uitgevoerd in een multilaterale context en dat er naast de coördinator meerdere partijen betrokken zijn.

Zowel het onderwerp toezicht als coördinatie kan vanuit verschillende invalshoeken bestudeerd worden. In de eerste plaats is de invalshoek van de toezicht- of managementdiscipline van belang. Bij toezicht en coördinatie dient immers voorop te staan dat deze zo goed mogelijk functioneren binnen het bouwproces.

In de tweede plaats is het bij een onderzoek naar de juridische regeling van toezicht en coördinatie van belang om beide onderwerpen ook vanuit een juridisch perspectief in ogenschouw te nemen. Een dergelijk juridisch perspectief laat bijvoorbeeld zien welke partij verantwoordelijk is voor toezicht en coördinatie, welke invloed juridische keuzes hebben op het verloop van toezicht en coördinatie en welke juridische gevolgen verbonden kunnen worden aan tekortschietend toezicht

of tekortschietende coördinatie. Daarbij is relevant dat de opdrachtgever in beginsel verplicht is tot coördinatie en in beginsel niet verplicht tot toezicht.

Toezicht

Bestudering van de toezichtliteratuur en de juridische literatuur over toezicht heeft geresulteerd in een aantal beginselen van goed toezicht. Deze beginselen hebben betrekking op de effectiviteit van toezicht en de belangen waar toezicht zich op dient te richten, de voor deze effectiviteit benodigde onafhankelijkheid van de toezichthouder, de deskundigheid van de toezichthouder, de mogelijkheid om op verschillende niveaus toezicht te houden, de benodigde bevoegdheden en middelen voor toezicht, de risicogestuurdheid van toezicht, de juiste intensiteit van het toezicht, de keuze voor interventies bij niet-naleving, de samenwerking met andere toezichthouders, transparantie en verantwoording voor toezicht en de aansprakelijkheid van toezicht.

Aan de hand van deze beginselen zijn de overeenkomsten en wettelijke regelingen beoordeeld die de relatie tussen opdrachtgever en aannemer en opdrachtgever en toezichthouder beheersen.

Zowel bij het privaatrechtelijk als het publiekrechtelijk toezicht speelt de vraag of en in welke mate de partij op wie toezicht wordt gehouden aanspraken kan ontlenen aan het niet opmerken van fouten door de toezichthouder. Voor beide soorten toezicht geldt dat dergelijke aanspraken met het oog op goed toezicht onwenselijk zijn. Indien de partij op wie toezicht wordt gehouden de toezichthouder kan aanspreken voor het niet opmerken van fouten (het betreft hier de eerste twee deelactiviteiten van toezicht), wordt het toezicht namelijk contraproductief. Het toezicht zou dan immers een juridische prikkel tot naleving weghalen bij de partij op wie toezicht wordt gehouden. Deze argumentatie kan bij privaatrechtelijk toezicht binnen het leerstuk van de eigen schuld worden gevolgd. Voor het publiekrechtelijk toezicht geldt dat het relativiteitsvereiste het kader vormt waarbinnen deze argumentatie gehanteerd kan worden. Het relativiteitsvereiste bakent immers de groep van benadeelden af die bescherming kan ontlenen aan een door de toezichthouder geschonden norm. Ontstaat schade bij de partij op wie toezicht wordt gehouden doordat de toezichthouder ten onrechte actief heeft geïntervenieerd (de derde deelactiviteit van toezicht), dan kan aansprakelijkheid van de toezichthouder wel wenselijk zijn.

Voor de aansprakelijkheid van de publieke toezichthouder jegens derden geldt dat daarvan in beginsel een positieve werking kan uitgaan op de kwaliteit van toezicht. Ook deze vorm van aansprakelijkheid zal echter niet snel kunnen worden aangenomen. De bijzondere positie van de toezichthouder zorgt ervoor dat niet snel sprake zal zijn van een schending van de zorgvuldigheidsnorm. Voorts zal in het geval er een bestuursrechtelijk besluit is genomen de formele rechtskracht aan aansprakelijkheid in de weg kunnen staan. Tot slot blijkt uit de rechtspraak dat ook bij de aansprakelijkheid jegens derden het relativiteitsvereiste een belemmering

voor aansprakelijkheid kan vormen. Een te strikte benadering van deze leerstukken leidt ertoe dat toezichthouders zich niet hoeven te verantwoorden, hetgeen afbreuk kan doen aan een goed verloop van het toezicht.

Tot slot zijn bij de uitvoering van publiekrechtelijk toezicht door private toezichthouders enkele bijzondere aandachtspunten van belang. Uit de beginselen van goed toezicht vloeit onder meer voort dat voor toezicht onafhankelijke oordeelsvorming vereist is. Deze onafhankelijke oordeelsvorming kan onder druk komen te staan, wanneer de private toezichthouder gecontracteerd wordt door de partij op wie hij toezicht moet houden. Er bestaat dan niet alleen een toezichtrelatie maar ook een opdrachtrelatie tussen deze partijen. Commerciële prikkels kunnen ertoe leiden dat de private toezichthouder andere dan toezichtbelangen mee laat wegen. Daarnaast kunnen commerciële prikkels ertoe leiden dat het toezicht zo goedkoop en daardoor zo beperkt mogelijk wordt uitgevoerd.

Een ander punt van aandacht betreft de contractuele relatie tussen de private toezichthouder en zijn opdrachtgever. Indien die contractuele verhouding teveel ruimte biedt voor de opdrachtgever om de private toezichthouder aansprakelijk te stellen, dan vormt dit een bedreiging voor de onafhankelijkheid van het toezicht. In de wet zullen hier derhalve waarborgen voor moeten worden ingebouwd.

Coördinatie

Voor coördinatie levert bestudering van de managementliteratuur en de juridische literatuur een aantal gecombineerde gezichtspunten op aan de hand waarvan bouwcontracten op het punt van coördinatie kunnen worden beoordeeld. Het is het onder meer van belang dat bouwcontracten de meest geschikte partij aanwijzen als coördinator en dat deze coördinator over voldoende bevoegdheden beschikt om de verschillende deelactiviteiten van coördinatie uit te kunnen voeren. Daarnaast dienen bouwcontracten zoveel mogelijk bij te dragen aan het vroegtijdig signaleren en beheersen van raakvlakrisico's, dienen bouwcontracten een coöperatieve houding tussen partijen te bevorderen, ook in geval van conflicten of geschillen, waarbij ze elkaar zo min mogelijk hinderen en dienen bouwcontracten te voorzien in een overlegstructuur en partijen te stimuleren om effectief met elkaar te communiceren en de voor coördinatie relevante informatie uit te wisselen. Ook bij coördinatie dienen tot slot de aansprakelijkheidsprikkels dusdanig te worden neergelegd bij partijen dat daarvan een positieve invloed op het verloop van coördinatie uitgaat.

Aan de hand van deze gezichtspunten zijn de UAV 2012, de UAV-GC 2005, de DNR 2011 en de VGBouw Model Uitvoeringscoördinatieovereenkomst 1999 beoordeeld.

Het meest in het oog springende resultaat van deze beoordeling betrof de aansprakelijkheidsregeling in de VGBouw Model Uitvoeringscoördinatieovereenkomst 1999. Uit de Toelichting op dit Model wordt duidelijk dat beoogd is de aansprake-

lijkheid tussen nevenaannemers onderling uit te sluiten. In de eerste plaats is het de vraag of deze uitsluiting van aansprakelijkheid op een goede manier is neergelegd in het model. In de tweede plaats overtuigt de in de Toelichting gegeven argumentatie niet. Conflicten tussen nevenaannemers worden niet opgelost door aanspraken via de bilaterale relaties met de opdrachtgever af te handelen. Een betere benadering zou zijn om in de verhouding tussen nevenaannemers in te zetten op zo vroeg mogelijke signalering van conflicten, op het maken van werkafspraken over de wijze waarop nevenaannemers omgaan met conflicten en op het treffen van een regeling voor een zo coöperatief mogelijke vorm van geschilbeslechting die maatwerk kan bieden aan partijen.

De coördinator kan op grond van dit bouwcontractmodel wel aansprakelijk zijn jegens de opdrachtgever, maar niet jegens de nevenaannemers. Ook hier kan de vraag gesteld worden of deze keuze een gelukkige is. De omvang van de aansprakelijkheid jegens de opdrachtgever is voorts op verschillende manieren begrensd. In de eerste plaats tot de 'rechtstreekse' schade en in de tweede plaats tot de hoogte van de vergoeding die de coördinator ontvangt voor zijn werkzaamheden als coördinator. Deze beperkingen van de omvang van de aansprakelijkheid van de coördinator leveren een risico op voor de opdrachtgever. In het geval dat de schade de beperkingen te boven gaat, zal de opdrachtgever met extra kosten geconfronteerd worden.

Ook bij andere onderwerpen is een verbetering van deze modelovereenkomst mogelijk, zoals de beslechting van geschillen en de (gedeeltelijke) beëindiging van de overeenkomst.

Conclusie

Worden toezicht en coördinatie in samenhang gezien dan is er een drietal gezamenlijke elementen van belang. In de eerste plaats zullen er voldoende juridische randvoorwaarden moeten worden gecreëerd voor toezicht en coördinatie. De toezichthouder en de coördinator moeten voldoende bevoegdheden en middelen hebben om hun taken effectief en efficiënt uit te kunnen voeren. In de tweede plaats moeten er juridische eisen gesteld worden aan de handelwijze van niet alleen de toezichthouder en coördinator, maar ook aan de handelwijze van de partijen op wie toezicht wordt gehouden en de partijen die worden gecoördineerd. Hierbij valt te denken aan eisen op het gebied van deskundigheid, zorgvuldigheid, samenwerking, communicatie. Tot slot is van belang dat de aansprakelijkheid voor schade wordt gelegd bij veroorzaker van de schade. Dit betekent dat de partij op wie toezicht wordt gehouden, zich niet kan beroepen op het niet opmerken van zijn fout door de toezichthouder. En dat een partij die jegens een andere partij tekortschiet op grond van een multilaterale coördinatieovereenkomst door die andere partij kan worden aangesproken. Daarmee kunnen de juridische regelingen die ten grondslag liggen aan de in een bouwproject uitgevoerde toezicht- en coördinatie-activiteiten een bijdrage leveren aan het beheersen van de risico's die op het welslagen van dat project van invloed kunnen zijn.

Summary

Supervision and coordination are partly overlapping activities, with each contributing significantly to the successful completion of construction projects. Both supervision as well as coordination are first and foremost operational activities executed within the context of the construction process with the primary goal of ensuring the satisfactory completion of the construction project. Therefore, supervision and coordination have additional meaning beyond their status as legal concepts, though, as legal concepts, they raise an important question: in what way should we legally operationalize and implement the concepts of supervision and coordination, so that they may contribute optimally to the success of construction projects?

Research design

In order to answer the above question, it is necessary to clearly define the concepts of supervision and coordination. I define supervision as the sum of three supporting parts: the gathering of information, the assessment of that information, and to intervene if the assessment of the information calls for doing so. The nature of these supervisory activities dictate that they follow the execution of events in the design and build phases of a construction project. As such, supervision is not a constitutive element of the construction process. Coordination - defined as the management of interdependent activities with a shared goal - on the other hand, is essential to both the design and build phases of a construction project, and therefore frequently - at least in part - precedes those construction activities. As with supervision, coordination can be broken down into several sub-components: leadership, facilitation, communication, control, and registration. An important distinction between supervision and coordination is that while supervision takes place in a bilateral relationship between the supervisor and the supervised, coordination occurs in a multilateral context that can involve any number of interested parties in addition to the coordinator.

Both supervision and coordination can be approached from a variety of perspectives. First of all, there is the operational perspective, focusing on the space supervision and coordination occupy within the context of the construction process. The way in which these concepts are positioned and operationalized within the context of a construction project greatly determines their effectiveness.

Secondly, there is the legal perspective, which is essential in an investigation into the legal position of supervision and coordination within the context of construction projects. Examining supervision and coordination from a legal perspective facilitates making a determination about responsibilities for supervision and coordination, about the effects of certain legal choices on the operational execution

of supervision and coordination, as well as about the legal consequences of ineffective supervision or inadequate coordination. (In this context, it is important to note that a client, in principle, has a duty to coordinate, but does not have a corresponding obligation to exercise supervision.)

Supervision

An examination of both the literature on supervision broadly construed as well as the body of work specifically discussing supervision in a legal context has yielded a list of principles essential for efficacious supervision. These principles relate to the effectiveness of said supervision, as well as to the interests supervision intends to protect. For instance, in order for supervision to be effective, the supervisor should be independent and possess a certain degree of expertise, and have the ability to supervise on multiple levels. The principles also speak to the powers required to exercise supervision, as well as the necessary means to do so. Furthermore, the principles speak to what extent supervision should be risk-driven, how intensive it should be, and to the options for interventions in the case of non-performance of contractual obligations. Finally, the principles of efficacious supervision consider cooperation between supervisors, transparency, and any legal liabilities for supervisory work.

With the principles mentioned above clearly defined, it was possible to conduct an extensive analysis of the statutes as well as the boilerplate contracts governing the relationships between clients and contractors and between clients and supervisors.

Whether and to what extent a supervisor can be held liable for any errors by a supervisee is an issue that occurs both in public law as well as in civil law relationships. Regardless of context, these claims are considered antithetical to the principles of efficacious supervision and therefore undesirable. For instance, it would be counterintuitive and counterproductive if it were possible for a supervisee to hold a supervisor liable for not noticing any construction defects caused by the supervisee (the first and second elements of supervision are implicated here). After all, if a possibility to do so were to exist, there would be no legal incentive for the supervisee to fulfill their contractual obligations. Within a supervisory context governed by civil law, the principle of contributory negligence would apply. In a supervisory relationship under the color of public law, one would apply the framework of the relativity requirement. Indeed, the relativity requirement limits the field of potential injured parties who can hold a supervising party liable for the violation of any public law norms. On the other hand, if a supervisee suffers damages as a result of an unjustified intervention by a supervising party (the third element of supervision), it could be desirable to have the ability to hold the supervising party liable.

The ability for third parties to hold public entities acting in a supervisory capacity liable for damages is generally considered to exert a positive influence on the quality of the supervision itself. However, as was the case in previous examples,

there is a high threshold for proving negligence and successfully assigning liability for damages with the supervising party. The special position of the supervising party implies that a violation of the principle of due diligence will not be easily assumed. In addition, if the supervisory intervention involves an administrative act, the principle of irrevocability (in Dutch, “formele rechtskracht”) can prevent the assigning of liability for damages with the respective public entity acting in a supervisory capacity. Finally, legal precedent dictates that in cases of third party claims for damages, the principle of relativity can be a limiting factor in assigning liability with public entities. However, a dogmatic application of these doctrines would make it impossible to hold supervising entities accountable, which in turn would negatively impact the integrity of the supervisory process.

A number of particular caveats apply when a private party is contracted to perform supervisory tasks in a public law context. The principles of efficacious supervision dictate that in order for supervision to be effective and meaningful, the supervising party has to occupy an independent position relative to the party/parties being supervised. However, if the supervisory relationship exists concurrently to a dependent vendor-client relationship, the incentive to provide an independent, neutral assessment of the project under supervision may be perverted by the vendor’s commercial incentive to please their client. Furthermore, these same commercial incentives may encourage these contracted supervisors to fulfill their contractual obligations in the narrowest and cheapest way possible.

The neutrality of contracted supervisor may be further undermined if the contractual relationship between the (public) client and the (private) contracted supervising party allows the client to claim damages from the supervising party. The legislature will have to provide statutory safeguards to prevent such scenarios from occurring.

Coordination

With regard to coordination, the joint examination management literature as well as legal texts results in a number of hybrid principles by which the coordination provisions in construction contracts can be evaluated. First of all, construction contracts should designate the most appropriate party to fulfill the role of coordinator, and ensure that this coordinator has the authority to carry out each and every sub-component of their coordinating mission. In addition, construction contracts should encourage the early-stage flagging of any interface risks, and foster a cooperative relationship between parties, even if conflicts should occur. Furthermore, construction contracts should facilitate deliberative structures, and encourage parties to communicate effectively and to exchange all information relevant to the coordination process. Finally, as with supervisory process, the coordination process should prevent any perverse liability incentives from occurring.

The abovementioned principles were used as guideposts to evaluate the UAV 2012, UAV-GC 2005, DNR 2011, and “*VGBouw Model Uitvoeringscoördinatieovereenkomst 1999*” model construction contracts.

The most salient finding of this evaluation pertains to the liability clauses contained in the *VGBouw Model Uitvoeringscoördinatieovereenkomst 1999* model construction contract. According to the Model’s Explanatory Notes, these clauses specifically seek to indemnify ancillary contractors against any liability. First of all, it is unclear whether the model contract correctly implements these indemnification clauses. More importantly, the rationale for these indemnification clauses provided by the Annotation to the model contract is far from convincing. In the event of a conflict between ancillary contractors, the Model dictates that these conflicts be resolved through a bilateral arrangement between the ancillary contractor and the client. However, a multilateral structure in which ancillary contractors engage with each other and with the client would be a better solution, and would facilitate the early-stage flagging of any conflicts, the creation of a process in which ancillary contractors can address these conflicts, and the institution of a cooperative conflict resolution structure that can offer tailor-made solutions to all parties involved.

In this particular Model Contract, the construction coordinator can only be held liable for damages by the client, not by any ancillary contractors. One might question the judiciousness of such an arrangement. Additionally, the Model imposes several limits on the coordinator’s liability for damages against the client. First of all, the Model provides that the coordinator shall be liable solely for so-called “direct damages,” and secondly, that any damages awarded to the client cannot exceed the fee the coordinator received for their services. These limitations create an additional risk for the client, and may result in additional costs should they be confronted with damages that exceed these constraints.

This particular Model Contract could be further improved by considering changes to the language of the provisions governing conflict resolution and the (partial) termination of the agreement.

Conclusion

Three shared principles are important to highlight when supervision and control are considered in relation to one another. First of all, supervision and coordination both require sufficiently robust legal frameworks. Both the supervising party and the coordinator require adequate mandates and means in order to effectively fulfill their roles in the construction project. Secondly, it would be beneficial if, in addition to the actions of the supervisor and coordinator, the activities of the parties under supervision and/or coordination would be subject to legal constraints as well. One might think of such constraints in the areas of expertise, due diligence, cooperation, and communication. Third, it is imperative that liability for damages lies with the party causing said damage, and that supervisees be prevented from

evading responsibility for any damages caused by defects by claiming the supervising party failed to note any defects. Finally, a party in breach of a multilateral coordination agreement should be able to be held accountable by the other parties to the contract. By providing these procedural safeguards, the legal principles governing supervision and coordination in a construction context can contribute to managing the risks that can threaten construction projects' successful completion.

Literatuurlijst

Abrahamson 1984

M.W. Abrahamson, 'Risk Management', *International Construction Law Review* 1984, p. 241-264.

Adriaansens 1995

C.A. Adriaansens, 'Enig toezicht', *BR* 1995, p. 181-186.

Aelen 2014

M. Aelen, *Beginselen van goed markttoezicht*, Boom Juridische Uitgevers 2014.

Alaghbari e.a. 2007

Wa'el Alaghbari, Mohd. Razali A. Kadir, Azizah Salim, Ernawati, 'The significant factors causing delay of building construction projects in Malaysia', *Engineering, Construction and Architectural Management* 2007, p. 192-207.

Albers & Heinen 2008

C.L.G.F.H. Albers en P.C.M. Heinen, 'Civiele en strafrechtelijke aansprakelijkheid van gemeenten bij falend bouw- en woningtoezicht', *Gemeentestem* 2008, p. 669-683.

Albers & Heinen 2010

C.L.G.F.H. Albers en P.C.M. Heinen, 'Een (verkapte) civielrechtelijke immuniteit voor toezicht- en handhavingsfalen van overheidsorganen?', *Gemeentestem* 2010, p. 501-510.

Ale 2009

B.J.M. Ale, *Risk: an introduction. The concepts of risk, danger and chance*, Abingdon: Routledge 2009.

Algemene Rekenkamer 2012

Algemene Rekenkamer, *Verantwoording en toezicht bij organisaties op afstand van het Rijk. Achtergronddocument 2012*, Den Haag 2012.

Ambtelijke Commissie Toezicht I 2001

Ambtelijke Commissie Toezicht, *Vertrouwen in onafhankelijkheid*, 2001.

Ambtelijke Commissie Toezicht II 2005

Ambtelijke Commissie Toezicht, *Toezicht: naar naleving voor de samenleving*, 2005.

Amrit & Van Hillegersberg

C. Amrit & J. van Hillegersberg, 'Mapping Social Network to Software Architecture to Detect Structure Clashes in Agile Software Development', in: 15th European Conference on Information Systems, ECIS 2007, June 7-9, 2007, St. Gallen, Switzerland, p. 334-345.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I*. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Kluwer 2012.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Kluwer 2013.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2015.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012

Jac. Hijma, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel I. Koop en ruil*, Deventer: Kluwer 2013.

Asser/Kortmann, De Leede & Thunnissen 5-III 1994

S.C.J.J. Kortmann, L.J.M. de Leede & H.O. Thunnissen, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel III. Opdracht, arbeidsovereenkomst, aanneming van werk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV. Opdracht, incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2014.

Asser/Van den Berg 2017

M.A.M.C. van den Berg, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Bijzondere overeenkomsten. Deel VI. Aanneming van werk*, Deventer: Kluwer 2017.

Baarsma e.a. 2003

Baarsma e.a., *Zelf doen? Inventarisatiestudie van zelfreguleringsinstrumenten*, Amsterdam: SEO Economisch Onderzoek 2003.

Bailetti, Callahan & DiPietro 1994

A.J. Bailetti, J.R. Callahan & P. DiPietro, 'A coordination structure approach to the management of projects', *IEEE Transaction on Engineering Management* 41, 1994, p. 394-403.

Bakels 1996

F.B. Bakels, 'Vloeiend verbintenissenrecht', *RM Themis* 1996, p. 42-56.

Ballard & Seibold 2003

D.I. Ballard & D.R. Seibold, 'Communicating and organizing in time: A meso-level model of organizational temporality', *Management Communication Quarterly*, 2003, p. 380-415.

Barendrecht 2011

J.M. Barendrecht, 'Onafhankelijkheid van toezicht is wel/niet essentieel', *Tijdschrift voor toezicht* 2011/3.

Barendrecht e.a. 2007

J.M. Barendrecht, C.E.C. Jansen, M.B.M. Loos, A.P. Pinna, R.M. Cascao & S. van Gulijk, *Principles of European law. Service Contracts*, Munich: Sellier European Law Publishers 2007.

Barendrecht & Baarsma 2012

J.M. Barendrecht & B.E. Baarsma, 'Mediation 2.0', *NJB* 2012, p. 2239-2243.

Barendrecht & Van Beukering-Rosmuller 2000

J.M. Barendrecht & Van Beukering-Rosmuller, *Recht rond onderhandeling. Naar verbintenissenrecht, procesrecht en rechtspraak die sporen met moderne geschiloplossingsmethoden*, Den Haag: Boom 2000.

Barendrecht & De Vries 2006

J.M. Barendrecht & B.R. de Vries, 'Fitting the Forum to the Fuss with Sticky Defaults: Failure in the Market for Dispute Resolution Services?', *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 2006, p. 83-118.

Barkhuysen & Diepenhorst 2005

T. Barkhuysen en M.L. Diepenhorst, 'Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkige naleving van milieu- en veiligheidsvoorschriften op grond van nationaal recht en het EVRM, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak (red.), *Recht Realiseren*, Deventer: Kluwer 2005.

Bartels & Bøe 2012

T.B. Bartels & M.A. Bøe, *Coordination in the Construction Process* (Master Thesis Aalborg Universitet) 2012.

Van der Beek 2014

H.L. Van der Beek, 'Burgerlijk Wetboek Boek 7', in: H.L. van der Beek & M.A.B. Chao-Duivis, *Tekst & Commentaar Bouwrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 1-54.

Bektaş 2013

E. Bektaş, *Knowledge Sharing Strategies for Large Complex Building Projects*, 2013.

Van den Berg 1977

M.A.M.C. van den Berg, 'Cirkelfiguren in de bouw', in: D.W.P. Ruiter en J.W. van Zundert, D.L. Richardson en L.C. Brinkman & M.A.M.C. van den Berg, *Schaalvergroting in de bouw* (preadvies VBR), Deventer: Kluwer 1977, p. 95-138.

Van den Berg 1990

M.A.M.C. van den Berg, *Samenwerkingsvormen in de bouw*, Deventer: Kluwer 1990.

Van den Berg 1992

M.A.M.C. van den Berg, 'Resultaat naar werk', in: E.H. Hondius e.a. (red.), *Qoud licet* (Kleijn-bundel), Deventer: Kluwer 1992, p. 1-17.

Van den Berg 2016

M.A.M.C. van den Berg, 'Bouwcontracten', in: Chao-Duivis & Bregman 2016, Den Haag: IBR 2016, p. 117-182.

Van den Berg & Overtoom 2006

B. van den Berg & P.J.J. Overtoom, 'De Verborgene Gebreken Verzekering', *BR* 2006, p. 417-423.

Van Beukering-Rosmuller 2007

E. van Beukering-Rosmuller, *Geschilafdoening in zakelijke contracten*, Den Haag: Boom 2007.

Bloembergen 1978

A.R. Bloembergen, 'Standaardregelingen omtrent de uitvoering van werken in de bouw', *BR* 1978, p. 246-254.

Bloemendaal & Van der Geest 2011

R. Bloemendaal & E. van der Geest, *Het Experiment A2 Hooggelegen*, Veerkracht 2011.

De Blois e.a. 2011

M. de Blois, B. Herazo-Cueto, I. Latunova & G. Lizarralde, 'Relationships between construction clients and participants of the building industry: structures and mechanisms of coordination and communication', *Architectural engineering and design management* 2011, p. 3-22.

Blomberg 2007

A.B. Blomberg, 'Leren van eerdere evaluaties (commissie oosting en commissie alders) en de jurisprudentie', p. 208-209, in: Onderzoekscommissie Bos en Lommerplein, *Gebroken hart. Hoofdrapport van Onderzoekscommissie Bos en Lommerplein*, Amsterdam: 2007.

BNA/NL Ingenieurs 2014

BNA/NL Ingenieurs,

De Boeck 2000

A. de Boeck, *Informatierechten en – plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten. Grondslagen, draagwijdte en sancties*, Antwerpen: Intersentia 2000.

Bosch-Rekvelde 2013

M. Bosch-Rekvelde, *Rapportage onderzoek projectcomplexiteit grote bouwprojecten*, februari 2013.

Breedveld-De Voogd e.a. 2015

C.G. Breedveld-de Voogd e.a. (red.), *De meerpartijovereenkomst* (BWKJ), Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Broekema-Engelen & Van Cassel 2009

B.J. Broekema-Engelen & F.M. van Cassel, 'De aanneming van bouwwerken in het 'Ontwerp Gemeenschappelijk Referentiekader' en in Nederland: toezicht tijdens de bouw en oplevering van het werk', *Contracteren* 2009, p. 61-70.

Bruggeman 2010

E.M. Bruggeman, *De koop-/aannemingsovereenkomst in breed perspectief*, Den Haag: IBR 2010.

Brunner 1979

C.J.H. Brunner, 'De produktaansprakelijkheid en consumentenbescherming in de bouw', *BR* 1979, p. 589-599.

Brunner 1981

C.J.H. Brunner, 'Causaliteit en toerekening van schade', *Verkeersrecht* 1981, p. 210-217.

Bunni 2009

N.G. Bunni, 'The four criteria of risk allocation in construction contracts', *ICLR* 2009, p. 4-22.

Busch 2007

D. Busch, 'Toezichhoudersaansprakelijkheid: de stand van zaken', *VrA* 2007/3, p. 66-81.

Busch 2010

D. Busch, *Aansprakelijkheid van financiële toezichthouders* (Cahier Privaatrecht), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2010.

Busch 2011

D. Busch, *Naar een beperkte aansprakelijkheid van financiële toezichthouders?*, Deventer: Kluwer 2011.

Busuioc 2012

M. Busuioc, *The Accountability of European Agencies. Legal Provisions and Ongoing Practices*, Delft: Eburon 2012.

Cafaggi 2008

F. Cafaggi, *Contractual Networks and the Small Business Act: Towards European Principles?*, EUI Working Paper LAW No. 2008/15.

Cahen 2004

J.L.P. Cahen, *Overeenkomst en derden* (Monografieën Nieuw BW B57), Deventer: Kluwer 2004.

Chao 2016

A.M.B. Chao, 'Een kennismaking met het New Engineering Contract: Engineering and Construction Contracts (NEC3 ECC)', in: M.A.B. Chao-Duivis, J.M. Hebly & E.J. Blom, *Van het gebaande pad*, Den Haag: IBR 2016, p.1-25.

Chao-Duivis 1991

M.A.B. Chao-Duivis, 'Informatie- en mededelingsplichten: een causaliteitsprobleem', *BR* 1991, p.81-94.

Chao-Duivis 2002

M.A.B. Chao-Duivis, 'Nieuwe contractvormen in de bouw: is er nog toekomst voor de UAV 1989?', *BR* 2002, p. 361-370.

Chao-Duivis 2009

M.A.B. Chao-Duivis, 'Juridische implicaties van het werken met BIM', *TBR* 2009/44, p. 204-212.

Chao-Duivis 2009

M.A.B. Chao-Duivis, 'Juridische aspecten van coördinatie', in: J.F. de Groot & H.M. Slaghekke, *Frank en Vrij (Thunnissen-bundel)*, Den Haag: IBR 2009, p. 33-43.

Chao-Duivis 2010

M.A.B. Chao-Duivis, *Aansprakelijkheid voor gebreken in de keten van het bouwen*, Den Haag: IBR 2010.

Chao-Duivis 2012

M.A.B. Chao-Duivis, *Het bouwteam model. Een studie naar de juridische vormgeving en het functioneren in de praktijk*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2012.

Chao-Duivis 2013

M.A.B. Chao-Duivis in: M.A.B. Chao-Duivis & J.W.F. Wamelink, *Juridische aspecten van ketensamenwerking. Naar een multidisciplinaire benadering* (preadvies VBR), Den Haag: IBR 2013, p. 1-5, 31-190.

Chao-Duivis 2013a

M.A.B. Chao-Duivis, 'De verhouding onderaannemer-hoofdaannemer-opdrachtgever (deel 2)', *TBR* 2013/81, p. 548-563.

Chao-Duivis 2013b

M.A.B. Chao-Duivis, *UAV 2012 Toegelicht*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2013.

Chao-Duivis 2015

M.A.B. Chao-Duivis, *Juridische handreiking relatie BIM-protocol en de DNR 2011 (voor adviseurs en opdrachtgevers)*, Den Haag: IBR 2015.

Chao-Duivis 2015a

M.A.B. Chao-Duivis, 'Naar een andere regeling van de aansprakelijkheid na oplevering', *TBR* 2015/19.

Chao-Duivis 2016

M.A.B. Chao-Duivis, 'Nogmaals: naar een andere regeling van de aansprakelijkheid na oplevering, exit het onderscheid verborgen en niet-verborgen gebreken', *TBR* 2016/80.

Chao-Duivis 2016a

M.A.B. Chao-Duivis, 'Zaaksbeschadiging/hinder', in: M.A.B. Chao-Duivis & A.G. Bregman, *Bouwrecht in kort bestek*, Den Haag: IBR 2016, p. 233-253.

Chao-Duivis & Strang 2013

M.A.B. Chao-Duivis & H.P.C.W. Strang, *Naar een andere verdeling van verantwoordelijkheid in de bouw*, Den Haag: IBR 2013.

Chao-Duivis & Wamelink 2013

M.A.B. Chao-Duivis & J.W.F. Wamelink, *Juridische aspecten van ketensamenwerking. Naar een multidisciplinaire benadering* (preadvies VBR), Den Haag: IBR 2013.

Collins 2011

H. Collins, 'Introduction to Networks as Connected Contracts', in: Teubner 2011, p. 1-76.

Commissie Veerman 2009

Commissie Veerman, *Bouwen aan verbinding. Advies van de onafhankelijke Commissie Veerman over de toekomst van de Noord/Zuidlijn te Amsterdam*, 2 juni 2009.

Construction Industry Review Committee

Construction Industry Review Committee, *Construct for Excellence*, January 2001.

Construction Task Force 1998

Construction Task Force, *Rethinking Construction. The report of the Construction Task Force to the Deputy Prime Minister, John Prescott, on the scope for improving the quality and efficiency of UK construction*, 1998.

Cooper e.a. 2005

R. Cooper and G. Aouad, A. Lee, S. Wu, A. Fleming, M. Kagioglou, *Process Management in Design and Construction*, Blackwell 2005.

Couwenberg 2011

F. Couwenberg, 'Raakvlakmanagement: database helpt bij afstemming deelcontracten in groot project', *IPMA Projectie Magazine* 2011, p. 6-11.

CROW 2005

CROW, *Toelichting bij Model Basisovereenkomst en UAV-GC 2005*, 2005.

Crowston 1998

K. Crowston, 'A Coordination Theory Approach to Organizational Process Design', *Organization Science* 1998, Issue 2, p. 157-175.

Van Dam 2002

C.C. van Dam, 'Aansprakelijkheid van de overheid wegens onvoldoende toezicht en handhaving', in: J.M. Barendrecht e.a., *Kring van aansprakelijken bij massaschade*, Den Haag: Vermande 2002, p. 37-60.

Van Dam 2006

C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid van toezichthouders, Deel I: Algemeen rapport*, WODC, Ministerie van Justitie 2006.

Van Dam 2006a

C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid van toezichthouders. Samenvatting*, WODC, Ministerie van Justitie 2006

Van Dam 2010

C.C. van Dam, 'Aansprakelijkheid voor falend toezicht in tijden van financiële cholera- over coma-bankieren, vuvuzela-juristerij en de Nederlandse Bank', *NTBR* 2010.

Dainty, Moore & Murray 2006

A. Dainty, D. Moore & M. Murray, *Communication in Construction*, Taylor & Francis 2006.

Derkink & Mans 2006

M.F.A. Derkink & D.G. Mans, *Leren van instortingen! – het vervolgetraject. Voorstellen voor acties in vervolg op de eerste fase van het gelijknamige project van de CUR Bouw & Infra*, Gouda: CUR Bouw & Infra 2006.

Deutsch 1949

M. Deutsch, 'A Theory of Co-operation and Competition', *Human Relations* 1949, p. 129-152.

Van Dijk 2003

C.H. van Dijk, 'Aansprakelijkheid voor falend toezicht op banken en verzekeraars', *NTBR* 2003, p. 188-196.

Dirix 1983

E. Dirix, *De meerpartijovereenkomst* (preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in Nederland en België), *TPR*, p. 757-794.

Van der Does & Snijders 2001

J.A.E. van der Does & G. Snijders, *Overheidsprivaatrecht* (Mon. Nieuw BW A26), Deventer: Kluwer 2001.

Donders 1995

N.J.M. Donders, 'Enige kanttekeningen bij het directietoezicht in de bouw', *BR* 1995, p. 177-181.

Van Dongen 2012

S. van Dongen, 'Groups of contracts', in: Samoy & Loos 2012, p. 9-28.

Van Dongen 2016

S. van Dongen, *Groepen van contracten*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Drion 1982

H. Drion, 'De meerpartijovereenkomst en zijn problemen', in: W.M. Kleyn e.a. (red.), *Lugdunum Batavorum Juri Sacri*, Deventer: Kluwer 1982, p. 1-11.

Drion 2005

P.J.M. Drion, 'Kampt de gebrekkige opstal met een gebrekkige regeling?', in: P.J.M. Drion en B.J. Schueler, *Privaat- en publiekrechtelijk aansprakelijkheid voor gebrekkige bouwwerken* (preadvies VBR), Amsterdam: WEKA 2005, p. 3-59.

Drion & Schueler 2005

P.J.M. Drion en B.J. Schueler, *Privaat- en publiekrechtelijk aansprakelijkheid voor gebrekkige bouwwerken* (preadvies VBR), Amsterdam: WEKA 2005.

Dulaimi e.a. 2001

M.F. Dulaimi, F.Y.Y. Ling, G. Ofori & N. de Silva, *Building a world class construction industry: motivators and enablers*, Singapore: National University of Singapore 2001

Van Dunné 2007

J.M. van Dunné, 'De herfsttij der relativiteitsleer', TMA 2007.

Van Eimeren 1995

J.A.G. van Eimeren, 'De omgekeerde wereld', in: D. van Werven & R. Bleeker (red.), *Gegund werk* (Rozemond-bundel), Wijk bij Duurstede: Hentenaar 1995, p. 153-163.

Emmitt & Gorse 2007

S. Emmitt & C.A. Gorse, *Communication in Construction Teams*, London/ New York: Taylor & Francis 2007.

Enquêtecommissie Noord/Zuidlijn 2009

Enquêtecommissie Noord/Zuidlijn, *Rapport van de enquêtecommissie Noord/Zuidlijn*, Den Haag: Sdu 2009.

Ernes & Lamers 2012

A.L.H. Ernes & A.H. Lamers, 'Groepscontracten als antwoord op de economische verdichting van de samenleving', *WPNR* 2012/6934, p. 451-458.

Van Erp & Verberk 2003

J. van Erp en S. Verberk, *Handhaving en certificering. Een handreiking voor de beleids- en wetgevingspraktijk*, Expertisecentrum Rechtshandhaving, Ministerie van Justitie, in samenwerking met B&A Groep Beleidsonderzoek & -Advies bv, 2003.

Evers 2002

G.J.M. Evers, *Blind vertrouwen? Een onderzoek naar de toepassing van certificatie ten dienste van de handhaving van wettelijke voorschriften*, Den Haag: Boom 2002.

Faraj & Xiao 2006

S. Faraj & Y. Xiao, 'Coordination in Fast-Response Organizations', *Management Science* 2006, p. 1155-1169.

Favié 2010

R. Favié, *Quality monitoring in infrastructural Design-Build projects*, Eindhoven: Greve Offset 2010.

Faure 2007

M.G. Faure, *Onbegrensd toezicht? (lustrumrede VIDE)*, Maastricht 2007.

Feldman 2011

M.S. Feldman, 'Organizational routines as a source of continuous change', *Organization Science*, 200, p. 611-629.

Freeman 1979

L.C. Freeman, 'Centrality in social networks conceptual clarification', *Social Network* 1979, p. 215-239.

Fussell e.a. 1998

S.R. Fussell, R.E. Kraut, F.J. Leach, W.L. Scherlis, M.M. McNally & J.J. Cadiz, (1998). 'Coordination, overload, and team performance: Effects of team communication strategies', *Proceedings of the Conference on Computer Supported Cooperative Work* 1998, New York: Association of Computing Machinery, p. 275-284.

Gabriël-Breukers 2008

S.K. Gabriel-Breukers, *Hulp bij Handhaving*, Nijmegen: Wolf Publishers 2008.

Ganado 2014

T.L. Ganado, 'How PFI/PPP Interface agreements in the UK healthcare sector operate in practice', *ICLR* 2014, p. 62-82.

Giesen 2005

I. Giesen, *Toezicht en Aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2005.

Giesen 2011

I. Giesen, 'Recht en .. psychologie: over de waarde die psychologische inzichten voor de civilist kunnen hebben', *WPNR* 2011/6912, p. 1065-1074.

Gittel 2002

J.H. Gittel, 'Coordinating mechanisms in care provider groups: Relational coordination as a mediator and input uncertainty as a moderator of performance effects', *Management Science* 2002, p. 1408-1426.

Gittel 2011

J.H. Gittel, 'New Directions for Relational Coordination Theory', in: G.M. Spreitzer & K.S. Cameron, *The Oxford Handbook of Positive Organizational Scholarship*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 400-411.

Gratama 1982

S.E. Gratama, 'De directie in de verhouding tussen aannemer en opdrachtgever', in: M.A. van Wijngaarden (red.), *Vijfenzeventig jaar bouw Arbitrage. 1907 – 11 april – 1982*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1982, p. 167-199.

De Groot 1995

A. de Groot, 'De directievoering, juridisch en praktisch beschouwd', *BR* 1995, p. 201-208.

Van Gulijk 2008

S. van Gulijk, *European Architect Law. Towards a new design*, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu-Uitgevers 2008.

Van Gulijk 2010

S. van Gulijk, 'Interactief communiceren in de bouw', in: M.A.B. Chao-Duis, C.E.C. Jansen, J.B.M. Vranken (red.), *Alleen Samen*, Den Haag: IBR 2010, p. 43-55.

Van Gulijk 2014

S. van Gulijk, 'Deel I. De rol van het privaatrecht – contact in plaats van contract', in: S. van Gulijk & A.R. Neerhof, *Constructieve veiligheid: een onderzoek naar communicatie en borging in bouwprocessen* (preadvies VBR), Den Haag: IBR 2010, p. 7-107.

Van Gulijk 2015

S. van Gulijk, 'Derdenwerking van exoneratiebedingen: een analyse van recente rechtspraak en enige opmerkingen over de ontwikkelingen van dit leerstuk vanuit het bouwcontractenrecht', *WPNR* 2015, p. 320-326.

Van Gulijk 2016

S. van Gulijk, 'De overeenkomst met de adviseur', in: M.A.B. Chao-Duivis & A.G. Bregman, *Bouwrecht in kort bestek*, Den Haag: IBR 2016, p. 81-116.

Van Gulijk & Muller 2011

S. van Gulijk & L.H. Muller, 'Het belang van coördinatie bij nevenaanning', *TBR* 2011/58.

Van Gulijk & Muller 2016

S. van Gulijk & L.H. Muller, 'Een gebouw van contracten: de contractengroep als juridisch kader voor bouwprocessen', *MvV* 2016, p. 174-181.

De Haan 2017

P.M.J. de Haan, *De preventieve en de repressieve toetsing aan bouwtechnische voorschriften in het publieke bouwrecht. Constructieve veiligheid nader beschouwd*, Den Haag: IBR 2017.

De Haan & Moesker 2017

P.M.J. de Haan & H.C.W.M. Moesker, 'De risicobeoordeling bij de vergunningaanvraag Wkb', *TBR* 2017/92.

Hartlief 2003

T. Hartlief, 'Schadevergoedingsrecht', in: Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2003.

Hebly & Van Rooij 2004

J.M. Hebly & N.L. van Rooij, *Aanneming van werk. De parlementaire geschiedenis*, Zutphen: Paris 2004.

Van der Heijden 2009

J. van der Heijden, *De voor- en nadelen van privatisering van het bouwtoezicht*, Den Haag: IBR 2009.

Helderman & Honingh 2009

J.K. Helderman & M.E. Honingh, *Systeemtoezicht. Een onderzoek naar de condities en werking van systeemtoezicht in zes sectoren*, WODC 2009.

Heldt 2009

C. Heldt, 'The Case of Franchising and Construction Contracts', in: M. Amstutz & G. Teubner, *Networks. Legal Issues of Multilateral Co-operation*, Portland: Hart Publishing 2009, p. 137-152.

Van der Helm 2003

J.J. van der Helm, 'Ambtenaar een aansprakelijkheid', in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Deventer: Kluwer 2003, p. 3-19.

Helsloot & Scholtens 2014

I. Helsloot & A. Scholtens, 'Risicogebaseerd toezicht: een verdampte belofte? Waarom het toch niet zo eenvoudig is om als toezichthouder met prioriteit te kijken naar de grootste risico's', in F. Mertens, J. Scherpenisse & M. van der Steen (red.), *Reflecties op de ontwikkeling en professionalisering van het toezicht. 10 jaar Leeratelier Toezicht en Naleving*, Den Haag: NSOB 2014, p. 29-44.

Heussen 1997

B. Heussen, *Handbuch Vertragverhandlung und Vertragsmanagement*, Köln: Otto Schmidt 1997.

Higgin & Jessop 1965

G. Higgin & N. Jessop, *Communications in the building industry: The report of a pilot study*, London: Tavistok Publications 1965.

Hoekstra 2009

J.J. Hoekstra, 'Schuttersduin, verdragingschade en formele rechtskracht', *Bb* 2009, 53.

Hogerzeil 1982

J.P. Hogerzeil, 'De aanbesteder: van heer en meester tot structurele underdog', in: M.A. van Wijngaarden (red.), *Vijfenzeventig jaar bouw Arbitrage. 1907 – 11 april – 1982*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1982, o. 123-165.

De Hoon 2013

M.W. de Hoon, 'De beschuldigingsvalkuil in contractuele samenwerkingsvormen', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Capita Civilologie: Handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: 2013 Boom Juridische Uitgevers, p. 365-385.

Hossain 2009

L. Hossain, 'Communications and coordination in construction projects', *Construction Management and Economics*, 2009, p. 25-39.

Hossain & Wu 2009

L. Hossain & A. Wu, 'Communications network centrality correlates to organisational coordination', *International Journal of Project Management* 2009, p. 795-811.

IBR 2016

Instituut voor Bouwrecht, 'Schriftelijke inbreng van het Instituut voor Bouwrecht rondetafelgesprekken van de Commissie Wonen en Rijksdienst 29 september 2016', 2016.

In 't Hout & Rademaker 2011.

J. in 't Hout & B. Rademaker, *Woningwet. Bouwen en de omgevingsvergunning*, Den Haag: Sdu 2011.

Iyer & Jha 2005

K.C. Iyer & K.N. Jha, 'Factors affecting cost performance: evidence from Indian construction projects', *International Journal of Project Management* 2005, p. 283-295.

Jansen 1994

C.E.C. Jansen, 'Enige rechtsvergelijkende opmerkingen over de toerekening van falend architectentoezicht aan de opdrachtgever in geval van samenloop met uitvoeringsfouten zijdens de aannemer', *BR* 1994, p. 825-841.

Jansen 1998

C.E.C. Jansen, *Towards a European building contract law. Defects liability: a comparative legal analysis of English, German, French, Dutch and Belgian law*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

Jansen 2006

C.E.C. Jansen, 'Eigen schuld in het contractenrecht: mogelijke inconsistentie met regels omtrent prijsaanpassing bij de aanpassing van werk', *NTBR* 2006, p. 202-212.

Jansen 2009

C.E.C. Jansen, *Leidraad Aanbesteden. Bouwopdrachten 2009*, Gouda: CROW 2009.

Jansen 2011

K.J.O. Jansen, *Informatieplichten*, Deventer: Kluwer 2011.

Jansen 2013

C.E.C. Jansen, *Aanneming van werk* (Monografieën BW B84), Deventer: Kluwer 2013.

Jansen 2014

C.E.C. Jansen, *Een werk tot stand brengen. Over de integratie van de UAV in de UAV'ge*, Tilburg: Tilburg University Press 2014.

Jha & Iyer 2006

K.N. Jha & K.C. Iyer, 'Critical determinants of project coordination', *International Journal of Project Management* 2006, p. 314-322.

Kamminga 2008

Y.P. Kamminga, *Towards effective governance structures for contractual relations*, Tilburg 2008.

Kamminga & Dohmen 2014

Y.P. Kamminga & H. Dohmen, 'Waarom betere contracten tot betere projecten leiden in de ICT', *Tijdschrift Conflicthantering* 2014, nr. 5, p. 23-27.

Kamminga, Simons & Goris 2009

Y.P. Kamminga, M. Simons & B. Goris, *Bruggen bouwen. Praktijkgids voor systematisch samenwerken in bouwprojecten*, Rijswijk: Quantas 2009.

Kamminga & Smits 2012

Y.P. Kamminga & S. Smits, 'Samenwerking in de aanbesteding', *TBR* 2012/103, p. 586-601.

Keirse 2003

A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht. Over eigen schuld aan de omvang van de schade*, Deventer: Kluwer 2003.

King 2009

King (tekst van J. Verkade), *Omgaan met cultuur in megaprojecten*, 2009.

King 2011

King (red. M. Raats), *Wijsheden van King. Kennis in het groot*, 2011.

Klein Woolthuis, Hillebrand & Nooteboom 2005

R. Klein Woolthuis, B. Hillebrand & B. Nooteboom, 'Trust, Contract and Relationship Development', *Organization Studies* 2005, p. 813-840.

Koolwijk & Geraedts 2006

J.S.J. Koolwijk & R.P. Geraedts, *Projectalliantie. Procesinnovatie bij complexe bouwprojecten*, Delft: VSSD 2006.

Van de Koot 2012

W. van de Koot, *De inbedding van Bouw Informatie Modellen (BIM) in Nederlandse Bouwcontracten* (scriptie OU), 2012.

Kortmann 2006

C.N.J. Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten*, Deventer: Kluwer 2006

Krauter & Streeter 1995

R.F. Krauter & L.A. Streeter, 'Coordination in Software Development', *Communications of the ACM* 1995, p. 69-81.

Van Laarhoven 2000

M.J. van Laarhoven, 'Recensie: C.E. du Perron, Overeenkomst en derden', *NTBR* 2000, p. 400-406.

Van Laarhoven 2006

M.J. van Laarhoven, *Samenhang in rechtsverhoudingen*, Nijmegen: WLP 2006.

Lankhorst 1992

G.J. Lankhorst, *De relativiteit van de onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 2006.

Latham 1994

M. Latham, Constructing the team. Final report of the government/industry review of procurement and contractual arrangements in the UK construction industry, HMSO 1994.

Lindenbergh 2006

S.D. Lindenbergh, *Alles is betrekkelijk: over de relatie tussen normschending en sanctie in het aansprakelijkheidsrecht* (oratie Rotterdam), 2006.

Linssen 1995

J.G.A. Linssen, 'Samenhangende rechtsverhoudingen in het contractenrecht', *NJB* 1995, p. 1265-1274.

Van Maanen 2004

G.E. Van Maanen, 'HR 7 mei 2004, RvdW 2004, 67 (De ledige Linda) RvdW 200467', *NTBR* 2004, p. 482-483.

Van Maanen 2007

G.E. van Maanen, 'Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht. Weging van argumenten en juridische technieken naar aanleiding van de Enschedese vuurwerkramp', *RMThemis* 2007, p. 127-140

Malone & Crowston 1990

T.W. Malone & K. Crowston, 'What is coordination theory and how can it help design cooperative work systems', *CSCW '90 Proceedings of the 1990 ACM conference on Computer-supported cooperative work*, p. 357-370.

Malone & Crowston 1994

T.W. Malone & K. Crowston, 'The Interdisciplinary Study of Coordination', *ACM Computing Surveys*, Vol. 26, No. 1, March 1994

March & Simon 1958

J.G. March & H.A. Simon, *Organizations*, New York: John Wiley and Sons 1958.

May & Winter 1999

P.J. May and S. Winter, 'Regulatory Enforcement and Compliance: Examining Danish AgroEnvironmental Policy', *Journal of Policy Analysis and Management* 1999, p. 625-651.

McGrath, Arrow & Berdahl

J.E. McGrath, H. Arrow & J.L. Berdahl, 'Cooperation and conflict as manifestations of coordination in small groups', *Polish Psychological Bulletin*, 1990, p. 1-14.

Mead 2007

P. Mead, 'Current Trends in Risk Allocation in Construction Projects and Their Implications for Industry Participants', *Construction Law Journal* 2007, p. 23-45.

Meeuse-Simon 2004

R.H. Meeuse-Simon, 'Kwaliteitsborging: van kwaliteitscontrole naar quality control', *BR* 2004, p. 654-666.

Meijer 1998a

F.W.J. Meijer, 'Samenhangende rechtsverhoudingen in ontwikkeling (I)', *WPNR* 1998, p. 617-621.

Meijer 1998b

F.W.J. Meijer, 'Samenhangende rechtsverhoudingen in ontwikkeling (II)', *WPNR* 1998, p. 631-635.

Memelink & Lubach 2012

P. Memelink & R.D. Lubach, 'De wanpresterende onderaannemer: verplicht rekening houden met de belangen van de opdrachtgever?', *TBR* 2012/119, p. 681-687.

Meng 2012

X. Meng, 'The effect of relationship management on project performance in construction', *International Journal of Project Management* 2012, p. 188-198.

Meng 2014

X. Meng, 'Is Early Warning Effective for the Improvement of Problem Solving and Project Performance', *Journal of Management in Engineering* 2014, p. 146-152.

Menu 1994

J.M.M. Menu, *De toezegging in het privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1994.

Mertens 2006

F.J.H. Mertens, *Toezicht in een polycentrische samenleving* (oratie TU Delft), Delft: TU Delft 2006.

Mertens 2011

F.J.H. Mertens, *Inspecteren. Toezicht door inspecties*, Den Haag: SDU 2011.

Mertens 2014

F.J.H. Mertens, 'Het denken van Malcolm Sparrow over toezicht. Typering en enkele evaluerende kanttekeningen over de benutting ervan in Nederland', in: F.J.H. Mertens, J. Scherpenisse & M. van der Steen (red.), *Reflecties op de ontwikkeling en professionalisering van het toezicht. 10 jaar Leeratelier Toezicht en Naleving*, Den Haag: NSOB 2014, p. 135-143.

Mertens, Scherpenisse & Van der Steen 2014

F.J.H. Mertens, J. Scherpenisse & M. van der Steen (red.), *Reflecties op de ontwikkeling en professionalisering van het toezicht. 10 jaar Leeratelier Toezicht en Naleving*, Den Haag: NSOB 2014.

Michels 2013

W.J. Michels *Handboek communicatie*, Groningen/Houten: Noordhoff 2013.

Van Mil, Dijkzeul & Van der Pennen 2009

B.P.A. van Mil, A.E. Dijkzeul & R.M.A. van der Pennen, *Zicht op risico's. Handboek Risicoanalysemethodieken*, Utrecht 2006.

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2005

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *Minder last, meer effect. Zes principes van goed toezicht*, 2005.

Moesker 1986

H.C.W.M. Moesker, 'Mrs. Dutton in de Vijzelstraat? Enkele aanvullende opmerkingen vanuit het Engelse recht inzake de civielrechtelijke aansprakelijkheid van een gemeente voor het bouw- en woningtoezicht', *BR* 1986, p. 24-31.

Moesker 2007

H.C.W.M. Moesker, 'Bouw- en woningtoezicht na Vie d'Or', *Bouwrecht* 2007, p. 214-222.

Moesker en Neerhof 2017

H.C.W.M. Moesker en A.R. Neerhof, '4. Bouwkwaliiteit', in: A.G. Bregman, K.J. de Graaf, J.J. Karens, A.Z.R. Koning, J. Struiksma (red.), *Bouwen op weg naar de Omgevingswet*, Den Haag: IBR 2017, p. 121-151.

Mok & Tjittes 1995

M.R. Mok & R.P.J.L. Tjittes, 'Formele rechtskracht en overheidsaansprakelijkheid', *RM Themis* 1995, p. 383-404.

De Moor-Van Vugt 2001

A.J.C. de Moor-Van Vugt, *Toezicht achter matglas* (oratie KUB), Den Haag: Boom 2001.

Neerhof 2007

A.R. Neerhof, 'Over onrechtmatigheid van toezichts- of handhavingsfalen, mensenrechten en aansprakelijkheid', *O&A* 2007, p. 184-200.

Neerhof 2007a

A.R. Neerhof, 'Aansprakelijkheden en draagplichten als een vergunninghouder conform de vergunning handelt: wie is de pineut?', *NTBR* 2007.

Neerhof 2011

A.R. Neerhof, 'Gebruik van private beoordelingen bij bestuursrechtelijke handhaving: kansen en bedreigingen', *NTB* 2011.

Neerlands diep 2014

Neerlands diep, *Evaluatie projectmanagement 2e Coentunnel met behulp van de Neerlands diep Spiegel*, 2014.

Nieuwenhuis 2001

J.H. Nieuwenhuis, 'Promises, promises. Over contracten en andere afspraken', *NJB* 2001, p. 1795-1799.

Nikshomar 2010

M.R. Nikshomar, *Cultuur binnen de afdeling "Systemen en Energie" van GVB* (scriptie UU), 2010.

Nooteboom 2004

U. Nooteboom, 'Interface Management Improves On-Time On-Budget Delivery of Megaprojects', *JPT Online. Society of Petroleum Engineers*, August 2004, p. 32-34.

O'Brien e.a. 2009

O'Brien, Formoso, Vrijhoef & London, *Construction Supply Chain Management Handbook*, CRC Press Boca Raton 2009.

Onderzoekscommissie Bos en Lommerplein 2007

Onderzoekscommissie Bos en Lommerplein, *Gebroken hart. Hoofdrapport van de Onderzoekscommissie Bos en Lommerplein*, Rijswijk: Zijlstra Drukkerwerk 2007.

Onderzoeksraad Voor Veiligheid 2012

Onderzoeksraad Voor Veiligheid, *Instorting verdiepingvloer B-Tower Rotterdam*, Den Haag april 2012.

Onderzoeksraad Voor Veiligheid 2012a

Onderzoeksraad Voor Veiligheid, *Instorten van het dak van de aanbouw van het stadion van FC Twente, te Enschede*, Den Haag: juli 2012.

Onderzoeksraad Voor Veiligheid 2016

Onderzoeksraad Voor Veiligheid, *Hijsongeval Alphen aan den Rijn*, Den Haag 29 juni 2016.

Okhuysen & Bechky 2009

G.A. Okhuysen & B.A. Bechky, 'Coordination in Organizations: An Integrated Perspective', *The Academy of Management Annals*, Vol. 3, No. 1, 2009, p. 463-502.

Den Otter & Emmitt 2007

A. den Otter & S. Emmitt, 'Exploring effectiveness of team communication', *Engineering, Construction and Architectural Management*, 2007, p. 408 – 419.

Pathirage, Amaratunga & Haigh 2007

C.P. Pathirage, D.G. Amaratunga & R.P. Haigh, 'Tacit knowledge and organisational performance: construction industry perspective', *Journal of Knowledge Management* 2007, p. 115-126.

Pathirage, Amaratunga & Haigh 2008

C.P. Pathirage, D.G. Amaratunga & R.P. Haigh, The role of tacit knowledge in the construction industry: towards a definition, in: CIB W89 International Conference on Building Education and research (BEAR), 11th - 15th February 2008, Sri Lanka, , p. 204-217.

Pavitt & Gibb 2003

T.C. Pavitt & A.G.F. Gibb, 'Interface Management within Construction: In Particular, Building Façade', *Journal of Construction Engineering and Management* 2003, p. 8-15.

Peeters, Neerhof & De Boer 2008

Peeters, Neerhof en De Boer, De rol van conformiteitsbeoordelingen bij de handhaving van het milieurecht (STEM-publicatie 2008/2).

Du Perron 1996

C.E. du Perron, *Aansprakelijkheid in groepen van contracten. Derdenwerking van overeenkomsten: een Franse les over de contractueel betrokken derde?*, 1996.

Du Perron 1999

C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden. Een analyse van de relativiteit van de contractswerking*, Deventer: Kluwer 1999.

De Planque 1984

J.H.W. de Planque, 'Aansprakelijkheid van de overheid (vergunningen, politiedwang, bouwtoezicht, verzekering)', *BR* 1984, p. 659-680.

Pocock e.a. 1996

J.B. Pocock, C.T. Hyun, L.Y. Liu & M.K. Kim, 'Relationship between project interaction and performance indicators', *Journal of Construction Engineering and Management* 1996, p. 165-76.

Polanyi 1958

M. Polanyi, *Personal Knowledge Towards a Post-critical Philosophy*, 1958.

Prechal & De Leeuw 2008

S. Prechal & M.E. de Leeuw, 'Transparency: A General Principle of EU Law?', in: U. Bernitz, J. Nergelius & C. Cardner, *General Principles of EC Law in a Process of Development*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2008, p. 201-241.

Priemus & Ale 2010

H. Priemus & B.J.M. Ale, 'Construction safety: An analysis of systems failure. The case of the multifunctional Bos & Lommerplein estate, Amsterdam', *Safety Science* 2010, p. 111-122.

Projectorganisatie Betuweroute

Projectorganisatie Betuweroute, *No guts, no story. Het verhaal van de Waardse Alliantie*, 2005.

ProRail Brochure

ProRail Brochure, *De ProRail-Alliantie*.

ProRail 2011

ProRail, *Handboek Alliantie management*, 2011.

Regieraad Bouw & PSIBouw 2008

Regieraad Bouw & PSIBouw, *Bouwen is kennis delen! Leidraad voor transparantie in de bouw*, Rijswijk: Quantas 2008.

Reinking 2013

M. Reinking, *Succesvol samenwerken. De zachte kan van projectmanagement*, 2013.

Rico e.a. 2008

R. Rico, M. Sánchez-Manzanares, F. Gil & C. Gibson, 'Implicit Coordination Processes: A Team Knowledge-Based Approach', *Academy of Management Review* 2008, p. 163-184.

Rijkswaterstaat 2007

Rijkswaterstaat, *Handreiking systeemgerichte contractbeheersing*, 2007.

Van Rossum 2005

A.A. van Rossum, 'Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor overheidstoezicht', in: *Toezicht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2005-I), Deventer: Kluwer 2005.

Van Rossum 2014

M.M. van Rossum, 'Redelijkheid en billijkheid als kapstok voor netwerkdenken in commerciële contracten', in: A.H. Lamers & S.L.T. Schoenmaekers (red.), *Recht in een geïndividualiseerde netwerksamenleving*, Zutphen: Paris 2014, p. 105-114.

Rozemond 1994

J. Rozemond, 'Mr. M.A.M.C. van den Berg, Ondanks nauwlettend toezicht, oratie Katholieke Universiteit Brabant, Kluwer, Deventer 1993, 29 p.', *RM Themis* 1994, p. 236-241.

Rozemond 1995

J. Rozemond, 'De gevolgen van het tekortschieten in de uitoefening van het toezicht in de verhouding opdrachtgever-aannemer', *BR* 1995, p. 186-193.

RRBouw 2002

RRBouw, *Bouwpraktijk van nevenaanneming*, 2002.

Ruimschotel 2014

D. Ruimschotel, *Goed Toezicht. Principes van professionaliteit, democratie en good governance*, Amsterdam: Mediawerf 2014.

Ruygvoorn 2013

M. Ruygvoorn, *Contracten in de praktijk*, Deventer: Kluwer 2013.

Samoy & Loos 2012

I. Samoy & M.B.M. Loos (eds.), *Linked contracts*, Cambridge: Intersentia 2012.

Samoy & Van Loock 2015

I. Samoy & S. Van Loock, 'De toepassing van het klassieke verbintenissenrecht op de meerpartijovereenkomst vanuit Belgisch perspectief', in: Breedveld-De Voogd e.a. 2015, p. 161-183.

De Saram & Ahmed 2001

D.D. de Saram & S.M. Ahmed, 'Construction coordination activities: what is important and what consumes time', *Journal of Management in Engineering* 2001, p. 202-213.

SBR 1995

SBR, *Coördinatie geregeld? Juridische aspecten van coördinatie in de bouw*, 1995.

Schaaf 2015

F.R.A. Schaaf, 'De paardensprong in het adviseursrecht', *TBR* 2015/160.

Schild & Schollen 2009

A.J.P. Schild en M.J.W. Schollen, 'De vordering tot schadevergoeding vanwege een gebrek in de bouwvergunning: wie bouwt die rouwt, wie draalt wordt soms betaald', *MvV* 2009.

Schipper, Gerrits & Koppenjan 2005

D. Schipper, L. Gerrits & J.F.M. Koppenjan, 'A dynamic network analysis of the information flows during the management of a railway disruption', *EJTIR* 2005, p. 442-464.

Schlössels 2003

R.J.N. Schlössels, 'Overheidsaansprakelijkheid voor vernietigde besluiten', in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Deventer: Kluwer 2003.

Schonewille 2007

M.A. Schonewille, 'Troubleshooting in bedrijfsrelaties. Trend in de ontwikkeling van conflictmanagement in het bedrijfsleven', *Tijdschrift voor mediation en conflictmanagement* 2007, p. 54-63.

Schoordijk 1998

H.C.F. Schoordijk, 'Samenwerking en samenwerkingsovereenkomst', *WPNR* 1998/6320, p. 427-431.

Schueler 1997

B.J. Schueler, *Schadevergoeding onder de Algemene wet bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 1997.

Schueler 2005

B.J. Schueler, 'Aansprakelijkheid voor bouw- en woningtoezicht', *BR* 2005, p. 177 e.v..

Schueler 2006

B.J. Schueler, 'Privaat- en publiekrechtelijke aansprakelijkheid voor gebrekkige bouwwerken. Verslag van de Jaarvergadering van de Vereniging voor Bouwrecht gehouden op 1 december 2005 te Amersfoort. Inleiding op de preadviezen', *BR* 2006, p. 299-302.

Schutte 2009

E. Schutte, 'Hoe hard is een mediationclausule', *Contracteren* 2009, p. 31-32.

Shen & Chang 2011

F.-Y. Shen & A.S. Chang, 'Exploring Coordination Goals of Construction Projects', *Journal of Management in Engineering* 2011, p. 90-96.

Söderlund 2012

J. Söderlund, 'Theoretical Foundations of Project Management: Suggestions for a Pluralistic Understanding', in: P. Morris, J. Pinto & J. Söderlund (eds.), *The Oxford Handbook of Project Management*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 37-64.

Spanjaard 2015

J.H.M. Spanjaard, 'Toepasselijkheid van algemene voorwaarden in een meerpartijenverhouding', in: Breedveld-De Voogd e.a. 2015, p. 185-200.

Spekkink 2008

D. Spekkink, *Gedragscode Constructieve Veiligheid* (NEPROM), Voorburg 2008.

Srikanth & Puranam 2013

K. Srikanth & P. Puranam, 'The Firm as a Coordination System: Evidence from Software Services Offshoring', INSEAD Paper 2013.

Staats 2014

S. Staats, *Interface Management in multidisciplinary infrastructure project development* (Thesis TU Delft), 2014.

Strang 2011

H.P.C.W. Strang, *Contractbeheersing en toezicht* (rapport Rijksgebouwendienst), 2011.

Strang 2012

H.P.C.W. Strang, 'Methoden van contractbeheersing en toezicht', *TBR* 2012/139, p. 777-784.

Strang 2017

H.P.C.W. Strang, 'Canon van het bouwrecht. Het internationale bouwcontractenrecht', *TBR* 2017/197, p. 1330-1339.

Strang, in: GS Onrechtmatige daad

H.P.C.W. Strang, in: *Groene Serie Onrechtmatige daad*, VIII.2 Aansprakelijkheid bij de uitvoering van bouwwerken.

Strang, in: GS Bijzondere overeenkomsten

H.P.C.W. Strang, in: *Groene Serie Bijzondere overeenkomsten*, art. 7:751-7:764.

Terwel 2014

K.C. Terwel, *Structural safety. Study into critical factors, in the design and construction process*, Ipskamp 2014.

Teubner 2011

G. Teubner, *Networks as Connected Contracts*, Oxford and Portland: Hart Publishing 2011.

Teunissen 1997

J.M.H.F. Teunissen, 'Bouwen op eigen risico', Gst. 1997.

Thomas 2012

D. Thomas (ed.), *Keating on NEC3*, London: Sweet & Maxwell 2012.

Tjittes & Kampman 2013

R.P.J.L. Tjittes & J. Kampman, 'De klachtplicht onttroond – enige beschouwingen naar aanleiding van HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600 (van de Steeg/Rabobank)', *Contracteren* 2013, p. 86-98.

Tjong Tjin Tai 2007

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Directe schade in het contractenrecht', *MvV* 2007/11, p. 226-231.

Tjong Tjin Tai e.a. 2009

T.F.E. Tjong Tjin Tai, C.J.M. van Doorn, C.B.M. Zegveld & M.J. van Laarhoven, 'Een juridisch beoordelingskader voor samenwerking', *NTBR* 2009, p. 238-248.

Tjong Tjin Tai & Zegveld 2010

T.F.E. Tjong Tjin Tai & C.B.M.C. Zegveld, 'Civil liability of chains and networks in health care', *Journal on Chain and Network Science* 2010, p. 115-120.

Tjong Tjin Tai 2011

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'The centre cannot hold': aansprakelijkheid voor moderne collectieven', *NTBR* 2011, p. 129-131.

Tjong Tjin Tai 2017

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'De meerpartijenovereenkomst in de rechtspraak', *WPNR* 2017/7144, p. 271-276.

Thompson 1967

J.D. Thompson, *Organizations in action*, New Brunswick/London: Transaction Publishers 1967.

Trebus & Van Dijck 2014

J. Trebus & G. van Dijck, 'Effecten van aansprakelijkheid op het handelen van de AFM empirisch onderzocht', *Aansprakelijkheid, Verzekering en Schade* 2014, p. 99-107.

Ubink & Oldengarm 2012

A.M. Ubink & A. Oldengarm, *DNR Toegelicht*, Den Haag: IBR 2012.

Verbruggen 2013

P.W.J. Verbruggen, 'Aansprakelijkheid van certificatie-instellingen als private toezichthouders', *NTBR* 2013/39.

Verhagen 2007

H.L.E. Verhagen, 'Groepen van contracten. Drie beginselen van contractenrecht', in: N.E.D. Faber, C.J.H. Jansen & N.S.G.J. Vermunt, *Fiduciaire verhoudingen* (Libellus amicorum prof. mr. S.C.J.J. Kortmann), Deventer: Kluwer 2007, p. 221-245.

Verheij 2015

A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad* (Monografieën Privaatrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Visscher 2005

L.T. Visscher, *Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006.

Van Vliet 1969

Ph. J. van Vliet, 'De totstandkoming van "de nieuwe A.V."', *BR* 1969, p. 200-204.

Vranken 2000a

J.B.M. Vranken, 'Overeenkomst en derden. Een analyse van de relativiteit van de contractswerking. Bespreking van het gelijknamige proefschrift van C.E. du Perron', *WPNR* 2000, p. 859-863.

Vrijhoef 2011

R. Vrijhoef, *Supply chain integration in the Building Industry*, Amsterdam: IOS Press 2011.

Wamelink 2010

J.W.F. Wamelink (red.), *Inleiding bouwmanagement*, Delft: VSSD 2010.

Wamelink 2013

J.W.F. Wamelink, 'Het begrip ketensamenwerking vanuit bouwmanagement perspectief', in: M.A.B. Chao-Duivis & J.W.F. Wamelink, *Juridische aspecten van ketensamenwerking. Naar een multidisciplinaire benadering* (preadvies VBR), Den Haag: IBR 2013, p. 7-29.

Van Wassenae 2006

A.G.J. van Wassenae, 'Nieuwe ontwikkelingen bij conflictpreventie en conflictmanagement in de bouw', *Tijdschrift voor mediation* 2006, p. 56-64.

Van Wassenae 2010

A.G.J. van Wassenae, 'In search for the perfect project. Incentivising performance and collaboration in construction project through key performance indicators', in: M.A.B. Chao-Duivis, C.E.C. Jansen & J.B.M. Vranken, *Alleen samen*, Den Haag: IBR 2010, p. 83-106.

Van Wassenae & Thomas 2008

A.G.J. van Wassenae & C.H.J. Thomas, *www.werkinuitvoering21.com. Interactief naar een nieuwe generatie bouwcontracten* (VBR preadvies), Den Haag: IBR 2008.

Wellenhofer 2009

M. Wellenhofer, 'Third Party Effects of Bilateral Contracts', in: M. Amstutz & G. Teubner, *Networks. Legal Issues of Multilateral Co-operation*, Portland: Hart Publishing 2009, p. 119-129.

Welling 2006

D.T. Welling, *Bouwen op een gemeenschappelijk verleden aan een succesvolle toekomst* (diss. Groningen), Oldenzaal: Verhaag 2006.

Wessels 2007

B. Wessels, 'Tien stappen bij het opstellen en beoordelen van contracten', in: B. Wessels, *Contracten maken*, Deventer: Kluwer 2007, p. 1-23.

Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2014

M.A. van Wijngaarden & M.A.B. Chao-Duivis, *Serie Bouw- en aanbestedingsrecht*. 8, Paris 2014.

Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2014a

M.A. van Wijngaarden & M.A.B. Chao-Duivis, *Serie Bouw- en aanbestedingsrecht*. 2, Paris 2014.

Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2016

M.A. van Wijngaarden & M.A.B. Chao-Duivis, *Serie Bouw- en aanbestedingsrecht*. 16, Paris 2016.

Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2016

M.A. van Wijngaarden & M.A.B. Chao-Duivis, *Serie Bouw- en aanbestedingsrecht*. 14, Paris 2016.

Wiertzema & Jansen 2004

K. Wiertzema & P. Jansen, *Basisprincipes van communicatie*, Amsterdam: Pearson 2004.

Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2011

W. Konijnenbelt & R. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Amsterdam: Reed Business 2011.

Winter & Mein 2017

H.B Winter & A.G. Mein, 'De staat van toezicht en handhaving door gemeenten', *Gemeentestem* 2017, p. 938-942.

Winters 2014

E.J. Winters, *Raakvlakrisico's bij nevenaanneming. Het organisatorisch en contractueel afstemmen van deelcontracten bij multidisciplinaire projecten* (afstudeerrapport TU Delft), Delft: 2014.

Van Woerkum 2001

P. van Woerkum, *Vertrouwen in Alliantie, onderzoek naar de toepasbaarheid van projectalliantie in de utiliteitsbouw* (scriptie TU Delft), Delft 2001.

De Wolf & Honingh 2014

I. de Wolf & M. Honingh, 'Risicogericht toezicht is niet vrij van risico's', in: F. Mertens, J. Scherpenisse & M. van der Steen (red.), *Reflecties op de ontwikkeling en professionalisering van het toezicht. 10 jaar Leeratelier Toezicht en Naleving*, Den Haag: NSOB 2014, p. 45-58.

WRR 2013

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Toezen op publieke belangen. Naar een verruimd perspectief op rijkstoezicht*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2013.

Xie, Thorpe & Baldwin 2000

X. Xie, T. Thorpe & A. Baldwin, 'A survey of communication issues in construction design', in: A. Akintoye (Ed.), *Proceedings 16th Annual ARCOM Conference*, 6-8 September 2000, Glasgow, UK, Association of Researchers in Construction Management, Vol. 2, p. 771-780.

Van Zeben 1975

C.J. van Zeben, 'Civielrechtelijke aansprakelijkheid van het gemeentelijk bouwtoezicht', *BR* 1975, p.410-421.

Zonderland (losbl.)

P. Zonderland, *Bouwrecht* (Editie Cremers), Arnhem: Gouda Quint (losbl.), Deel A III.

Geraadpleegde jurisprudentie

Europese jurisprudentie

EHRM 18 juni 2002, Öneriyildiz t. Turkije I, *NJCM* 2003, p. 54-73
HvJ EG 12 oktober 2004, *NJ* 2005, 323, Peter Paul

Hoge Raad

HR 3 mei 1946, *NJ* 1946, 323
HR. 2 februari 1962, *NJ* 1964, 329
HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136
HR 25 maart 1966, *NJ* 1966, 279
HR 7 maart 1969, *NJ* 1969, 249
HR 4 december 1970, *NJ* 1971, 204
HR 12 januari 1979, *NJ* 1979, 362
HR 9 februari 1979, *NJ* 1979, 501
HR 15 juni, 1979, *NJ* 1980, 261
HR 2 november 1979, *NJ* 1980, 77
HR 21 juni 1985, *NJ* 1986, 526
HR 16 mei 1986, *NJ* 1986, 723
HR 20 juni 1986, *NJ* 1987, 35
HR 13 november 1992, *NJ* 1993, 639
HR 29 april 1994, *NJ* 1997, 396
HR 23 januari 1998, *NJ* 1999, 97
HR 29 mei 1998, *NJ* 1998, 98
HR 21 januari 2000, *NJ* 2000, 553
HR 22 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2237
HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8422, *NJ* 2004, 151
HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012, *NJ* 2006, 281
HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO4224, *NJ* 2005, 105
HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069, *NJ* 2008/587
HR 13 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4119, *NJ* 2006, 59
HR 3 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3253, *NJ* 2006, 325
HR 29 juni 2006, ECLI:NL:HR:2007:BA0895
HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077, *NJ* 2008, 527
HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2080, *NJ* 2008/528
HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9317, *NJ* 2008, 491
HR 23 februari 2007, *NJ* 2007, 503
HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1598, *TBR* 2008/21
HR 10 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2598, *TBR* 2009/205
HR 17 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7678, *NJ* 2011/88
HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8991, *NJ* 2013/5

HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT7496, *NJ* 2012, 59
HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, *NJ* 2014/497
HR 21 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3349, *NJ* 2015/217
HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987, *NJ* 2017/372

Gerechtshoven

Hof Amsterdam 28 juni 1962, *NJ* 1964, 228
Hof Den Haag 7 februari 1989, *BR* 1989, 637
Hof Amsterdam 9 augustus 1990, *BR* 1991, p. 308
Hof Amsterdam 28 december 1995, *BR* 1997, p. 678
Hof Den Haag 21 januari 1999, *NJ* 2000, 75
Hof Den Bosch 25 oktober 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AU6748
Hof Den Bosch 5 februari 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BC4957, *TBR* 2009/149
Hof Arnhem 3 mei 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BM5137, *TBR* 2011/32
Hof Den Haag 24 augustus 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN4316, *NJ* 2011/418
Hof Amsterdam 18 januari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP3812, *NJ* 2011/150
Hof Den Haag 22 maart 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP8578
Hof Amsterdam 20 maart 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW4791, *TBR* 2013/32
Hof Den Bosch 4 juli 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX0380
Hof Amsterdam 1 oktober 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3290
Hof Arnhem-Leeuwarden 1 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5243
Hof Den Bosch 9 december 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:5171
Hof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3421

Rechtbanken

Rb. Roermond 23 december 1982, *BR* 1983, p. 533
Rb. Utrecht, 8 juni 1988, *BR* 1988, 682
Rb. Utrecht 22 maart 1989, *BR* 1990, 306
Rb. Haarlem 29 augustus 1989, *BR* 1990, p. 311
Rb. Leeuwarden 19 november 1997, *BR* 2000, p. 159
Rb. Utrecht 19 november 1998, *BR* 1999, p. 713
Rb. Maastricht 22 januari 2003, ECLI:NL:RBMAA:2003:AF4026
Rb. Utrecht 26 augustus 2003, *JB* 2003, 304
Rb. Den Haag 24 december 2003, *NJ* 2004, 230
Rb. Rotterdam 26 mei 2004, ECLI:NL:RBROT:2004:AR2320
Rb. Arnhem 8 december 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AS3383
Rb. Den Haag 13 december 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AZ4247
Rb. Zutphen 23 juli 2008, ECLI:NL:RBZUT:2008:BF0343
Rb. Haarlem 1 juni 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BQ6292
Rb. Amsterdam 15 februari 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV9847
Rb. Arnhem 4 juli 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BX4429
Rb. Den Haag 19 december 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY7544
Rb. Overijssel 3 augustus 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:3107
Rb. Den Haag 7 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:1380

Bestuursrechter

ABRvS 30 juni 2004, *JB* 2004, 293

Arbitrale jurisprudentie

RvA 13 oktober 1981, nr. 9840
RvA 11 november 1985, nr. 10.734
RvA 23 november 1987, nr. 12.235
RvA 2 maart 1988, nr. 12.282
RvA 10 juni 1988, nr. 12.971, *BR* 1988, p. 783
RvA 4 april 1989, nr. 13.033
AIBk 4 september 1989, *BR* 1990, p. 482
AIBk 25 oktober 1989, *BR* 1990, p. 561
AIBk 27 augustus 1990, *BR* 1991, p. 723
RvA en AIBk 18 februari 1994, nr. 15.050, *BR* 1994, p. 972
RvA 1 november 1995, nr. 17.075
RvA 3 april 1997, nr. 18.990, *BR* 1997, p. 1041
AIBk 25 juli 1997, nr. 196-0981, *BR* 2000, p. 704
RvA 9 juni 1999, nr. 18.672
AIBk 17 januari 2000, nr. 1197-2085, *BR* 2000, p. 974
AIBk, 18 oktober 2000, nr. 1198-1110
AIBk 18 december 2000, nr. 1600-0497, *BR* 2002, p. 82
RvA 10 april 2001, nr. 22.940
RvA 6 december 2001, nr. 22.511
RvA 16 april 2002, nr. 22.335
RvA 26 maart 2003, nr. 24.054
RvA 2 juni 2003, nr. 23.618
RvA 2 augustus 2003, nr. 25.320
RvA 6 oktober 2003, nr. 24.622
RvA 12 juli 2004, nr. 23.894
RvA 13 juni 2005, nr. 25.217
RvA 17 augustus 2005, nr. 25.084 en 25.995, *BR* 2006/13
RvA en CvG KIVI 9 november 2005, nrs. 24.064 en 13.100524
RvA 1 december 2005, nr. 27.935
RvA 10 maart 2006, nr. 25.679
NAI 21 april 2006, nr. 3079, *BR* 2006/230
CvG KIVI 27 juni 2007, nr. 416/601, *TBR* 2008/97
RvA 5 juli 2007, nr. 25.196
AIBk en CvG KIVI 5 juni 2008, nrs. 1200-0257 en 13.10052
RvA 26 juni 2009, nr. 29.167
RvA 14 januari 2010, nrs. 71.082 en 71.106
RvA 22 maart 2010, nr. 30.236
RvA 31 maart 2010, nr. 30.304
RvA 7 mei 2010, nr. 28.970
RvA 16 juni 2010, nr. 29.108

RvA 29 juni 2010, nr. 30.896
RvA 6 oktober 2010, nr. 31.838
RvA 16 juni 2011, nr. 31.023
RvA 17 augustus 2011, nr. 32.607
RvA 10 april 2012, nr. 29.105
RvA 12 juni 2012, nr. 31.963
RvA 28 augustus 2012, nr. 32.843
RvA 2 oktober 2012, nr. 31.833
RvA 11 februari 2013, nr. 33.115
RvA 20 maart 2013, nr. 30.924
RvA 20 maart 2013, nr. 33.910
RvA 19 april 2013, nr. 33.739
AIBk 10 juni 2013, nr. 1200-0630
RvA 8 juli 2013, nr. 33.453
AIBk 9 augustus 2013, nr. 1200-0621
RvA 5 september 2013, nr. 32.724
RvA 2 december 2013, nr. 33.928
RvA 14 februari 2014, nr. 34.133
RvA 3 april 2014, nr. 34.466
RvA 22 augustus 2014, nr. 32.884
RvA 3 februari 2015, nr. 71.903
RvA 23 september 2015, nr. 34.658 en 34.695

Curriculum Vitae

Hugo Strang werd op 15 april 1985 geboren in Berkel-Enschot. Hij groeide op in Berkel-Enschot en volgde vanaf 1997 het VWO op het Sint-Odulphuslyceum in Tilburg, waar hij in 2003 zijn gymnasiumdiploma behaalde. Van 2003 tot en met 2009 studeerde hij aan de Universiteit van Tilburg. Daar rondde hij in 2007 de bacheloropleiding Nederlands recht af en in 2009 de bacheloropleiding Fiscaal recht. Eveneens in 2009 voltooide hij cum laude zijn masteropleiding Nederlands recht, met als accentprogramma privaatrecht. Vanaf eind 2009 is hij werkzaam voor het Instituut voor Bouwrecht in Den Haag, waar hij onder meer aan dit proefschrift heeft gewerkt. Hij heeft diverse publicaties op het gebied van het bouwrecht op zijn naam staan.

ISBN 978-94-6315-032-3
NUR 822



9 789463 150323 >