

PROCEDEREN NA OPLEVERING? ALLEEN ALS HET ÈCHT MOET!

Inleiding

Mijn cliënten – grote(re) aannemers – hebben flink wat bedrijfsjuristen en contractmanagers in dienst. Als tijdens de uitvoering van een werk een conflict ontstaat, zullen die bedrijfsjuristen – vóóordat ze een advocaat inschakelen – eerst proberen dat conflict langs minnelijke weg op te lossen. Vaak lukt dat, maar als het niet lukt, wordt – zo constateer ik in de praktijk – nog wel eens lang ‘doorgemodderd’: de mensen ‘in het veld’ (de uitvoerder, de projectleider en de projectdirecteur) willen meestal eerst het werk voltooien en daarna pas ècht de degenen kruisen met de opdrachtgever, soms in de hoop dat er bij de eindafrekening alsnog ‘een klap op kan worden gegeven’.

In (te) veel van mijn zaken word ik pas na de oplevering ingeschakeld. Er is dan al eindeloos geprobeerd om tot een schikking te komen. Blijken die pogingen uiteindelijk tevergeefs, dan belandt het dossier op mijn bureau met de instructie een procedure aanhangig te maken.

Dergelijke procedures (bodempcedures na oplevering) zijn tijdrovend en – daardoor – kostbaar. Dat komt onder meer omdat bouwzaken bijna altijd bijzonder feitelijk zijn. De toepasselijke regels (meestal de UAV of de UAV-GC) zijn niet al te ingewikkeld, maar om die regels goed toe te kunnen passen, moeten er vaak veel vragen van feitelijke aard worden beantwoord. Stel dat een betonnen dekvloer tijdens de uitvoering scheurvorming vertoont en vervangen moet worden, dan hangt het van allerlei feitelijke omstandigheden af wie daarvoor aansprakelijk is:

- Wie heeft het ontwerp gemaakt?
- Was de betonsamenstelling volledig voorgeschreven of had de aannemer (enige) vrijheid?
- Hoe lang is het beton onderweg geweest?
- Wat waren de (weers)omstandigheden tijdens de stort?
- Is de constructievloer op de juiste wijze voorbehandeld?
- Werd er directie gevoerd?
- Enz.

Het is al lastig genoeg om dergelijke vragen tijdens de uitvoering te beantwoorden. Na oplevering is dat nog veel ingewikkelder, vooral ook omdat de betrokkenen dan al weer op nieuwe projecten werken (of zelfs – in het kader van reorganisaties – zijn afgevloeid; dat is tijdens de crisis menigeen overkomen). En àls het al lukt om na de oplevering de relevante informatie nog boven tafel te krijgen en de wederpartij wordt op basis van die informatie veroordeeld tot betaling, dan blijkt soms – aan het einde van de rit – verhaal onmogelijk ...

Kortom: procedures na oplevering moeten zoveel mogelijk vermeden worden. Maar hoe doe je dat?

Het lijkt soms wel alsof er maar twee smaken bestaan:

- òfwel het lukt om – zonder inmenging van derden – een schikking te treffen;
- òfwel er moet worden geprocedeerd.

In deze bijdrage wil ik enkele tussenwegen noemen: een paar mogelijkheden om conflicten te voorkomen (preventie), een paar mogelijkheden om conflicten buiten de rechter/arbitrator om op te lossen en een paar alternatieven voor de reguliere bodemprocedure bij de gewone rechter/Raad van Arbitrage.

Preventie

In 2015 hebben ‘Het OPDRACHTGEVERS FORUM in de bouw’ en Bouwend Nederland gezamenlijk een aantal “*Leidende principes voor een betere samenwerking tussen opdrachtgever en opdrachtnemer in 2020*” geformuleerd.¹ Het eerste ‘hoofdprincipe’ luidt als volgt: “*We kijken met trots en plezier naar de opgave en dragen dat ook uit*”. Op het derde blad van de “*Leidende principes*” zijn – bij het thema “*Human factors*”, onder het kopje “*Wat gaan we doen om het waar te maken?*” – als actiepunten 1 en 2 genoemd:

1. Elkaar voor aanvang (en na de gunning) van het project ontmoeten op hoger (directie-)niveau, voor een wederzijdse kennismaking, oriëntatie op de specifieke kenmerken van het project en de wijze van samenwerken.
2. Duidelijke afspraken maken over hoe we discussies en (dreigende) conflicten bewust, op tijd en langs de juiste lijnen escaleren ... bij de start van de uitvoering van het project. Daarmee houden we discussies en (dreigende) conflicten onder controle.

De in punt 1 bedoelde ontmoeting kennen we als de ‘Project Start-Up’ (PSU), die inmiddels bij grotere projecten gemeengoed is. Dat is ook meteen de valkuil: dat de PSU verwordt tot de zoveelste formaliteit, waaraan moet zijn voldoen voordat de uitvoering echt kan beginnen. Voor de enige PSU, die ik zelf mee heb mogen maken, was slechts een middag beschikbaar. Aan de zijde van de opdrachtgever schitterden de twee belangrijkste vertegenwoordigers door afwezigheid. Op die manier heeft – zo komt mij voor – een PSU weinig zin. Uit de praktijk bereiken mij geluiden dat er in PSU’s meestal nog wel gesproken wordt over wie – bij dreigende conflicten – precies met wie zou moeten praten, maar niet over wat de mogelijkheden zijn als die gesprekken niet tot een oplossing leiden. Dat is mijns inziens een gemiste kans. Onder het ‘langs de juiste lijnen escaleren’ van conflicten (actiepunt 2) zou wat mij betreft ook moeten worden verstaan: het bespreken van de verschillende mogelijkheden om (dreigende) conflicten op te lossen c.q. te beslechten als partijen er onderling niet uitkomen. Tijdens een PSU, als een werk nog niet of nauwelijks is begonnen, moeten daarover afspraken te maken zijn; als er eenmaal sprake is van een conflict, lukt dat vaak niet meer.

De preventieve werking van een PSU (en van ‘Project Follow-Ups’; PFU’s) kan worden vergroot door een onafhankelijke projectbegeleider aan te stellen. Rijkswaterstaat heeft dat onderkend door bij grote werken het betrokken ingenieursbureau te verplichten een ‘teamcoach’ te leveren. Deze verplichting is de aanleiding geweest voor de oprichting van

¹ Deze “*Leidende principes*” zijn als bijlage bij de welbekende ‘Marktvisie’ gevoegd. Een download is beschikbaar via: <https://www.marktvisie.nu/downloads/>.

een platform van onafhankelijke ‘projectcoaches’ onder de naam Cohézy, waar ik zelf als ‘enabler’ bij betrokken ben (zie www.cohezy.nl).

Willen partijen nog een stap verder gaan, dan kan een Raad van Deskundigen (in het buitenland bekend onder de naam ‘Dispute Review Board’ of ‘Dispute Resolution Board’; DRB) worden ingesteld. In Nederland gebeurt dat zelden of nooit, maar ervaringen in het buitenland – waar wèl veelvuldig DRB’s worden ingezet – laten zien, dat daar een sterke preventieve werking van uit gaat.²

Geschiloplossing

Lukt het niet om conflicten (volledig) te voorkomen, dan zullen partijen – dat spreekt vanzelf – eerst proberen er onderling uit te komen. Mijn advies: bestook elkaar niet met e-mails (dat leidt slechts – zo is mijn ervaring – tot verharding van standpunten), maar ga één of twee keer met elkaar om tafel en zoek dan naar de gemeenschappelijke belangen. Lukt het niet om er onderling uit te komen, bespreek dan tenminste met elkaar hoe je – door buitenstaanders in te schakelen – misschien alsnog een schikking zou kunnen bereiken: inventariseer wat precies de geschilpunten zijn en aan wie je daarover om advies zou kunnen vragen.

Advocaten genieten bij sommigen de reputatie dat zij partijen niet nader tot elkaar brengen, maar het vuurtje juist opstoken. Zelf heb ik echter meer dan eens meegemaakt dat – door de advocaten van partijen (als relatieve buitenstaanders) samen naar het conflict te laten kijken – juist wèl een minnelijke regeling tot stand kon worden gebracht: een goede advocaat zal zijn cliënt een realistisch beeld schetsen van wat er in een eventuele procedure allemaal wel en niet te bereiken valt en dat brengt vaak een schikking dichterbij. In één zo’n geval (waarin partijen al maandenlang in overleg waren) heb ik samen met de advocaat van de wederpartij een powerpoint-presentatie gemaakt en die vervolgens aan partijen gepresenteerd, waarna de zaak alsnog is geschikt.

Soms kan mediation een oplossing bieden. Er zijn nog steeds mensen die mediation te ‘soft’ vinden, onder meer omdat mediators normaal gesproken de bal bij partijen laten liggen; zó worden in Nederland – omdat de Mediatorsfederatie Nederland (MfN) deze manier van mediation voorstaat – de meeste mediators opgeleid. Er zijn echter in Nederland – zeker in de bouw – inmiddels genoeg mediators die een meer sturende, pro-actieve rol aandurven en zelf ook met oplossings(richting)en komen. Sommige van die mediators hebben om die reden zelfs hun lidmaatschap van de MfN opgezegd.³

Naast de inschakeling van advocaten en/of een mediator, bestaat ook de mogelijkheid een deskundige in te schakelen. Zeker als het (dreigende) conflict technisch van aard is, is het mijns inziens goed om in een zo vroeg mogelijk stadium – als alle relevante informatie nog

² Zie hierover mijn bijdrage (“*De (echte) Raad van Deskundigen verdient een (tweede) kans!*”) aan het Liber Amicorum voor Arent van Wassenaer (*Van het gebaande pad, opstellen aangeboden aan mr. A.G.J. van Wassenaer*, onder redactie van M.A.B. Chao-Duivis, J.M. Hebly en E.J. Blom, Den Haag 2016) en mijn artikel (“*De Raad van Deskundigen van de Raad van Arbitrage voor de Bouw in nationaal en internationaal perspectief*”) in TBR 2016, p. 1189 e.v.

³ Meer informatie over mediation in de bouw kan worden verkregen bij Presolve, het expertisecentrum voor geschillen vrij bouwen (zie www.presolve.info).

voor het oprapen ligt – een derde te vragen om advies uit te brengen. Dat kan in de vorm van een bindend of een niet-bindend advies. Wanneer partijen *gezamenlijk* de derde hebben uitgekozen, is (ook) een niet-bindend advies minder vrijblijvend dan menigeen denkt.⁴ Worden partijen het niet eens over de te benoemen deskundige, dan kan de Raad van Arbitrage worden verzocht om één van haar leden als onafhankelijke deskundige te benoemen, maar aan dat verzoek zal de Raad slechts voldoen als partijen geen arbitraal beding (verwijzend naar de Raad) overeen zijn gekomen.

Adviezen als hiervoor bedoeld hebben, ook als ze niet tot een oplossing leiden, tenminste één groot voordeel: de relevante feiten liggen dan tenminste vast, zodat – als later toch een procedure moet worden gevoerd – het onderzoek naar de feiten (grotendeels) al is uitgevoerd. En de betrokken deskundige kan – op de voet van artikel 200 Rv. – door de rechtbank worden gehoord, hetgeen de procedure aanzienlijk kan versnellen.

Het snel vastleggen van de relevante feiten kan overigens ook worden bewerkstelligd door de Raad van Arbitrage om een spoedplaatsopneming te vragen (bij de gewone rechter: door te verzoeken om een ‘descente’ – een plaatsopneming en/of een bezichtiging – al dan niet in combinatie met een voorlopig deskundigenbericht). Ook dat wil nog wel eens tot een oplossing leiden.

Geschilbeslechting

Lukt het niet om – langs één van de hiervoor geschetste wegen – een conflict te voorkomen c.q. vóór de oplevering op te lossen, dan resteert de gang naar de rechter of arbiter.

Als partijen in hun overeenkomst geen arbitraal beding hebben opgenomen, kan achteraf – door middel van een arbitraal compromis – alsnog worden besloten het geschil aan arbiters voor te leggen. Die mogelijkheid wordt nog wel eens over het hoofd gezien, terwijl toch – als het gaat om een technisch geschil (wat in de bouw vaak het geval is) – arbitrage de voorkeur zou moeten hebben.

Ook als een gang naar de rechter/arbiter onvermijdelijk is, wil dat nog niet zeggen dat per se een – langdurige en kostbare – bodemprocedure moet worden gevoerd. De Raad van Arbitrage kent verschillende procedures waarmee – nog tijdens de uitvoering – een uitspraak kan worden verkregen:

- een kort geding (gemiddelde doorlooptijd, tot en met het vonnis: 4 à 8 weken);
- het fast-track bindend advies (2 à 3 maanden); en
- de spoedbodemprocedure (3 à 5 maanden).

Het fast-track bindend advies⁵ bestaat pas sinds eind 2016 en zou wel eens een probaat middel kunnen blijken om langlopende bodemprocedures te voorkomen.

⁴ Zie HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3654, r.o. 3.2.3, tweede alinea.

⁵ Zie voor meer informatie: <http://raadvanarbitrage.nl/content/77/0/fast-track-bindend-advies.html>.

Is het conflict louter juridisch van aard en biedt een kort geding geen uitkomst (bijvoorbeeld omdat een verklaring voor recht wordt gevorderd), dan kan – langs de weg van artikel 96 Rv. – een snelle beslissing worden gevraagd aan de kantonrechter.

Afronding

Kortom: er bestaan legio mogelijkheden om bouwconflicten te voorkomen en – als dat niet lukt – al vóór de oplevering (als alle betrokken personen nog beschikbaar zijn en de relevante informatie nog eenvoudig voorhanden is) op te lossen c.q. te beslechten. Ik denk dat de bouw er bij gebaat zou zijn als van die mogelijkheden meer gebruik zou worden gemaakt.