

Inleiding

1. De deskundigheid van een toezichthouder of directievoerder kan invloed hebben op allerhande zaken die verband houden met het werk. Met name op de oplevering en het herstel van gebreken. Het hier geannoteerde arbitraal vonnis is daar een goed voorbeeld van.¹

2. Wat is namelijk het gevolg als een niet-professionele directievoerder nalaat van de aannemer herstel van een gebrek te vorderen? Ontslaat dat de aannemer van diens verplichting het gebrek te herstellen? De Raad van Arbitrage (hierna: RvA) oordeelt van niet. Aanneemster was immers door de opdrachtgever/ directievoerder wel gewezen op het gebrek en had dat gebrek tijdens de uitvoering van het werk ook al zelf geconstateerd.

Feitelijk kader

3. Opdrachtgever heeft op 16 april 2012 met Aanneemster een aannemingsovereenkomst gesloten voor de restauratie van een woonboerderij. In de werkomschrijving behorende bij de aannemingsovereenkomst is de STABU-standaard 2007 van toepassing verklaard. Daarin zijn de UAV 1989 van toepassing verklaard op het werk. Paragraaf 10 UAV is volgens de werkomschrijving niet van toepassing. De bouwtermijn was maximaal 30 weken.

4. Opdrachtgever is een consument en voert zelf directie.

5. Gedurende de uitvoering van de werkzaamheden bericht opdrachtgever herhaaldelijk aan aanneemster dat opdrachtgever ontevreden is over de wijze waarop het damp dichtmaken van verschillende oppervlakten gebeurt. Het dampdichte folie zou niet dampdicht zijn aangebracht en zelfs beschadigd zijn. In de notulen van de bouwvergadering van 23 januari 2013 is door opdrachtgever opgenomen dat het dampdicht folie bij de luifel niet overeenstemt met het folie voorgeschreven in de werkomschrijving.

6. Opdrachtgever heeft op 9 februari 2013 een deel van de woning vervroegd in gebruik genomen. Aanneemster blijft de werkzaamheden aan de overige delen van de woning verder uitvoeren.

7. In april 2014 verstrekt aanneemster een overzicht van het in de woning toegepaste dampdichte folie. Omdat het toegepaste folie nog steeds afwijkt van het folie genoemd in de werkomschrijving, wenst opdrachtgever daarvoor een financiële vergoeding. Aanneemster biedt een vergoeding aan van € 1.000. Die wordt door opdrachtgever afgewezen.

8. Tegelijkertijd verzoekt aanneemster om betaling van verschillende openstaande factuurbedragen. De opeisbaarheid daarvan wordt door opdrachtgever betwist. Opdrachtgever stelt namelijk dat de woning niet is opgeleverd omdat het verkeerde dampdichte folie is aangebracht. Opdrachtgever vordert herstel van dat gebrek.

9. Dat herstel wordt door aanneemster aangeboden voor de plafond- en de kapafwerking. Opdrachtgever wenst echter een onderzoek af te wachten naar het toegepaste folie in andere onderdelen van de woning. In januari 2016 concludeert een door opdrachtgever ingeschakelde derde dat in de wanden en de dakconstructie onjuist folie is toegepast. Opdrachtgever vordert herstel overeenkomstig het rapport van deze derde. De kosten van dit herstel zijn begroot op € 62.074,50. Aanneemster gaat niet hierop in.

¹ RvA 19 september 2017, No. 35.905.

Tekortkoming opdrachtgever vs. tekortkoming aanneemster

10. In een arbitrageprocedure vordert opdrachtgever primair aanneemster te veroordelen tot betaling van een schadevergoeding van € 62.074,50 en subsidiair tot herstel van de gebreken volgens het onderzoeksrapport.

11. Opdrachtgever stelt dat aanneemster toerekenbaar tekort is geschoten door in de woning dampdicht folie toe te passen met een te hoge dampdoorlatendheid en overlappen niet te tapen. Aanneemster betwist de juistheid hiervan.

Datum oplevering

12. Arbitrer oordeelt dat het werk is opgeleverd op 9 februari 2013. Op die datum heeft opdrachtgever de woning namelijk in gebruik genomen. Bovendien is door opdrachtgever een korting opgelegd wegens overschrijding van de oplevertermijn tot 9 februari 2013. Omdat het werk is opgeleverd, moet beoordeeld worden of sprake is van een verborgen gebrek.

Folie wel of geen verborgen gebrek?

13. Ten aanzien van het aangebrachte folie stelt aanneemster dat opdrachtgever het folie heeft aanvaard door de woning in gebruik te nemen zonder het af te keuren. Opdrachtgever was volgens aanneemster op de hoogte van het feit dat verkeerd folie was gebruikt, omdat aanneemster dit al in januari 2013 had gemeld. Bovendien zijn de herstellkosten volgens aanneemster te hoog, omdat volgens aanneemster uitsluitend in de vliering en boven de entreehal verkeerd folie is gebruikt.

14. Arbitrer gaat eerst in op de manier waarop directievoering heeft plaatsgevonden. Volgens arbitrer heeft opdrachtgever, die ook directievoerder was, zich niet gerealiseerd wat directievoering volgens de UAV 1989 inhoudt. Tijdens de werkzaamheden heeft opdrachtgever/directievoerder al aan aanneemster kenbaar gemaakt dat verkeerd folie was toegepast. Zowel tijdens het werk als in een bouwvergadering. Daarna zijn geen waarschuwingen meer gekomen. Aanneemster heeft bovendien bevestigd dat een onjuist folie is toegepast.

15. Arbitrer oordeelt dat het stilzitten van opdrachtgever/ directievoerder vanwege diens ondeskundigheid aanneemster niet ontslaat van haar verantwoordelijkheid om een goed en deugdelijk werk op te leveren. Opdrachtgever heeft het werk, gezien de klachten van opdrachtgever, immers niet goedgekeurd voor wat betreft het toegepaste folie. Bovendien was aanneemster tegelijk met, of eerder dan opdrachtgever op de hoogte van het onjuiste folie. Van een schending van de klachtplicht is dus geen sprake.

16. Arbitrer oordeelt daarom dat sprake is van een verborgen gebrek waarvoor aanneemster aansprakelijk is.

Hoogte schadevergoeding

17. Omdat opdrachtgever de vordering tot herstel heeft omgezet in een vordering tot betaling van een schadevergoeding, hoeft aanneemster niet meer tot herstel over te gaan.

18. Arbitrer oordeelt dat op basis van het namens opdrachtgever opgestelde onderzoeksrapport alleen geconcludeerd kan worden dat op de vliering en in de hal verkeerd folie was gebruikt. Ondanks dat het onderzoek bedoeld was om erachter te komen of ook op andere plaatsen verkeerd folie was gebruikt. Aan het rapport kan daarom geen betekenis worden gehecht voor de hoogte van de schadevergoeding.

19. Omdat arbitrer de (bewezen) schade niet nauwkeurig kan begroten, wordt de hoogte van de schade geschat op € 7.500,00. Na verrekening met de nog aan aanneemster te betalen

factuurbedragen (€ 11.186,38), hoeft aannemster ter zake van het gebrek niets meer te betalen aan opdrachtgever.

Commentaar

20. Aangezien in het geannoteerde vonnis al was opgeleverd, moest op basis van par. 12 UAV 1989 beoordeeld worden of het onjuiste folie kwalificeerde als een verborgen gebrek. Arbitreren achtte voor de vaststelling daarvan van (doorslaggevend) belang dat opdrachtgever zelf directie voerde, maar volgens arbitreren daarvoor onvoldoende deskundig was.

21. In deze annotatie ga ik in op de omstandigheden die van belang zijn bij de vraag wanneer er sprake is van een verborgen gebrek en in het bijzonder op de invloed van de deskundigheid van opdrachtgever op het verborgen karakter van een gebrek.

Achtergrond van de regelgeving

22. In het geannoteerde vonnis waren de UAV 1989 van toepassing op het werk. Par. 12 daarvan bepaalt dat de aannemer na oplevering niet meer aansprakelijk is, tenzij sprake is van verborgen gebreken. Een gebrek is volgens par. 12, lid 3 UAV 1989 verborgen als het

'ondanks nauwlettend toezicht tijdens de uitvoering dan wel bij de opnemings van het werk, bedoeld in § 9, tweede lid, door de directie redelijkerwijs niet onderkend had kunnen worden.'
(onderstreping, auteur)

23. Hoewel de tekst in de UAV 2012 is opgenomen in lid 2 van par. 12, is die inhoudelijk niet gewijzigd ten opzichte van de UAV 1989. Opvallend is dan ook dat juist het onderdeel dat het toezicht tijdens de uitvoering van het werk nauwlettend moet zijn, voor meerdere overheidsopdrachtgevers reden was om de UAV 2012 niet te ondertekenen.²

24. In art. 7:758, lid 3 BW is een vergelijkbare regeling opgenomen, met dien verstande dat het BW uitsluitend toezicht bij de opnemings vereist.

25. De uitleg van deze normatieve maatstaf is door de tijden heen weinig veranderd. Alle omstandigheden samenhangende met het toezicht zijn van belang of een gebrek onderkend had kunnen worden. Waaronder de deskundigheid van de opdrachtgever/ directievoerder, hoe frequent toezicht is gehouden en wie het ontwerp heeft verzorgd.³

26. De deskundigheid van de opdrachtgever en/of diens directievoerder/toezichthouder is in ieder geval van belang. Zo is in de Memorie van Toelichting bij Titel 12 het volgende opgenomen⁴:

'De uitdrukking <<zichtbaar gebrek>> is ondefinieerbaar maar zal naar gelang van de omstandigheden verschillende betekenissen hebben. Een gebrek dat zichtbaar is voor iemand van dezelfde beroepstak als de aannemer kan een verborgen gebrek zijn voor een leek-opdrachtgever die niet bijgestaan wordt door een deskundige.'
(onderstreping, auteur)

27. Wanneer de opdrachtgever zich laat bijstaan door een deskundige, moet de deskundigheid van de adviseur worden toegerekend aan de opdrachtgever⁵:

² Mededeling van het Ministerie van Defensie en het Ministerie van I&M inzake het niet ondertekenen van de UAV 2012, TBR 2012/141.

³ RvA 7 mei 2010, No. 28.970.

⁴ MvT, Kamerstukken II 1992/93, 23.095, nr. 3, p. 28.

⁵ MvA, Kamerstukken I, 2002/03, 23.095, nr. 38a, p. 11.

'(...) Uit deze bepaling vloeit inderdaad voort dat, voor zover gaat om het moment van de oplevering, de kwaliteit van het toezicht aan de opdrachtgever wordt toegerekend. (...) Het ligt voor de hand dat bij deskundig toezicht namens de opdrachtgever bij de oplevering de kans dat alsdan een verborgen gebrek wordt ontdekt groter is dan bij minder deskundig toezicht. Ik zie dan ook niet waarom de mate van toezicht niet van belang zou mogen zijn voor de mate waarin de opdrachtgever het risico draagt van het niet ontdekken van een gebrek bij de oplevering.'
(onderstreping, auteur)

Deskundigheid van de opdrachtgever en gebreken

28. De deskundigheid van de opdrachtgever/ diens toezichthouder is dus (mede) bepalend voor de vraag of een gebrek "verborgen" is.

29. Hoe wordt hier nu in de rechtspraak mee omgegaan? In ieder geval de Raad van Arbitrage voor de Bouw (hierna: "RvA") toetst concreet of een opdrachtgever voldoende deskundig is om een gebrek te kunnen herkennen. Met name bij consumenten die zelf toezicht houden, lijkt dit doorslaggevend.

RvA 21 maart 1998, No. 19.369:

'Arbiter heeft bij de bezichtiging geconstateerd dat de noodzakelijke inlaatcombinatie niet aanwezig was, dat kennelijk daarvoor in de plaats, maar ten onrechte, in een aftakking van de warm-waterleiding een overstroomventiel was aangebracht en in een aftakking van de koudwaterleiding een afsluiter met aansluitmogelijkheid was aangebracht. Arbiter is voorts van oordeel dat van deze onjuiste constructie niet gesteld kan worden dat een normaal deskundige directie de onjuistheid eenvoudig kan vaststellen zonder specifieke deskundigheid op dit terrein. Het geconstateerde gebrek is derhalve aan te merken als een verborgen gebrek in de zin van paragraaf 12 lid 3 UAV 1989.'
(onderstreping, auteur)

RvA 7 december 2006, No. 28.459, r.nr 39:

'De aanvaarding van het werk door de directie bij de voorlopige respectievelijk definitieve oplevering staat er niet aan in de weg, dat aannemster thans wordt aangesproken op de aanwezigheid van de genoemde gebreken aangezien die (evenals de oorzaak daarvan) ondanks regelmatig toezicht tijdens de uitvoering dan wel bij de opnemings van het werk, door de directie redelijkerwijs niet onderkend had kunnen worden, temeer nu deze directie, hetgeen aannemster uit eerdere werken bekend was en zijn Belgische raadsman ter zitting ook nog eens memoreerde, meer antiquair is dan bouwkundige.'
(onderstreping, auteur)

RvA 7 mei 2010, No. 28.970, r.nr. 48 - 49:

'48. Aannemster heeft in plaats van - zoals op tekening aangegeven - een kunststofdorpel met betonnen kantplank, een vezelcementplaat met daartegen een oplopende mortelrand onder de (raam)kozijnen aan de voorzijde van de woning aangebracht.

49. Naar het oordeel van arbiters dient dit als een verborgen gebrek te worden aangemerkt. Een en ander wijkt immers af van hetgeen - op tekening - is overeengekomen en is (ook) van mindere kwaliteit. Voor opdrachtgever, als zijnde een ondeskundig directievoerder, is dit ten tijde van de uitvoering of oplevering niet zichtbaar geweest. Op het oog lijkt de detaillering hetzelfde.'

(onderstreping, auteur)

30. Een niet-deskundige opdrachtgever die zelf toezicht houdt op de werkzaamheden, kan zich dus kennelijk meer veroorloven dan een professionele partij met kennis van zaken. Hetgeen ook logisch is, omdat een niet-deskundige opdrachtgever meer op de professionaliteit en deskundigheid van de aannemer zal vertrouwen. Bij een niet-professionele opdrachtgever/directievoerder zal dan ook sneller sprake zijn van een “verborgen” gebrek.

Bijstand door een deskundige

31. Iedere opdrachtgever heeft echter belang erbij dat het werk van meet af aan zo goed mogelijk wordt uitgevoerd. Daarbij hoort ook dat gebreken in het werk zo vroeg mogelijk worden ontdekt en hersteld. Het kan dus in het belang van opdrachtgever zijn om zich bij belangrijke momenten, zoals de opnemingsfase ten behoeve van de oplevering, te laten bijstaan door een adviseur.

32. Opdrachtgevers moeten zich er wel van bewust zijn dat de verhoudingen daardoor wijzigen. De kennis en deskundigheid van een adviseur zullen namelijk in dat geval worden toegerekend aan de opdrachtgever. Wat betekent dat minder snel sprake is van een verborgen gebrek.

33. Een opvallende uitspraak van de RvA mag in dat verband niet onvermeld blijven. Een VVE liet een aannemer een appartementencomplex bouwen. Na de oplevering van de algemene ruimten werden zwarte lekstrepen geconstateerd aan de binnenzijde van de kozijnen. Aannemer is daarvoor aansprakelijk gesteld. Aannemer stelt echter dat de VVE het gebrek aan de kozijnen heeft aanvaard bij de oplevering, onder meer omdat de VVE zich bij de opnemingsfase liet bijstaan door een deskundige. Van die deskundige mocht volgens aannemer verwacht worden dat die het gebrek zou (kunnen) onderkennen.

34. De RvA oordeelt over de vraag of de VVE middels de deskundige het gebrek had kunnen/ moeten ontdekken als volgt:

RvA 30 mei 2006, No. 27.704, ro. 13

‘(...) Dat de door de VvE bij de oplevering ingeschakelde deskundige wellicht beter had moeten weten, doet daar naar het oordeel van arbiter niet aan af. Partijen zijn immers geen keuring en aanvaarding door deze overeengekomen en niet is gesteld dat deze - anders dan onderneemster zelf - de VvE heeft voorgelicht over de te verwachten vervuiling, waarna de VvE het werk niettemin heeft aanvaard. Het hoort naar het oordeel van arbiter niet zo te zijn dat een aan eigen zijde gemaakte bouwfout in het ontwerp feitelijk wordt toegerekend aan de opdrachtgever vanwege een fout van een ander in de bijstand bij enkel de oplevering.’

(onderstreping, auteur)

35. Dit vonnis raakt de kern van de vraag of een aannemer met een beroep op falend toezicht zich kan vrijpleiten van uitvoeringsfouten. De meningen in de literatuur hierover lopen uiteen.⁶

36. Zo is door Van den Berg betoogd dat het voeren van directie uitsluitend gebeurt in het belang van de opdrachtgever.⁷ Het is ook een bevoegdheid van de opdrachtgever en geen verplichting. Directievoering laat volgens hem de prestatieplicht van de aannemer onverlet. Als de opdrachtgever onverplicht kiest voor directievoering, mag de aannemer daar niet beter van worden, maar desondanks ook niet slechter.

⁶ W.J.M. Herber, Voorstel herziening par. 12 UAV 1989: een gemiste kans, *TBR* 2011/76; W.J.M. Herber, Directievoering en aansprakelijkheid aannemer, *BR* 2006/111.

⁷ Asser/ Van den Berg 7-VI, *Aanneming van werk*, Deventer: Kluwer 2017, nr. 114; M.A.M.C. van den Berg, Vertegenwoordiging door de bouwdirectie, *BR* 1995, p. 193 ev.

37. Tegen deze opvatting argumenteert Rozemond dat de aansprakelijkheid van de aannemer kan variëren, afhankelijk van de deskundigheid en de mate van het toezicht.⁸ Dus hoe meer en hoe deskundiger het toezicht, hoe kleiner de aansprakelijkheid van de aannemer na oplevering.

38. Ten slotte is door Jansen betoogd dat paragraaf 12 UAV werkt als een exoneratiebeding van de aannemer.⁹ Een beroep daarop kan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn.

39. Hoewel een principiële standpunt niet lijkt te zijn ingenomen in de jurisprudentie, lijkt de visie van Rozemond het meest aan te sluiten bij de manier waarop door de RvA wordt beoordeeld of sprake is van een verborgen gebrek en of de aannemer zich kan beroepen op het feit dat een gebrek bij (bijvoorbeeld) de opneming ontdekt had kunnen worden.

Wetsvoorstel Kwaliteitsborging Bouwen

40. Uiteindelijk zal de normatieve discussie of een gebrek al dan niet onderkend had “kunnen” worden, eindigen als het Wetsvoorstel Kwaliteitsborging Bouwen (ooit) in werking treedt.¹⁰

41. Het wetsvoorstel beoogt een wijziging van het begrip verborgen gebrek. Aan artikel 7:758 BW wordt een nieuw lid 4 toegevoegd dat als volgt luidt:

‘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.’

(onderstreping, auteur)

42. Gebreken die feitelijk niet zijn ontdekt, waarbij het proces-verbaal van oplevering als bewijsmiddel moet dienen¹¹, kwalificeren als verborgen gebrek. Een heel feitelijk criterium dus. Een gebrek is immers wel of niet geconstateerd en wel of niet op het proces-verbaal van oplevering vermeld.

43. Discussies over de vraag of een gebrek bij de opneming onderkend had moeten worden, waarbij de opdrachtgever geheel afhankelijk is van de deskundigheid van de toezichthouder, zijn na inwerkingtreding van het wetsvoorstel niet meer relevant. Als een gebrek immers feitelijk niet is geconstateerd, is de aannemer daarvoor na oplevering aansprakelijk zolang het gebrek de aannemer toe te rekenen is.¹² De deskundigheid van de toezichthouder, de mate van waarin toezicht is gehouden en alle andere omstandigheden is immers niet relevant voor de vraag of een gebrek feitelijk is ontdekt en vermeld op het proces-verbaal van opneming.

44. Omdat de stemming in de Eerste Kamer voor onbepaalde tijd is aangehouden, is dit nog wel een project van lange adem.¹³

⁸ J. Rozemond, De gevolgen van het tekortschieten in de uitoefening van het toezicht in de verhouding van de opdrachtgever-aannemer, *BR* 1995, p. 186 ev.

⁹ 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.

¹⁰ *Kamerstukken I* 2016/17, 34 453, nr. A en *Handelingen I* 2016/17, 34 456, item 6.

¹¹ *MvT, Kamerstukken II*, 2015/16, 34 453, nr. 3, p. 34.

¹² *MvA, Kamerstukken I* 2016/17, 34 453, nr. D, p. 17.

¹³ *Handelingen I* 2016/17, item. 5.

Afsluiting

45. Totdat de Wet Kwaliteitsborging Bouwen is aangenomen, zal een aannemer de mogelijkheid hebben om aan te voeren dat een gebrek bij de opneming onderkend had kunnen worden. Betekent dat echter nu dat het beter is om geen deskundige meer aan te stellen die het werk komt opnemen?

46. Mijns inziens gaat dat te ver. Opdrachtgever en opdrachtnemer hebben immers beide belang erbij dat het werk wordt opgeleverd in een situatie waarbij er geen gebreken zijn, of waarbij alle gebreken zo vroeg mogelijk bekend zijn. Eventuele gebreken kunnen dan immers sneller worden hersteld.

47. De opdrachtgever zal er dus goed aan doen een deskundige directievoerder aan te stellen als de opdrachtgever zelf over te weinig deskundigheid beschikt. In ieder geval om hem bij te staan bij de opneming van het werk.

J.H.J. Bax