

**Preadvies A.G.J. van Wassenaer en C.H.J.Thomas,**  
“[www.werkinuitvoering21.com](http://www.werkinuitvoering21.com) Interactief naar een nieuwe generatie  
bouwcontracten”

## **Verslag van de jaarvergadering van de Vereniging voor Bouwrecht gehouden op 26 november 2008 te Amsterdam**

**Prof. mr. J.M. van Dunné [14]**

Dank u, voorzitter. Ik kom in dit gebouw meestal om naar de opera te gaan op een iets later deel van de dag en het viel mij op dat de overeenkomst tussen wat we vandaag horen en de opera is dat het vaak een spanning is tussen tekst en muziek. Je hebt opera's die fantastisch zijn maar dan moet je de tekst eigenlijk wegdenken, want dat is een karikatuur van menselijke verhoudingen, en andersom. Nu dacht ik bij deze preadviezen: 'ik vind de muziek erg sterk'. En dat bedoel ik niet cynisch. Want ik vind het idee daarachter ontzettend goed, maar ik heb als ik het boek lees af en toe het gevoel dat ik van het ene enthousiasme in de andere aarzeling val en dat er nog heel veel te overdenken valt. En aan dat denkproces zou ik graag iets willen bijdragen.

Er is vanochtend al gezegd, dat de vraag is of zoveel totaal verschillende bouwvormen onder één nieuw contract kunnen vallen, ook al begrijp ik dat dit verdeeld is en dat er speciale bijlagen kunnen gemaakt worden voor typische contracten. Ik heb ook begrepen dat het gaat om contracten die toch enige omvang hebben. Maar waar ik op zou willen wijzen is een beeld uit sfeer van de algemene voorwaarden, dat je 'one shotters' hebt en 'repeat players'. Die 'one shotter' is niet iemand die een huisje in een rij laat maken, maar dat kan zijn een bestuur van een stichting die zegt we moeten een verzorgingstehuis bouwen of een nieuwe vleugel aan het ziekenhuis. Die zitten met de bouw. Die zijn nooit meer van plan zo iets groots te doen en zitten met vragen die opgelost moeten worden. De omvang kan dus uiterst complex zijn, maar over de aard van het contract zou ik ook wat willen zeggen. De preadviseurs hebben gezegd dat ze aanneming van werk en de levering van diensten onder één titel willen brengen en dan denk ik toch dat als dat niet een verdwijnt is, het problemen gaat opleveren. Want we hebben toch te maken met een typische aard van aannemingsovereenkomst die centraal staat rond een resultaatsverbintenis, en een dienstenverlening die gebaseerd is op een inspanning. Terwijl ik dat zeg besef ik dat het begrip zijn waar ik zelf ook niet in geloof, omdat bij elk resultaat een behoorlijke hoeveelheid inspanning zit en bij elke inspanning een behoorlijke hoeveelheid resultaat. Dat weten we allemaal, maar het is toch een begin van denken, een begin van redeneren zoals je ook in de UAV ziet bij de aansprakelijkheid van de aannemer. Hij staat voor een heleboel in, tenzij - en dan weet je dat het risico bij de andere partij ligt. En als je dat alles tot een geheel maakt, dan is het de vraag of je die aanvankelijke duidelijkheid, die niet meer bedoeld is dan een 'startingpoint for legal reasoning', niet met het badwater weggooit.

Die aard heeft ook te maken met het volgende punt: het economisch belang van een contract. Als je een adviseur bent, kun je een honorarium krijgen dat een fractie is van het belang van het project, maar de gevolgen kunnen zoals we allemaal weten in de verhouding staan van de omvang van het project. Er is een goed beginsel, dat 'de breedste schouders de schade moeten dragen'. Dat is iets wat je ook in die contractsvorm tot uitdrukking moet brengen. Het is denk ik niet een gezonde

gedachte om een aannemer en een adviseur gelijk te behandelen als je weet dat ze economisch totaal verschillende posities hebben en verschillend in de melk te brokkelen hebben. De filosofie van de preadviseurs de mythevorming over het onredelijke contract, is te vinden op pagina 22 en volgende. Zij hebben het daar over de oorzaken van geschillen en over de 'human factor'. Ik heb het gevoel dat het toch iets anders ligt. Ik waardeer de positieve benadering van de mens in de bouw, maar het deed me denken aan een interview dat ik een keer had met Van der Hoeven, degene die de Raad van State heeft gemaakt tot wat die nu is. Hij zei: 'We hebben het steeds over 'een onrechtmatige overheidsdaad'. Een onrechtmatige overheidsdaad is een 'Meneer de Vries', een ambtenaar die dwars gaat. Het is een figuur op een bepaalde plaats, en het is in de bouw precies zo: daar zit iemand die moeilijk doet. En dan kun je een prachtig contract hebben, dan kun je prachtige afspraken hebben, maar hoe ga je met een dergelijke situatie om? Dat zijn de zaken waar het tot conflicten leidt, en hoe ga je dat oplossen? Dat kan een partij zijn; het kan ook de advocaat van de partij zijn. Ik heb vaak meegemaakt dat je denkt: 'we zijn er bijna uit', maar dan blijkt de advocaat dwars te gaan liggen, want die wil iets totaal anders. Het kan ook zijn dat het de financier van de partij is. Zodra het project groter wordt hebben financiers meer te zeggen. Die hebben ook in die voorbereidingsfase hun stem gehad. Ik heb verschillende rampen zien gebeuren omdat de financier bij het rondgaan van het contractvoorstel wijzigingen voorstelde. Dat was toevallig weer een advocaat, ingehuurd door de financier, maar die had het ook niet begrepen. En die wijzigingen zijn doorgevoerd en dat had gigantische problemen tot gevolg. Dus er zijn allerlei kinken in de kabel die toegespitst zijn op een bepaalde persoon of figuur op een bepaalde plaats waar het gaat wringen. Dat kun je niet verhelpen door een mooie formule in het contract op te nemen. Want het contract kan geschreven zijn tussen beide partijen maar het blijkt dat eigenlijk de bank de kwaaië pier is of de verzekeraar. Dan helpt het niet dat je samen afgesproken hebt om tot in het oneindige te gaan onderhandelen of wat dies meer zij. Dus dat is een punt waarvan ik denk dat men er niet genoeg in het preadvies over nagedacht heeft. Die geschillenregeling juich ik op zich zeer toe. Het is niet alleen zaak om na afloop de kwestie goed te regelen, maar juist tijdens het contract. Het zou mooi zijn als de zogenaamde 'hardship clauses' aandacht hadden gekregen, waarbij je dus tijdens het proces gaat heronderhandelen. Ik heb niet gekeken of het in de bijlage was, want daar ben ik niet aan toe gekomen. Daarmee wou ik wijzen op een Duits boek dat de preadviseurs niet genoemd hebben en vermoedelijk ook niet kennen. Tot een week geleden kende ik het ook niet. Het is een boek van een meneer Kappellmann, de tweede druk van vorig jaar met de titel 'Juristisches Projektmanagement' (Werner Verlag, 2007). Dat staat boordevol met de prachtigste schema's. Ik denk dat onze preadviseurs het met rode oren zouden lezen, want daar is eigenlijk al heel veel gras voor de voeten weggemaaid hoe je als jurist het management en bouwproces beter kunt beheersen, met ook voorstellen tot het opzetten van een soort mini-geschillencommissies, overlegsituaties. Eén Duits citaat wil ik u niet onthouden. Waarom moet je zoiets inbouwen in het contract? Het gaat om een 'Deeskalationsmechanismus zur möglichsten Geringhaltung von Streitfragen.' Dat bedoelen we dus; dat moet je dus van het begin af aan proberen de kop in te drukken. Wat betreft de samenwerkingsplicht heeft de Duitse rechter in 1999 een arrest daarover gewezen, 'Die Kooperationsentscheidung' (28.10.1999) en sindsdien is het als een paal boven water dat je in een Duits bouwcontract met elkaar moet samenwerken ook al staat het niet in de algemene verordeningen, de VOB, of al staat het niet in het contract. En eigenlijk hebben we zelf ook zoiets. Dat is een arrest van de Hoge Raad over de verplichting om door te onderhandelen, het arrest van de Huurdersvereniging Koot B.V. uit 1983, NJ 1983, 585. Daarin staat ook dat je verplicht bent om door te onderhandelen totdat je een redelijk resultaat bereikt hebt als je al in de laatste fase terecht bent gekomen. Dus daar hoeven we niet ingewikkeld over te doen. Dan blijft alleen de vraag of je zoiets nog met zoveel woorden in het contract gaat zetten of niet.

Dan kom ik op het punt dat al eerder genoemd is, dat de preadviseurs eigenlijk een Angelsaksische benadering voorstaan om zoveel mogelijk in het contract op te nemen. We hebben hier de Engelse stijl tegenover de continentale stijl, Common Law en Civil Law, en het valt me op dat de Duitsers die toch behoorlijk 'tüchtlicher' en 'gründlicher' zijn dan wij daar tegenstander van zijn. Die zeggen: 'Laat alsjeblieft de algemene voorwaarden die je in de praktijk kent en wat er in de wet staat buiten het contract en beperk je tot die bepalingen, waarin je concreet verbijzondert op welke punten je moet overleggen, informatie verschaffen en samenwerken.' Ik denk dus ook dat, als je het contract uit de la wilt houden, je zeker niet alles erin op moet nemen, want ik denk dat elke niet-jurist de moed in de schoenen zinkt, als je zulk een gigantisch dik contract ziet waar de hele UAV of wat dan ook wat je nodig hebt in het contract overgeschreven is. Dat lijkt me een operatie die niet nuttig is.

Er wordt veel over de overeenkomst gepraat maar ik begin langzamerhand eindelijk dingen door te krijgen. En één van de dingen die ik een keer ontdekte is dat het probleem is dat wij juristen vergeten dat het woord 'overeenkomst' of 'contract' twee betekenissen heeft. De ene betekenis is het stuk, het document. De andere betekenis is de rechtsverhouding. Niet-juristen denken dat je met de overeenkomst het contract als document bedoelt. 'Hebben we een overeenkomst?' 'Waar is het contract?' 'Het contract ligt daar'. De overeenkomst is echter ook een rechtsverhouding. Dus per definitie ben je allerlei dingen tegenover elkaar verplicht die niet op dat stuk papier staan. Ik denk dat als je dat niet beseft, het verstandig is om het nog een keer in het contract te zetten. Maar eigenlijk zou dit een ABC moeten zijn, dat dit de kern is van hoe we met elkaar omgaan.

Dan nog een suggestie van wat je wel en niet in het contract zet. Het is ook een goede traditie die ik een keer van een advocatenvriend geleerd heb om de dingen waarvan je denkt dat ze belangrijk zijn, maar je weet niet precies hoe je het gaat zeggen, om dat in een considerans, in een preambule te zetten. En ik ben al een aantal dingen tegengekomen in het preadvies die ik typisch iets vond voor een preambule, voor een considerans, zoals: 'dat je elkaar met respect benadert', et cetera. Zodra je het in het contract zet, dan zou ik zeggen: van respect horen we genoeg op de televisie en op straat. Het gaat om het rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij, Baris – Riezenkamp, 1957 en dat is nog maar precontractueel. Dus contractueel moet je als de donder rekening houden met de gerechtvaardigde belangen. Wat betreft 'respect' kun je zeggen van: 'Ja, je had winst willen maken; daar heb ik respect voor; volgende onderwerp'. Dus respect, daar kopen we helemaal niets voor. Dus dat is een taalgebruik dat ik zou willen afkeuren.

Ik heb nog een paar opmerkingen, voorzitter. De risico's zijn de crux van het contract, hebben we kunnen zien staan in de preadviezen. Het is dus de kern. Dat ben ik van harte met de schrijvers eens. Maar ik ben het minder eens met de manier waarop ze daarmee omgaan. Ze zeggen: 'Het moet duidelijk zijn.' Dat is natuurlijk fijn, maar iedereen die wat langer hier rondloopt in Jeruzalem weet natuurlijk dat duidelijkheid een betrekkelijk begrip is en afhankelijk is van partijstandpunten. Dus hoe duidelijk je het ook probeert te doen, je weet dat daarmee geen dispuut voorkomen kan worden. Het gaat om het beheersen van risico's en dat wordt meestal bedoeld in de zin van een bepaald mechanisme aanbrengen. Daar ben ik het volstrekt mee eens. Dat is zeer belangrijk. Maar dan komen we op het punt wat Matton van den Berg ook al noemde. Het gaat ook bij die risico's om de toerekening en de toedeling. Matton heeft Lieuwe de Boer aangehaald, maar één ander punt wat Lieuwe de Boer altijd met plezier naar voren bracht was die beheersbaarheid en de draagbaarheid van risico's. Het gaat weer om die 'brede schouders', en dat is een algemeen beginsel uit het contractrecht. Het heeft helemaal geen bal met de bouw te maken. Denk aan het geval van het vliegtuig dat in Amerika neerstortte (Goldberg v. Kollsman Instrument Corp., (1963) 12 NY 2d 432, 191; vgl. mijn Verbintenissenrecht, Deel 2, p.169). De hoogtemeter faalde. Daardoor vloog het tegen een wolkenkrabber aan, die rustig stond te krabben en er was mist. Dus ze zagen dat ding niet. Wie is

aansprakelijk? Natuurlijk die maker van die hoogtemeter. Dat stond in het zwarte doosje. Maar dat is natuurlijk niet de oplossing. Want Lockheed, de bouwer van het vliegtuig, werd aansprakelijk gehouden omdat die het hele product op de markt had gezet. Want als je het kleine hoogtemeter-fabriekje aanspreekt die alleen maar hoogtemeters maakt, die kan absoluut een dergelijke schade dragen en ook niet verzekeren. Dus dat is juridisch en contractenrechtelijk onzin. Die gedachte kennen wij ook in het arrest Fokkervliegtuigvleugel, van bloedeigen bodem uit 1968: dat het risico wat je draagt afhangt van 'de aard van de overeenkomst, de verkeersopvatting en de redelijkheid'. Er zitten nog een paar oud-studenten van mij hier in de zaal. Die weten het: dat moet je midden in de nacht kunnen zeggen. En wat is die 'verkeersopvatting'? Ben je verzekerd of ben je niet verzekerd? Alleen in het eerste geval draag je aansprakelijkheid: 'No liability without insurance.' Dus het hele contractrecht kom je tegen in het bouwrecht. Je hoeft niet dingen te gaan verzinnen die er al lang zijn en die iedereen om ons heen in allerlei andere contracten gebruikt. En dat is iets denk ik wat je mee moet nemen bij het maken van die nieuwe contracten.

Wat de taal betreft, denk ik dat je heel erg moet oppassen met nieuwe taal in te voeren en nieuwe begrippen te gebruiken. We hebben daar voorbeelden van gehad in de nieuwe wetgeving. Ik kom nog heel veel ongelukken tegen met nieuwe termen die zijn ingevoerd in ons nieuwe burgerlijk wetboek en ook nieuwe artikelen. De simpelste artikelen, waarvan ik als arbiter denk, een advocaat zal wel weten wanneer de wettelijke rente begint, artikel 119, boek 6. Nee hoor. Het is dus na acht of tien jaar nog steeds niet doorgesijpeld dat dit nu net veranderd is, met nog een paar dingen, zoals 'verzuim'. Niemand begrijpt wat precies 'verzuim' is, wat 'onmogelijkheid' is, et cetera. Dus zodra je in contracten woorden gaat veranderen, van: 'dit is onderhoud, vroeger was het dat, maar nu is het dit', of vul maar wat in, dan gaat het schuiven en dan duurt het een generatie of wat voordat men in de gaten heeft dat er ineens een nieuwe inhoud aan een bepaald begrip gegeven is. Ik zou u dus willen waarschuwen voor de Scylla van het simpele contract. U zegt ergens het moet leuk om te lezen zijn. Het doet een beetje denken aan een JJC-contract, een Jip en Janneke contract. Aan de andere kant is er het gevaar om alles in het contract op te nemen wat je kunt verzinnen, wat de Engelsen zo graag doen, de Charybdis. Daar moet je tussendoor laveren en dat laveren kunnen we het beste leren van een groot jurist avant la lettre, van Odysseus, zoals de Engelsen hem noemen: 'a man of all seasons'. Die moest ooit werkelijk tussen Scylla en Charybdis door varen. En dit wou ik de preadviseurs meegeven. Odysseus wordt geadviseerd, hij heeft de goddelijke ondersteuning van Pallas Athene zoals we weten. Die zegt wat er allemaal gaat gebeuren en zegt tegen hem: 'Let op, als je straks tussen die Scylla en Charybdis doorgaat met je schip, dan is er een enorme draaikolk en dan proberen die monsters je te pakken.' Wat moet je doen? 'Vechten!', zegt Odysseus. Toen zei Pallas Athene:

'Must you have battle in your heart forever?

The bloody toil of combat?

Old contender, will you not yield to the immortal gods?

That nightmare cannot die, being eternal

evil itself - horror, and pain, and chaos;

there is no fighting her, no power can fight her,

all that avails is flight. Lose headway there

along that rockface while you break out arms,

and she'll swoop over you, I fear, once more,  
taking one man again for every gullet.

No, no, put all your backs into it, row on;  
invoke Blind Force, that bore this scourge of men,  
to keep her from a second strike against you.' [15]

'Roei door, heren preadviseurs', zou ik zeggen.