

Een brug over de Surinamerivier, een brug te ver? Dwaling in de tropen *revisited*

Jan van Dunné

Inleiding

Ik was nog niet zo lang lid van het Genootschap Iustitia et Amicitia (verder: I et A), en bracht mijn allereerste cas in. Als academicus bevond ik mij destijds – in de jaren zeventig – in een gezelschap van louter advocaten en oud-advocaten/bedrijfsjuristen, op Jaap Pompe na, als rechter: twee vreemde eenden in de bijt. De casus die ingebracht werden voor het pleiten – de term ‘cassen’ van tegenwoordig doet mij teveel aan het Westland denken – kwamen steevast uit de advocatenpraktijk: zaken die door partijen geschikt waren (en dus nooit juridisch tot bloei gekomen) of die beslist waren door rechters die het niet begrepen hadden en de uitspraak dus om revisie vroeg – bedrijfsongevallen. Ik had als jong Rotterdams hoogleraar mijn eerste advies uitgebracht over een geschil dat in Suriname speelde, de arbitrage erover zou nog een jaar of wat duren. Het was een geval van dwaling, een onderwerp waarover ik veel geschreven had, in een tropische context. Ik zag mijn kans: een heel geschikte zaak om als ‘cas’ in te brengen in het Genootschap. Ik heb het geschil uit mijn herinnering gereconstrueerd, een zoektocht in mijn archief had niets opgeleverd, er is nogal wat verloren gegaan na een overstroming in mijn kelder, enkele jaren geleden. Hier volgt eerst het cas met quaeritur, de argumenten die over en weer gevoerd werden, de beantwoording van het quaeritur en tenslotte de afloop in arbitrage. Naar zich laat aanzien, met enige slagen om de arm, de werking van de tijd eist haar tol. In mijn commentaar zal worden nagegaan hoe de rechtsontwikkeling sinds eind jaren '70, verder gegaan is en of dat nieuw licht kan werpen op deze casus en de behandeling ervan.

1. Het cas: De eerste brug over de Surinamerivier. De overeenkomst Welgemoed NV en de Staat Suriname

Suriname in 1978, de grote Surinamerivier stroomt langs het op de Westoever gelegen Paramaribo. Er is een veerdienst tussen stad en de Oostoever en het achterland, maar een vaste verbinding ontbreekt. Daar wil de regering wat aan gaan doen: er moet een brug komen! Sterker nog, er komen verkiezingen aan en het brugproject zou een krachtig statement zijn in de strijd, de hevig beloofde te worden; de brug, een lang gekoesterde wens onder de bevolking, zou het verschil kunnen maken. Een minpunt is dat de regering – als altijd – geen geld voor een dergelijk ambitieus en kostbaar project heeft. Daar wordt een oplossing voor gevonden: een grote aannemer, de aannemerscombinatie Welgemoed NV, wordt bereid gevonden het project te financieren; het zou dan wel een tolbrug moeten worden met een concessie voor een langdurige exploitatie. *Zo gezegd, zo gedaan*; er resteert maar weinig tijd voor de verkiezingscampagne begint en dus is grote haast geboden.

Aannemer Welgemoed gaat voortvarend aan de slag; de regering verschaft luchtfoto's van de locatie, er bestaan namelijk van dat gebied geen kaarten met metingen noch is er tijd om die te maken, en op basis van de luchtfoto's maakt de aannemer een ontwerp voor de brug. Een stalen constructie die de Surinamerivier overspant, lengte: 900 meter, bouwkosten x miljoen gulden, *turn-key* gebouwd en te financieren door middel van een concessie voor tolbeheer van de brug gedurende twintig jaar. De regering Suriname grijpt dit aanbod met twee handen aan, partijen worden het hierover snel eens. In de verkiezingscampagne die hier direct op volgt maakt de regering grote sier met het plan voor “De eerste brug over de Surinamerivier ooit”. De oppositie is echter *not impressed*

en voert een campagne waarbij de (zoveelste) geldverspilling van de zittende regering aan kostbare, onverantwoorde hobby's aan de kaak gesteld wordt (ten koste van de aanpak van grote sociale en economische achterstanden) en daarmee weet zij de verkiezingen te winnen.

Aannemer Welgemoed heeft echter zijn contract en gaat over tot de uitvoering daarvan, er is nu eindelijk tijd om precieze metingen te doen op locatie van de brug. Daarbij komt een tamelijk dramatisch feit aan het licht: de afstand tussen de oevers is daar niet 900 meter, maar in werkelijkheid 1300 meter, waardoor de lengte van de ontworpen brug aanzienlijk langer moet worden, tegen even aanzienlijk hogere bouwkosten. Hoe had dit zo kunnen gebeuren? De locatiegegevens die de regering als opdrachtgever aan de aannemer had verstrekt bestonden, als gezegd, enkel uit luchtfoto's van het gebied. Aan beide oevers van de rivier stonden dichte mangrovebossen in het water, de aannemer had die voor de vaste oevers aangezien, die afstand berekend en vervolgens daarop zijn ontwerp gebaseerd voor een brug van 900 meter, terwijl de afstand tussen de oevers daar daadwerkelijk 1300 meter bedroeg. “*Wat nu, wat nu – zei Pichegru?*” Dat lag voor de aannemer nogal voor de hand: terug naar de opdrachtgever die hem de verkeerde informatie had verschaft en een aanpassing van de overeenkomst gevraagd met inachtneming van de nieuwe, juiste feiten. De zorgen van de aannemer betroffen niet alleen de meerkosten in verband met de grotere lengte van de brug - een extra staalconstructie van 400 meter lengte – intussen waren de staalprijzen op de Amerikaanse markt sterk gestegen, en daar bovenop ook de arbeidslonen. Bij een ongewijzigd uitvoeren van de overeenkomst werd dat project *unfeasible* – de normale risico's die hij bij een dergelijk langdurig contract zou moeten kunnen opvangen door middel van de tol-concessie voor twintig jaar werden nu op extreme wijze overschreden. Hij zou redelijkerwijze niet aan de ongewijzigde uitvoering van de overeenkomst gehouden kunnen worden door opdrachtgever.

Daar dacht *deze* opdrachtgever echter anders over, er zat intussen een enigszins ándere opdrachtgever: de oppositie die de verkiezingen had gewonnen en nu de Regering Suriname vormde, die bovendien, en niet onbelangrijk, die hele brug nooit een goed idee had gevonden. Kortom, de aannemer kreeg een eenvoudig *njet* te horen: “contract is contract”, “zaken zijn zaken”. Het was daarmee ‘een brug te ver’ geworden. De aannemer laat het er niet bij zitten; de door hem ondernomen actie komt tot uitdrukking in het hier volgende quaeritur.

Quaeritur: Kan aannemer Welgemoed tegen zijn wederpartij, de Staat Suriname, met succes een actie uit dwaling (eenzijdig of tweezijdig) instellen en zo bereiken dat de overeenkomst aangepast wordt aan de feitelijke omstandigheden?

2. Het pleidooi, de argumenten van partijen in de zaak Welgemoed/Staat Suriname

In deze zaak werden bij pleidooi in een zitting van I et A de volgende argumenten aangevoerd, die ik hier zal samenvatten – zoals altijd vindt de herinnering steun in de fantasie, vermengd met een vleugje trauma, weten we sinds dr. Freud.

De argumenten van Welgemoed liggen tamelijk voor de hand: hij is afgegaan op door opdrachtgever Suriname verstrekte informatie, essentiële informatie, namelijk de grondslag waarop zijn ontwerp voor de brug gebaseerd was, met een lengte van 900 meter. Op die gegevens waren de bouwkosten berekend en daarop steunde weer de tolbrugconcessie voor de periode van twintig jaar, zijn ‘terugverdien-model’. Hij is afgegaan, en mocht als aannemer redelijkerwijze afgaan, op een mededeling van zijn

wederpartij die onjuist gebleken is, over feiten waarover de laatste beschikte en voor haar altijd beschikbaar waren geweest. Volgens vaste jurisprudentie is zijn actie uit dwaling gerechtvaardigd, want door de wederpartij opgewekt terwijl zijn vertrouwen op hem verstrekte informatie verschoonbaar was. Ten gevolge van de gewijzigde omstandigheden (verhoging staalprijzen en arbeidsloon) is de grondslag van de dwalingsactie slechts versterkt, als gevolg van die niet-voorzienbare omstandigheden komt immers aan zijn vertrouwen op de juistheid van verstrekte bouwgegevens meer gewicht toe.

Subsidiair stelt Welgemoed dat hier sprake is van *wederzijdse* dwaling, immers, ook de Staat Suriname verkeerde in de veronderstelling dat de luchtfoto's de juiste feitelijke situatie van de bruglocatie weergaven, namelijk een oever-afstand van 900 meter. De Staat heeft nadat Welgemoed zijn turn-key bouwplan ingediend had, op geen enkele wijze aangegeven dat die aanneming, gedaan op basis van door haar verstrekte informatie, onjuist was. Als eigenaar en bestuurder van het gebied mag ervan uitgegaan worden dat er bij de Staat kennis van zaken was geweest.

De argumenten van opdrachtgever Staat Suriname zijn van eenzelfde kaliber, en ook overtuigend – althans, zoals altijd, op het eerste gezicht: als turn-key aannemer draagt Welgemoed het volle risico voor zijn ontwerp van het bouwproject, daarbij dient hij alle feitelijke gegevens zorgvuldig te controleren, een proces dat hij heeft nagelaten te doen voorafgaand aan de sluiting van de overeenkomst, om hem moverende redenen. Het afgaan op door een opdrachtgever verstrekte gegevens gebeurt op eigen risico; Welgemoed wist dat hij met luchtfoto's had te maken, welke informatie aan een dergelijk document ontleend kan worden en dat slechts onderzoek op locatie volledige informatie kan geven. Indien hij dat laatste nalaat, doet hij dat voor eigen rekening en risico. Voor de financiële gevolgen waarmee Welgemoed geconfronteerd werd na totstandkoming van de overeenkomst, geldt hetzelfde: deze komen volledig voor risico van de aannemer die tevens voor financiering van het bouwproject zorgdraagt. De verlening van een tol-concessie voor dat doel en voor de overeengekomen periode, kan slechts opgevat worden als een variant op het thema. De Staat Suriname beroept zich hierbij op de vaste jurisprudentie dat voor een geldig beroep op dwaling voor de dwalende partij het vereiste van voldoen aan een onderzoekplicht geldt, waarbij de aard van de overeenkomst en de deskundigheid van de dwalende een rol spelen bij de vraag of hij zonder meer mag afgaan op mededelingen door de wederpartij gedaan. Het gaat in casu om een turn-key project met financiering, door een zeer deskundige aannemer uit te voeren.

Aldus werd door de raadslieden van partijen gepleit, waarbij men zich wel een voorstelling kan maken van hetgeen bij repliek en dupliek betoogd werd. Bij het openbare raadkameren van de tot rechter benoemde leden van het Genootschap werd bij de afweging van de standpunten van partijen het meeste gewicht toegekend aan de economische aspecten van de overeenkomst, de wijze waarop Welgemoed zijn risico's had verdisconteerd met gebruikmaking van een tol-concessie met een exploitatietermijn gedurende twintig jaar. Dit had tot gevolg dat de veronderstelling over de lengte van de te bouwen brug die onjuist bleek, voor risico van de aannemer gebracht moest worden. Met als dictum: afwijzing van de vordering uit dwaling van Welgemoed.

Geruime tijd na deze uitspraak van de rechters van I et A werd het arbitrale vonnis in de werkelijke zaak bekend. Dat hield in dat de dwalingsactie van Welgemoed afgewezen werd, op ruw samengevat – de tijd doet ook hier zijn werk, naast het helen

van wonden – de volgende gronden. Voor een succesvol beroep op dwaling die gebaseerd is op een onjuiste mededeling van de wederpartij is vereist, behalve dat het afgaan op de mededeling in goed vertrouwen is gebeurd, dat de dwalende alvorens de overeenkomst te sluiten niet verplicht was om zelf onderzoek te doen naar de juistheid van de voor de overeenkomst relevante, zo niet essentiële feiten. Een aannemer heeft naar bestaand gebruik een dergelijke onderzoekplicht bij het doen van een aanbod tot de bouw van een turn-key project. Door voor de feitelijke gegevens met betrekking tot de bouwlocatie af te gaan op de door de opdrachtgever verstrekte informatie – de luchtfoto's – zonder te controleren of die gegevens juist waren, heeft de aannemer bewust een risico genomen dat zich later gerealiseerd heeft. Dat kan niet door middel van een dwalingsactie hersteld worden.

Er kan in dit geval ook geen sprake zijn van een geldig beroep op *wederzijdse* dwaling, aangezien de opdrachtgever om bovenvermelde redenen ervan mocht uitgaan dat het aanbod van de aannemer aan de daarvoor te stellen eisen bij een turn-key project voldeed, en het zorgvuldig en toereikend afdekken van risico's tot het uitsluitende terrein van de aannemer behoort.

De omstandigheden van de sterk gestegen staalprijzen en arbeidslonen, ten slotte, komen voor rekening van de aannemer die zich daartegen had kunnen wapenen, ook door middel van specifieke contractuele voorwaarden. Indien hij dat nagelaten heeft, kan hij dit risico niet achteraf bij de opdrachtgever leggen.

3. Commentaar op de beoordeling van het geschil Welgemoed/Staat Suriname op grond van toenmalig en huidig geldend recht

3.1 Een eerste reactie op de afloop van de zaak

In mijn herinnering was de uitspraak van de *brethren* van I et A, evenals later het vonnis van de arbiters, niet iets dat erg positief bij mij binnen kwam, *to put it mildly*. Het eerste niet, omdat ik mij verheugd had op een diepgaande discussie over de dwalingsfiguur, met het tableau van de mededelingsplicht (inclusief verzwijging) tegenover de onderzoekplicht van partijen. In plaats daarvan – met hoogstens een bewezen lippendienst – werd een by-pass genomen waarbij uitgegaan werd van de economische en financiële aspecten van de zaak. Ik moest toen nog, als academicus, leren dat advocaten daar meestal de voorkeur aan geven boven de juridische, al gauw 'dogmatisch' ervaren discussie over het van toepassing zijnde 'leerstuk' (*nomen est omen*). Een inzicht waar ik overigens veel aan gehad heb, en trouwens ook bij grote juristen aantrof, veelal bij rechters, als Lord Denning en Justice Cardozo, en waar ik later ook in de arbitragepraktijk veel profijt van had. De teleurstelling over het arbitrale vonnis was meer juridisch gekleurd: er was weinig in te vinden over de moderne dwalingsleer die zich in de jurisprudentie al enige tijd ontwikkeld had – waarop mijn advies, aan de aannemer uitgebracht, gebaseerd was.

Tot zover de geschiedenis, Genootschappelijk en daarbuiten (in het jargon 'Naburig Koninkrijk' geheten, dus buiten de Republiek I et A). Wat is er over deze cas(us) naar geldend recht te zeggen, zoals dat indertijd van toepassing was en ook zoals dat tegenwoordig geldt? De lezer zal gemerkt hebben dat de standpunten van *beide* partijen heel pleitbaar waren; als er goed gepleit wordt, met deugdelijke gefundeerde argumenten, zal de toehoorder-beslissers steeds heen en weer geslingerd worden tussen beide ingenomen standpunten. Zo vergaat het mij tenminste als arbiter (en rechter-plaatsvervanger), met het bekende dilemma: de confrontatie van een partij met een sterke zaak, maar een zwakke advocaat, tegenover een partij met een zwakke zaak, maar gesteund door een sterke advocaat. *Ius curia novit*, maar de rechter/arbiter kan gemakkelijk op het verkeerde been gezet worden door een overtuigend betoog, het blijft

mensenwerk. Er bestaat ook ‘aanvulling van rechtsgronden’ (art. 25 Rv; 48 oud-Rv), maar dat leidt naar mijn indruk een pover bestaan in de huidige rechtspraktijk, met rechters die op omzet afgerekend worden, en minder op kwaliteit. Terug naar de nabeschuiving aan de hand van geldend recht.

3.2 Opzet en indeling van het commentaar. Twee thema’s

Voorafgaand aan dit commentaar, een opmerking van algemene aard. Als een partij bij de uitvoering van een overeenkomst op zwaarigheden stuit en om een oplossing van het gerezen probleem verlegen zit, hangt het er altijd vanaf, waar je bent. In Rotterdam, mijn thuisbasis, is het een oude gewoonte indien zich een *hardship* voordoet dat partijen met elkaar aan tafel te gaan zitten om te zien hoe daaruit te komen.¹ De ene advocaat belt de advocaat van de tegenpartij op en zegt: “Onze cliënten hebben een probleem, wij moeten maar eens gaan praten met elkaar”. Dat is Rotterdam, in Den Haag krijg je meteen een dagvaarding van de advocaat van de tegenpartij bezorgd, als eerste contact. Dat ‘Rotterdamse procesrecht’ is ook kenmerkend voor de praktijk van de Rechtbank Rotterdam: “in andere zin: Rechtbank Den Haag”. Zo was het in elk geval in mijn tijd, en de halve eeuw ervoor.² Ik vermeld dit ook omdat I et A sinds 1810 bestaat uit Rotterdamse en Haagse juristen (al werd daar de laatste decennia de hand mee gelicht, van Haagse zijde).

In mijn commentaar zou ik twee thema’s willen behandelen die in deze zaak centraal staan – zouden moeten staan. Dat gebeurt aan de hand van het toen geldende recht, van eind jaren ’70 dus, met inachtneming van de ontwikkelingen in de decennia die volgden. Het onderwerp dwaling is heel breed, talloze zijpaden bieden zich aan, maar ‘in de beperking toont zich de meester’, een onder meesters overigens weinig gekend gezegde. Die twee thema’s of invalshoeken bij deze casus zijn: (i) de verhouding tussen de mededelingsplicht en de onderzoekplicht van partijen; en (ii) de figuur van wederzijdse dwaling. Beide zullen ook naar huidig recht bezien worden, het eerste is (nog steeds) rechtersrecht (in aansluiting op art. 6:228 lid 1, sub *b* BW), het tweede heeft de wetgever geregeld in sub *c* van dat artikel, waarbij echter de goede bedoeling niet in het resultaat te herkennen is, met als gevolg: ook hier rechtersrecht als norm. Een bekend fenomeen bij wetgeving, de praktijkjurist maar al te bekend (hoor ik daar: “NBW”?).

3.3 Mededelingsplicht versus onderzoekplicht van partijen over en weer - thema (i)

De lange ontwikkeling die het dwalingsleerstuk sinds de Tweede Wereldoorlog heeft doorgemaakt, leidde van het klassieke ‘wilsgebrek’ van de wetgever van 1838 naar de figuur van ‘opwekken van een onjuiste voorstelling van zaken’ door de tegenpartij, in wezen: *misleiding*, in het jargon van vandaag: ‘bedrog-light’. De dwaling die opgewekt werd moet het gevolg geweest zijn van onjuiste mededelingen of het ‘zwijgen waar spreken plicht is’. Bij contracteren mag men in goed vertrouwen afgaan gaan op mededelingen door de wederpartij gedaan, hetgeen in art. 6:228 lid 1 sub *a* BW zijn beslag gekregen heeft als gecodificeerd rechtersrecht. Het in dwaling *zijn* werd getransformeerd naar in dwaling *gebracht worden* door de wederpartij, de Engelse figuur van *misrepresentation* stond hiervoor model (bij Meijers en De Grooth, de laatste

¹ Een oud thema, zie mijn bijdrage aan I et A Jubileumbundel 1988, ‘De verplichting tot heronderhandelen in geval van hardship’, J.M. van Dunné, W.G. van Hassel en E.J. Numann (red.), *Geschillenbeslechting in en buiten rechte*, Arnhem: Gouda Quint, 1988, p. 117.

² Zie het relaas van Dorhout Mees in J.M. van Dunné e.a., *Acht civilisten in burger*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1977.

als Drieman bij de voltooiing van Boek 6 en ontwerper van art. 6:228 BW).³ De mededelingsplicht vond een plaats in sub *b* van het artikel; aan het codificeren van de onderzoekplicht was de ontwerper van het NBW niet toegekomen. Aangezien dit alles de neerslag is van de heersende jurisprudentie die ook al in de jaren '70 gold toen het geschil over de Surinamebrug speelde, biedt het huidige recht geen ander beeld dan indertijd het geval was.

Op het gebied van de controverse: mededelingsplicht versus onderzoekplicht van partijen is het arrest *Van der Beek/Van Dartel* uit 1973 nog steeds de standaard, nadien talloze malen door de Hoge Raad bevestigd, met inachtneming van de omstandigheden van het geval, waarover zo dadelijk meer.⁴ Ik verwachtte dat dit arrest op de zitting van de I et A-rechtbank het pleidooi zou beheersen, *quod* – helaas – *non*, een arrest dat overigens voor mij een I et A-randje heeft. De advocaat die in deze zaak als winnaar uit de strijd kwam, was namelijk de latere president van ons Genootschap, Piet Wackie Eysten (#376), die de procedure in alle drie instanties gevoerd had, te beginnen als jong advocaat voor de rechtbank. Ik wist dat, omdat hij in mijn vak Verbintenissenrecht in Rotterdam een keer als gastdocent was opgetreden, kort nadat het arrest gewezen was. Saillant detail, zeker voor lezers afkomstig van de balie: in de pauze van het college vertelde hij mij dat hij nog een week moest wachten om te weten of hij de zaak daadwerkelijk gewonnen had, dan verliep namelijk de termijn van de procedure voor het hof na verwijzing en ontstond 'verval van instantie'. Als de tegenpartij zich niet tijdig geroerd zou hebben, herleeft het vonnis in eerste instantie, een uitspraak die voor zijn cliënt positief was. Dat is toen goed afgelopen.

Ik veronderstel de casus van dit arrest bekend en volsta met een samenvatting. Bij de verkoop van een huis had verkoper Van Dartel verzwegen dat de gemeente de woonruimte gevorderd had, met een termijn van drie maanden. Koper Van der Beek krijgt als nieuwe eigenaar de vordering te verwerken en stelt een dwalingsactie tegen Van Dartel in, wegens het verzwijgen van de woonruimtevordering. Tot zover is het vrij overzichtelijk, maar Van der Beek was de 22-jarige blonde vriendin van ene Belarbi voor wie zij als stroman (m/v) optrad (vertelde Piet op college) die in het pand vervolgens 12 gastarbeiders had ondergebracht; bij de onderhandelingen sprak zij van een gezin van 5 personen. Het verweer van Van Dartel is sterk (hij krijgt het hof mee), met een variant op de onderzoekplicht: indien koper Van der Beek een woonvergunning aangevraagd zou hebben, zou zij vanzelf van de woonruimtevordering vernomen hebben. Dat zou ook het geval geweest zijn bij de aanvraag voor een huisvestigingsvergunning voor twaalf buitenlanders. Kortom, een casus waar beide partijen boter op het hoofd hadden wat het in acht nemen van de precontractuele verplichtingen die bij dwaling (het voorkomen ervan) gelden. Welke verplichting weegt nu zwaarder, bij afweging door de rechter? De uitslag van de weegschaal is bekend: het niet voldaan hebben aan de vereiste mededelingsplicht is een ernstiger fout. In de

³ [Meijers, WPNR 1922 \(Verz. Priv. Opstellen III, p.115; 122\); De Grooth, preadv. Cand. Not. 1948, p.71. In de Toelichting NBW, Boek 6 \(1961, p. 755, ad art. 6.5.2.11\) blijft dit onvermeld en wordt slechts de Engelse *misrepresentation* genoemd. Dat geldt ook voor de MvA Boek 6 \(W. Snijders\), 1976, p. 207 e.v., waar art. 6 Unidroit-ontwerp het voorbeeld is. Het is een onderbelicht onderdeel van de wetsgeschiedenis, ook in proefschriften over dwaling van de jaren negentig. Zie hierover mijn *Verbintenissenrecht, Deel I, Contractenrecht*, Deventer: Kluwer, 2004, p. 519 e.v.; 531 e.v. \(verder: *Verbintenissenrecht I*\).](#)

³ [Het Driemanschap haalt die jurisprudentie aan in de Toelichting Boek 6, 1961, p. 754. In de MvA 1976, p. 208, wordt verwezen naar mijn pleidooi voor een mededelingsplicht gebaseerd op die rechtspraak in WPNR 4980 \(1968\).](#)

⁴ HR 30 november 1973, NJ 1974/97, m.nt. Scholten; AA 1974, p. 31, m.nt. Van der Grinten.

formulering van de Hoge Raad: de partij die zich verweert tegen een beroep op dwaling kan niet aanvoeren dat de wederpartij het ontstaan van de dwaling mede aan zichzelf heeft te wijten, daar “zal de goede trouw zich in het algemeen tegen verzetten”.

De relevantie van dit standaardarrest voor onze casus is natuurlijk dat beide partijen, de Staat Suriname en Welgemoed, fouten hadden gemaakt, tekortgeschoten waren in hun precontractuele verplichtingen tegenover elkaar: onjuiste informatie verschaft enerzijds, geen eigen onderzoek op locatie uitgevoerd anderzijds (waardoor de onjuistheid van het eerste aan het licht gekomen zou zijn, ergo van geen dwaling sprake geweest zou zijn). Wat weegt hier zwaarder, de schending van wélke verplichting? Volgens het arrest van 1973 zou de standaard zijn: het schenden van de mededelingsplicht (onthouden van informatie, c.q. verstrekken van onjuiste informatie) weegt zwaarder in de schalen van Justitia (en Iustitia). Maar hoe ligt dat in deze casus, een bouwovereenkomst in een duurovereenkomst ingebed, gezien de omstandigheden van het geval en de aard van de overeenkomst? De jurisprudentie die op het arrest van 1973 gevolgd is in de afgelopen decennia kan hier licht op werpen. Die weg kan niet geheel bewandeld worden (dwaling volgend) vanwege de instructie van de redactie van deze bundel, in hun poging om de meesters een beperking op te leggen. Ik zou een *short-cut* willen maken, ik laat enkele belangrijke, soms spraakmakende arresten links liggen, zoals: *Vis/Bruch* (1988), *Van Geest/Nederlof* (1990) en kom uit bij het *Antilliaans zwembad* (1998) – heel toepasselijk voor ons tropische cas – ook bekend als *Offringa/Vinck c.s.*⁵ In dit recentere standaardarrest over dwaling wordt dat van 1973 bevestigd en van een uitgebreidere motivering voorzien. Ik veronderstel de casus weer bekend: de verkoop van een huis op Curaçao waarbij de verkoper ernstige scheuren achter betimmering had weggewerkt en het lekkende zwembad tijdig had gevuld vóór de bezichtiging door koper. De laatste is spreekwoordelijk naïef, de scheuren die hij wél opmerkt ziet hij aan voor krimpscheuren, vraagt niet verder, doet geen onderzoek, maar vertrouwt op een positief taxatierapport van de verkoper. De Hoge Raad voegt aan de regel van *Van der Beek/Van Dartel* toe, dat “op alle bijzonderheden van het geval gelet moet worden” en dat “voormelde regel juist ertoe strekt ook aan de onvoorzichtige koper bescherming te bieden tegen nadelige gevolgen van dwaling veroorzaakt door het verzwijgen van relevante gegevens”. Ook wordt gepreciseerd dat voor het aannemen van een mededelingsplicht “de in het verkeer geldende opvattingen” de maatstaf zijn. Voor de beantwoording van die vraag kan van belang zijn of hij “die gegevens voor zich mag houden omdat hij erop mag vertrouwen dat zijn wederpartij, die gehouden is om binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen om te voorkomen dat hij onder de invloed van onjuiste veronderstellingen zijn toestemming geeft, ter nakoming van deze verplichting een onderzoek zal instellen en daardoor meerbedeelde gegevens bekend zal worden” (cursief toegevoegd).

Het gaat hier in wezen om het omgaan met risico's door partijen, met name hoe deze precontractueel te taxeren en in de overeenkomst te verdisconteren. De drieslag van een ander standaardarrest (nog niet in alle rechtsgeleerde regio's ingedaald, *Vliegtuigvleugel*, alias *Fokker/Zentveld* (1968), is hierbij behulpzaam: de aard van de overeenkomst, de verkeersopvatting en de redelijkheid zijn maatgevend, normgevend.⁶

⁵ Resp. HR 23 december 1988, *NJ* 1991/166, m.nt. Kleijn, *Vis/Bruch*; HR 21 december 1990, *NJ* 1991/251, *Van Geest/Nederlof*; HR 10 april 1998, *NJ* 1998/666, m.nt. Kleijn; *NTBR* 1998, p. 295, m.nt. Klik, *Offringa/Vinck c.s.* voor een bespreking van deze jurisprudentie, zie mijn *Verbintenissenrecht 1*, p. 537.

⁶ HR 5 januari 1968, *NJ* 1968/102, m.nt. Scholten; *AA* 1988, p. 441, m.nt. Köster. De verkeersopvatting leidde hier tot de uitspraak dat in beginsel het risico gedragen moet worden door de

Wat valt nu, met dit drieluik in het achterhoofd, over ons Surinaamse cas te zeggen? De “bijzonderheden van het geval” zijn dat het hier niet over koop maar aanneming van werk gaat, een typische bouwvorm (turn-key) in combinatie met een duurovereenkomst (exploitatie van de tolbrug). Daar gelden specifieke regels, niet alleen afkomstig uit de bouwovereenkomst in kwestie, maar ook gevoed door de verkeersopvatting en de redelijkheid.⁷ Bij grote projecten is het bouwcontract eigenlijk als een duurovereenkomst op te vatten, gezien de tijd die de voltooiing van de bouw vergt, en daarmee de mogelijke verrassingen die het verloop van tijd nu eenmaal met zich brengt. De stijgende prijzen van bouwstoffen (staal) en arbeidsloon uit onze casus zijn geen unicum op dit terrein.⁸ Dat geldt trouwens ook voor politieke en sociaaleconomische factoren, om van het huidige milieubeleid maar te zwijgen. Het samenspel dat nodig is om een bouwproject tot een goed einde te brengen heeft al de gedachte opgeroepen dat wij hier eigenlijk met een maatschapovereenkomst te maken hebben, een vorm van samenwerken gericht op het behalen van winst voor beide partijen. De moderne bouwcontracten uit de afgelopen decennia, met alternatieve geschilbeslechting in velerlei vorm, zijn een uitwerking van dit gezichtspunt.

Wanneer wij nader ingaan op de bijzonderheden van een bouwovereenkomst en de totstandkoming ervan, valt het volgende op te merken. In een gebruikelijke situatie stelt de opdrachtgever de aannemers die een bod willen uitbrengen gegevens over de bouwlocatie ter beschikking (grondmonsters, metingen, etc.) en is het aan de aannemer om dat met behulp van eigen onderzoek te verifiëren of aan te vullen. Daarbij is altijd sprake van een risico: de grondmonsters en metingen worden met bepaalde onderlinge afstand en op bepaalde diepten genomen en geven een indicatie, met een betrouwbaarheid die kan variëren, ook afhankelijk van de aard van het bouwwerk: kantoorgebouw, weg of tunnel.⁹ Van belang is hierbij of van de aannemer naar de verkeersopvatting in de bouw verwacht kan worden eigen onderzoek ter plaatse uit te voeren. Daarbij kan de tijdsfactor spelen, vaak is de tijd voor inschrijving in weken uitgedrukt, een onderzoek op locatie in Nigeria voor een te bouwen supermarkt of in de Caraïben voor een off-shore installatie is soms praktisch en technisch niet mogelijk binnen die korte termijn te realiseren. Een aannemer loopt aldus een groot risico door louter op de informatie van aanbesteder af te moeten gaan; als de markt slecht is doet hij dat – op hoop van zegen. Daar wordt wel misbruik van gemaakt door opdrachtgevers, een dankbare bron voor arbitrages.

In onze Surinaamse casus is hierbij van belang de overweging van de Hoge Raad over het bekend zijn bij de wederpartij dat de dwalende zelf geen onderzoek gaat doen en dus uitsluitend op de verkregen informatie zal afgaan. Gezien de tijdsdruk die speelde

partij die zich daartegen door verzekering gedekt heeft – door veel juristen nog steeds als vloeken in de kerk opgevat, in navolging van Brunner en Nieuwenhuis. Zie mijn *Verbintenissenrecht I*, p. 402 e.v.

⁷ De bouwvorm van onze casus zou in later jaren bekend staan als: ‘Design-Build-Finance-Operate’ (DBFO), met varianten als ‘Design-Build-Operate’ (BOT), ‘Build-Own-Operate-Transfer’ (BOOT), etc.

⁸ Zie voor deze problematiek mijn artikel: “Over staalprijzen en zo. Extreme stijging van materiaalkosten en het beroep op paragraaf 47 UAV 1989 wegens kostenverhogende omstandigheden”, *TBR* 2010/86 en 2010/106, p. 479-490 en p. 581-596.

⁹ Een sprekend geval is de Westerscheldetunnel, waar de aannemer op 60 meter diepte op een uiterst zeldzame zandsoort stuitte waardoor het boorschild vervormd raakte – ik was als adviseur bij dat geschil betrokken. Zie over die procedure, en de arbitrage die volgde, mijn artikel: ‘Een tunnelvisie op de Westerschelde. Het beroep op kostenverhogende omstandigheden van paragraaf 47 UAV in een contract met een risicoregeling en *entire agreement clause*’, in: *Alleen Samen (Van den Berg-bundel)*, Den Haag: Instituut v. Bouwrecht 2010, p. 123. Een I et A-randje: honorair lid Jan de Vries Robbé (#381) was als arbiter opgetreden; de economische aspecten kregen naar mijn indruk in het vonnis de overhand.

bij het tot stand brengen van het brug-project vanwege de naderende verkiezingscampagne, kan gesteld worden dat Suriname *wist* dat Welgemoed enkel op de verstrekte luchtfoto's zou afgaan en kunnen afgaan om een brugontwerp te maken, de tijd ontbrak eenvoudigweg voor metingen *in situ*. Onder deze 'bijzondere omstandigheden' zou het in strijd met de redelijkheid zijn om dan het risico van onjuistheid van de gegevens bij de aannemer te leggen. Daarbij speelt mee dat het belang van een zeer snelle afwikkeling van de ontwerp- en goedkeuringsfase uitsluitend aan de kant van de opdrachtgever, Suriname lag, en niet bij aannemer Welgemoed. Het aspect dat Welgemoed als dwalende partij zich tegen het ontstane risico had ingedekt (of had kunnen indekken) – de *Fokker/Zentveld* norm – gaat hier niet op omdat het financieringsmodel in de vorm van tolbrug-exploitatie overspannen werd door de extreme stijging van de bouwkosten (door 400 m brug extra).

De conclusie lijkt gerechtvaardigd dat Welgemoed zich voor zijn dwalingsactie tegen Suriname met succes op de jurisprudentie van de Hoge Raad, ten dele gecodificeerd, kan beroepen. Daarmee zou bereikt kunnen worden, behalve vernietiging van de overeenkomst, een aanpassing van de overeenkomst op grond van art. 6:230 lid 2 BW: de “wijziging van de gevolgen van de overeenkomst die op afdoende wijze het nadeel opheft” dat de dwalende partij lijdt (het staat er nog iets ingewikkelder dan hier weergegeven). Ook onder het oud-BW bestond deze mogelijkheid, ontleend aan de vordering uit verborgen gebreken en enkele andere wetsbepalingen, met behulp van “redelijke wetstoepassing”, in de terminologie van de Hoge Raad.¹⁰

3.4 De wederzijdse dwaling van partijen – thema (ii)

Voor een vordering van Welgemoed gebaseerd op de onjuiste voorstelling van zaken die bij *beide* partijen bestond, *wederzijdse* dwaling, zijn er eveneens goede gronden aan te voeren en omstandigheden die merendeels al ter sprake zijn gekomen. Het is wel – dit als opmerking vooraf – een rechtsfiguur die in doctrine en rechtspraak stiefmoederlijk bedeed is. De plaatsing ervan in het dwalingsartikel (sub *c*) heeft daarin weinig verandering gebracht. Ik zei al eerder dat het rechtersrecht was, en dat is nog steeds het geval. De arresten die hier de standaard zetten zijn dus schaars, en bovendien oud. Het beeld wordt nog steeds bepaald door rechtspraak van 1937, 1947 en 1972 en is vrij overzichtelijk. In het *Taxatierapport*-arrest (1937) gingen partijen uit van een taxatierapport dat op basis van een onjuiste grondslag opgesteld was; in het *Dekkleden*-arrest (1947) gingen partijen bij een vaststellingsovereenkomst er ten onrechte van uit dat een partij dekkleden verloren was gegaan, en in *Van Smeden/ Chr. Onderwijs Zaandam* (1972) veronderstelden partijen dat volgens de salarisregeling het inkomen van de leraar zou toenemen, hetgeen later onjuist bleek.¹¹ De rechter in omringende landen is uitvoeriger in de motivering waarom een beroep op dwaling in dergelijke gevallen toegestaan is, de Duitse rechter spreekt daarbij van het wegvallen van de *Geschäftsgrundlage*, dat een beroep op de goede trouw rechtvaardigt; vasthouden aan de onaangepaste overeenkomst is “*unzumutbar*”. Zijn Engelse collega zoekt naar een “*just and reasonable solution*”.¹² Bij ons laat de rechter dit thema doorgaans links liggen, en als het al aan de orde komt, kiest hij uiteindelijk voor afdoening op grond

¹⁰ Zoals door mij verdedigd, zie *Verbintenissenrecht* 1, p. 562.

¹¹ Resp. HR 25 februari 1937, *NJ* 1937/1058, m.nt. Meijers, *Taxatierapport*: HR 20 december 1947, *NJ* 1947/85, *Dekkleden*: HR 3 november 1972 *NJ* 1973/37, m.nt. Scholten, *Van Smeden/ Chr. Onderwijs Zaandam*. Zie mijn *Verbintenissenrecht* 1, p. 558-569.

¹² Ik schreef hierover in mijn eerdergenoemde bijdrage aan de I et A-jubileumbundel *Geschillenbeslechting in en buiten rechte*, 1988.

van eenzijdige dwaling, na het risico behendig aan de wederpartij toegerekend te hebben. Een goed voorbeeld daarvan is het *Kilometerteller*-arrest van 1993, waar het hof dat zo oplost; de Hoge Raad komt daar niet aan toe en slaat een andere weg in via een garantie.¹³ In een recent arrest heeft de Hoge Raad zich alleen over stelplicht en bewijslast bij wederzijdse dwaling uitgelaten.¹⁴ De Parlementaire geschiedenis leert dat men niet de eis mag stellen dat ook de wederpartij van de eiser (in dwaling) de overeenkomst niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben willen sluiten. Voldoende is dat de onjuiste voorstelling van zaken van invloed is geweest op de inhoud van de overeenkomst, bijvoorbeeld de prijsstelling.¹⁵

Ik moet het bij deze schets laten. Ook hier zou het bekende drieluik van: aard van de overeenkomst, verkeersopvatting en redelijkheid een passende norm zijn.

In onze Surinaamse casus pleit voor het aannemen van gemeenschappelijke dwaling dat de onjuiste gegevens over de locatie (luchtfoto's) een gezamenlijk uitgangspunt vormde waarop de overeenkomst gebaseerd was, qua ontwerp, omvang financiering en exploitatie van de brug. Suriname was als opdrachtgever op de hoogte van de omstandigheden op locatie, hij had als bestuur en eigenaar een dienst die daarover ging, en had het zo laten gebeuren. De haastige spoed ("zelden goed") die geboden was, gebeurde op instigatie van Suriname, vanwege eigenbelang dat op het spel stond. Het probleem met deze wederzijdse dwaling ontstond doordat Suriname als opdrachtgever inmiddels van kleur veranderd was, na de verkiezingen. Een aardige denkoefening zou zijn – een academische exercitie – welke oplossing waarschijnlijk zou zijn wanneer de verkiezingen door de zittende regering gewonnen zouden zijn, met de verwezenlijking van de brug nog op de politieke wensenlijst. Aardig voor een regenachtige dag – ook een academische situatie, langzamerhand.

Intussen kan de conclusie ook met betrekking tot dit thema luiden dat een vordering uit wederzijdse dwaling voor Welgemoed goede kans van slagen gehad zou hebben, al zou dat het begaan van een minder geplaveide weg inhouden.

4. Nabeschuwing

Het is al met al een curieuze historie dit verhaal over de brug die er niet kwam, een brug te ver was voor de contractanten. Het is niet het enige verhaal dat Suriname kent op dit gebied: in 2000 werd uiteindelijk een brug over de Surinamerivier gebouwd op een wijze die veel gelijkenis vertoont met onze cas(us). De regering-Wijdenbosch had het plan voor de brug opgevat, een aannemer gevonden (Ballast Nedam) en dat project inzet van de verkiezingen gemaakt, een "verkiezingsstunt", zegt de oppositie. De brug, van 1500 meter, werd nog door president Wijdenbosch ingewijd en van zijn naam voorzien, maar de verkiezingen kort erna werden niettemin eclatant gewonnen door de oppositie die zich tegen de brug gekeerd had vanwege de hoge kosten, het ontbreken van infrastructuur en financiering uit de staatsbegroting, ten koste van leniging van hoge sociaaleconomische nood. Een "brug naar nergens", zei men over de 'Bosje Brug'. Enkele jaren later werd bekend dat aannemer Ballast Nedam circa 15 miljoen euro aan

¹³ HR 25 juni 1993, *NJ* 1994/291, m.nt. Brunner, *Kilometerteller*, inzake een garantie die niet door middel van exoneratie ongedaan gemaakt kan worden – een bekend euvel.

¹⁴ HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1136, inzake echtelijke verevening van pensioenrechten. De gedaagde draagt de stelplicht en bewijslast "dat de relevantie van de dwaling ook bij een juiste voorstelling van zaken voor haar niet kenbaar zou zijn geweest".

¹⁵ Vgl. Asser/Hijma 7-1 2019/238, met honorair lid Jaap Hijma (#421) als auteur.

steekpenningen had betaald aan Wijdenbosch en zijn toenmalige adviseur van staat, ene Desi Bouterse.

Het is een enerverend gebied, Suriname, maar dat geldt ook de figuur van dwaling. Ik heb ooit een artikel geschreven met als titel: 'In Engeland is het goed dwalen',¹⁶ maar deze bijdrage had ook kunnen heten: 'In Suriname is het goed dwalen'.

¹⁶ J.M. van Dunné, 'De Misrepresentation Act 1966: In Engeland kan men goed dwalen', *NJB* 1967, p. 974 e.v. en p. 993 e.v.