

# Samenwerken - een kwestie van vertrouwen: een zoektocht naar een dilatatievoegprofiel ter overbrugging van de kloof tussen opdrachtgever en aannemer

Mr. C.H.J. Thomas en mr. A.G.J. van Wassenauer<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

Alhoewel het onvoorstelbaar is dat Monika Chao met pensioen gaat (wij denken dat ze blijft doorwerken, maar dan alleen aan andere dingen dan het bouwrecht; dingen die ze ook heel erg leuk vindt zoals architectuur of het bestuderen van Middeleeuwse besteksteksten<sup>2</sup>) zijn wij heel graag ingegaan op de uitnodiging van de redactie van dit Liber Amicorum om een bijdrage aan deze bundel te leveren. Deze bijdrage gaat over een thema dat zowel ons als Monika aan het hart ligt: samenwerken. Ons, omdat wij in 2008 samen het Preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht<sup>3</sup> hebben geschreven waarin het aspect samenwerking centraal staat. En Monika, omdat van haar imposante lijst publicaties een aantal daarvan direct en indirect aan dit onderwerp is gewijd.<sup>4</sup> En verder omdat wij beiden regelmatig ook met Monika zelf hebben samengewerkt. En altijd met ontzettend veel plezier!

Samenwerken, een begrip waarbij iedereen een beeld heeft, waarvan iedereen zal zeggen dat het moet, maar waarvan eigenlijk niemand kan zeggen wat dat samenwerken nu exact inhoudt. Wat wij met deze bijdrage dan ook beogen is (a) een beschrijving te geven van datgene waarvan wij menen dat dat met 'samenwerken' wordt bedoeld, (b) een juridische onderbouwing te produceren voor de notie dat partijen in een bouwproject ook nu al, zonder daartoe strekkende contractsbepaling, zouden moeten samenwerken en (c) een voorstel te ontwikkelen voor het overbruggen van de kloven tussen opdrachtgevers- en aannemersperceptie, de dilatatievoegen, die nu nog aan effectief samenwerken in de weg staan.

- 
- 1 De auteurs danken Sona Shakhverdian, student-stagiaire bij Allen & Overy LLP, voor haar hulp bij het voorbereiden van dit artikel.
  - 2 Zie het interview met Monika in H.C.W. Moesker en S.J.H. Rutten (red.), *Bouwrechtjuristen*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2018, p. 48 en p. 53.
  - 3 C.H.J. Thomas en A.G.J. van Wassenauer, *www.werkinuitvoering.com / Interactief naar een Nieuwe Generatie Bouwcontracten*, Publicatie VBR-preadvies no. 36, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2008.
  - 4 Wij noemen bijvoorbeeld: 'De toekomst van het bouwcontractenrecht', *TBR 2017/124*, 'Canon van het bouwrecht: De UAV-GC 2005', *TBR 2017/196*, *Juridische aspecten van (goed) opdrachtgeverschap Een bouwrechtelijke verkenning*, bijdrage aan de bundel 'Van het gebaande pad', onder redactie van: M.A.B. Chao-Duivis, J.M. Hebly en E.J. Blom, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2016, p. 171 e.v., Hoofdstuk 2 in Bouwrecht monografieën: *Het bouwteam model: een studie naar de juridische vormgeving en het functioneren in de praktijk*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2012, Some legal aspects of BIM in establishing a collaborative relationship, *ICLR*, 2011, aflevering 3, p. 264 e.v. Boekbespreking: Principles of European Law, Service Contracts, *TBR 2009/121*, en vele andere publicaties.

Daarbij is onze stelling:

*‘Samenwerken moet, ongeacht wat je overeenkomst daarover al of niet zegt!’*

Die stelling zullen wij in dit artikel nader onderbouwen. Daarbij willen wij aantonen dat samenwerken meer is dan het voldoen aan expliciete of impliciete mededelings- en waarschuwingsplichten.

## 2. Wat is samenwerking?

Van Dale definieert ‘samenwerken’ aldus: *‘met elkaar, met verenigde krachten werken, gemeenschappelijk aan eenzelfde taak werken’* en dan als één van de voorbeelden: *‘samenwerken aan een gemeenschappelijk doel’*.

Wat betekent dat dan voor de uitvoering van een bouwproject? Ontegenzeggelijk is het zo, dat de verschillende participanten aan een bouwproces - dat zijn in de eerste plaats de partijen in de ‘keten’ zoals: opdrachtgever, diens adviseurs, de aannemer, diens onderaannemers en leveranciers, de betrokken overheden en controlerende instanties, de financiers - allemaal werkzaamheden verrichten die gezamenlijk tot doel hebben het desbetreffende bouwproject tot stand te brengen. Ook al gelden er tussen hen bilaterale overeenkomsten, met in ieder daarvan een eigen bijzondere verdeling van taken, verantwoordelijkheden en aansprakelijkheden voor het optreden van bepaalde risico’s, er zal tussen die participanten in iedere fase van voorbereiding en uitvoering van het project een zekere vorm van informatie-uitwisseling moeten plaatsvinden. Dat is nodig om die verantwoordelijkheden, taken, aansprakelijkheden, zo beheerst mogelijk tot hun recht te laten komen (de aansprakelijkheden moeten dus vooral niet tot hun recht komen). Die informatie-uitwisseling, de daarvoor benodigde communicatie, dat is de samenwerking waarover wij het hier hebben.

Niet voor niets schrijft Monika in 2009:

‘Het tweede aspect betreft de nadruk op de samenwerking. De praktijk laat zien dat het gebrekkig communiceren (uitwisselen van informatie) bij dienstverleningsovereenkomsten vaak ten grondslag ligt aan vorderingen, ook al gaan die vorderingen soms concreet over heel iets anders. De nadruk op samenwerking en het uitwisselen van informatie is dan ook vanzelfsprekend en komt overeen met wat algemeen in de literatuur wordt bepleit, wanneer er bijvoorbeeld over conflictvermijding wordt geschreven.’<sup>5</sup>

Gebrekkig communiceren, gebrekkige informatie-uitwisseling, ligt volgens Monika dus ten grondslag aan geschillen. Zij staat daarin bepaald niet alleen. De Cobouw van 15 januari 2019 gaf een opsomming van de twaalf grootste bouwblunders van 2018, samen goed voor een schadepost van een half miljard euro.<sup>6</sup> De oorzaak van deze ‘blunders’ moest volgens dat artikel bijna steeds moet worden gezocht, in de eerste plaats in het lichtvaardig accepteren en beheersen van risico’s, maar direct daarop op de tweede plaats volgend : in gebrekkige communicatie.<sup>7</sup> In haar bijdrage aan het Liber Amicorum voor Matton van den Berg breekt

---

5 In ‘Boekbespreking: Principles of European Law, Service Contracts’, TBR 2009/121.

6 Koenen, I., “Zeesluis IJmuiden geen uitzondering: De 12 grootste bouwblunders van 2018”, Cobouw, 15 januari 2019, <<https://www.cobouw.nl/bouwbreed/nieuws/2019/01/zeesluis-ijmuiden-geen-uitzondering-de-12-grootste-bouwblunders-van-2018-auw-101268551>>.

7 Gebrekkige communicatie en niet werkende risico-allocatie zijn al lang bekend als voornaamste oorzaak van bouwgeschillen. Zie bijvoorbeeld ook A.G.J. van Wassenaer, ‘Nieuwe ontwikkelingen bij conflictpreventie en conflictmanagement in de bouw’, Tijdschrift voor Mediation 2006, p. 56-64.

Stefanie van Gulijk<sup>8</sup> in dit kader een lans voor wat zij 'Interactief communiceren in de Bouw' noemt.<sup>9</sup> In dat artikel beschrijft Van Gulijk dat er geen wettelijke voorschrift tot proactief communiceren bestaat en dat de bestaande voorwaarden (zoals DNR-2011, UAV 2012<sup>10</sup> en UAV-GC 2005) slechts reactieve verplichtingen bevatten, de zogenaamde waarschuwingplichten, die we in de volgende paragraaf de revue zullen laten passeren.

In een buitengewoon interessant, destijds door PSIBouw mogelijk gemaakt, onderzoeksartikel, te vinden op ResearchGate.net uit 2006, *'The problem of communication in construction,'* rapporteerden de drie auteurs, allen destijds werkzaam bij de Universiteit Twente<sup>11</sup>, het al sinds 1940 in de literatuur beschreven communicatieproblemen in de bouwsector (internationaal). Daarbij traden de grootste problemen op in de relatie opdrachtgever-opdrachtnemer. En dat terwijl, volgens dat artikel, op die as juist de zwaarste interactie en communicatie zouden moeten plaatsvinden.

Laten we van die communicatie een paar voorbeelden geven. Deze kunnen zich afspelen zowel tijdens de aanbestedings- en contracteringsfase als tijdens de uitvoering van de diverse deelprojecten.

Om mee te beginnen zal, voorafgaande aan een bouwproject, al die informatie aan de opdrachtgevende zijde zijn verzameld en gegenereerd, waarvan het nodig is dat die in die fase al met de opdrachtnemende zijde kan worden gedeeld. Daarmee ontstaat een nullijn, een momentopname die valt binnen de precontractuele informatie- en waarschuwingplicht van de opdrachtgever. Die sublimeert in de UAV 2012 bijvoorbeeld in par. 5 (over ter beschikking stellen van vergunningen, het terrein, de tekeningen, directieleveringen, voorgeschreven constructies en werkwijzen, eventuele verontreinigingen), met als spiegelbeeld de waarschuwingplicht van par. 6 lid 14.<sup>12</sup> Zie verder: par. 15 lid 2 (over de bouwplaats), par. 15 lid 3 (over opname van het werkterrein), par. 29 leden 1, 2 en 3 (in de beschrijving van het werk en in het bestek vermelde afmetingen en aangeduide toestand), par. 31 lid 1 (verband met andere werken) en par. 35 voor wat betreft meerwerk. En zie voor wat betreft de UAV-GC 2005 bijvoorbeeld par. 3 leden 1, 2 en 3 (die een expliciete mededelingsplicht bevatten), die weer

---

8 Door Monika weer instemmend aangehaald in M.A.B. Chao-Duivis en J.W.F. Wameling, 'Juridische aspecten van ketensamenwerking, Naar een multidisciplinaire benadering,' VBR-advies No. 41, 2013, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht, p. 141

9 S. van Gulijk, *Interactief communiceren in de bouw*, in M.A.B. Chao-Duivis, C.E.C. Jansen, J.B.M. Vranken (red.), *Alleen Samen - Opstellen aangeboden aan prof. mr. M.A.M.C. van den Berg*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2010, p. 43-56.

10 In haar geval de UAV-1989 want de UAV-2012 zijn van na haar publicatie.

11 M.E.L. Hoezen, I.M.M.J. Reymen, G.P.M.R. Dewulf, *The problem of communication in construction*,

12 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, zeventiende lid, bedoelde gevallen.'*

wordt gespiegeld in de waarschuwingsplicht van de Opdrachtnemer in par. 4 lid 7.<sup>13</sup> Zie verder art. 7:755 BW waarin de aannemer wordt verplicht tijdig te waarschuwen voor de noodzaak van een prijsverhoging in verband met noodzakelijk geworden of opgedragen meerwerk.

Vervolgens, tijdens het ontwerp- en bouwproces, vindt voortdurend tal van wederzijdse communicatie plaats: acceptaties (UAV-GC) en goedkeuringen (UAV), oplevering, keuringen, toezicht, bouwvergaderingen, bouwverslagen, meer- en minderwerk, aanwijzingen, waarschuwingen, kennisgevingen, verzoeken om bijbetaling. Deze volgen al uit de overeenkomst zelf. Daarnaast is er ook allerlei overleg, zoals bij de start van het project verder af te spreken. Er zullen vragen van de ene partij zijn, en de antwoorden daarop van de andere. Er zijn nadere afspraken over de planning, of over actiepunten uit de bouwvergaderingen. Er zijn wellicht ook andere soorten meldingen. Soms is die informatie-uitwisseling een onafgebroken proces en wel bij bouwprojecten waarbij de betrokken partijen een eigen internetplatform, een digitale samenwerkingsruimte, hebben ingericht waarop zij informatie delen, zoals bijvoorbeeld over BIM<sup>14</sup>, de planning, ontwerpproducten, een risicoregister, rapportage over veiligheid en gezondheid, etc.

De opdrachtgever moet de aannemer in staat stellen de overeenkomst na te komen en de opdrachtnemer moet de opdrachtgever steeds tijdig van die informatie voorzien die de opdrachtgever nodig heeft om zijn verplichtingen uit de overeenkomst na te komen.<sup>15</sup> En die wederzijdse communicatie, alsmede de 'sfeer' waarin deze verloopt, die noemen wij: samenwerking.

In Nederland wordt al een tijdje ingezien dat goede en open communicatie bij bouwprojecten een randvoorwaarde is voor een geslaagd project.

Zo werd bijvoorbeeld in 2016 de Marktvisie<sup>16</sup> gelanceerd. Daarvan zijn Rijkswaterstaat, Rijksvastgoedbedrijf en Prorail de grote aanjagers. Onder stelling 6 van de Marktvisie valt te lezen:

'We creëren continu een setting voor een echte dialoog. We leven ons in en houden rekening met elkaars rol en positie. We handelen vanuit gelijkwaardigheid in de relatie. We zijn zuinig op de mensen die in onze sector (willen) werken.'

En één van de leidende principes van de Marktvisie is:

'We streven met onze samenwerking in de gehele keten naar een succesvol project en trots, vakmanschap en plezier in ons werk. De basis daarvoor ligt in het elkaar kennen en weten te vinden, het begrijpen van

---

13 Par. 4 lid 7 UAV-GC 2005:

*'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.'*

14 Monika heeft zelf over BIM het boek 'Juridische handreiking relatie BIM-protocol en de DNR 2011 (voor adviseurs en opdrachtgevers)' Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2015, geschreven.

15 Zie daarover Asser-Van den Berg 7-VI, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 74.

16 <[www.marktvisie.nu](http://www.marktvisie.nu)>.

elkaars intenties en verwachtingen, het waarderen van elkaar en het hebben van vertrouwen in wat we doen.'

Om elkaar te kennen en weten te vinden, en om elkaar te begrijpen, is effectieve, welwillende, communicatie een randvoorwaarde.

Hiervoor beschreven we welke communicatie er nodig om een project succesvol te kunnen uitvoeren. Wij durven de stelling te bepleiten dat er geen bouwgerelateerd risico bestaat, waarvoor niet informatievervalsing, medewerking of instemming van meer partijen dan alleen de uitvoerende partij nodig is. Een dubbele ontkenning dus. Die positief geformuleerd er op neer komt dat alle bij de bouw betrokken partijen (wij doelen dan vooral op het niveau opdrachtgever, opdrachtnemer en betrokken adviseurs) in beginsel invloed kunnen en zullen uitoefenen op de uitvoering van taken en verantwoordelijkheden waarvoor in juridische zin slechts één partij het contractuele of wettelijke risico draagt.

Veel juristen houden zich bezig het voorkomen van aansprakelijkheid als gevolg van de risico's die hun cliënten of achterbannen lopen. Vanuit dat perspectief gezien beperkt de nodige communicatie zich dus tot het voldoen aan mededelingsplicht en aan waarschuwplicht. De vraag is of er een kloof bestaat tussen die houding - voldoen aan mededelingsplicht en aan waarschuwplicht - en tussen datgene wat echt nodig is om een effectieve en open communicatie te onderhouden zoals hiervoor beschreven.

### **3. Wat het recht zegt over samenwerking**

Zoals Monika het schreef in de Van den Bergbundel:

'De kern van het huidige contractenrecht, is volgens sommigen zoals hiervoor uiteengezet, de gehoudenheid rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.'<sup>17</sup>

De verplichting daartoe is op verschillende wijzen te construeren.

Art. 6:2 lid 1 BW bijvoorbeeld, dat voorschrijft dat schuldeiser en schuldenaar verplicht zijn om zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid. Die noodzaak vloeit voort uit het bekende arrest *Baris/Riezenkamp* uit 1957<sup>18</sup> (dat eigenlijk over dwaling gaat). Daarin de bekende en prachtige passage:

'...dat immers partijen, door in onderhandeling te treden over het sluiten van een overeenkomst, tot elkaar komen te staan in een bijzondere, door de goede trouw beheerste, rechtsverhouding, medebrengende, dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.'

Weliswaar gaf de Hoge Raad dit oordeel in het kader van een precontractuele verhouding, maar die verhouding werkt ook door als de overeenkomst eenmaal is gesloten.

Eigenlijk kennen we een dergelijke redenering al sinds *Lindenbaum/Cohen*<sup>19</sup>, dat immers al spreekt van

'...de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijke verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed.'

---

17 *Contractenrecht en aanbestedingsrecht, Gedachten over beginselen van het contractenrecht en de rol van deze in het aanbestedingsrecht*, Van den Bergbundel, p. 173 - 197.

18 HR 15 november 1957, NJ 1958, 67, ECLI:NL:HR:1957:AG2023

19 HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776.

Zo kunnen we niet, zoals de Hoge Raad in de *Zutphense Waterkraan*<sup>20</sup> nog wel had gedaan, volhouden dat, omdat niet in de wet of in een overeenkomst staat dat partijen met elkaar moeten communiceren rekening houdende met hun wederzijdse gerechtvaardigde belangen, een dergelijke communicatieplicht niet zou bestaan.

In art. 6:248 lid 1 BW geeft de wet dan als rechtsgevolgen van een overeenkomst:

‘niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien.’

Voor beantwoording van de vraag wat de in art. 6:2 BW en art. 6:248 lid 1 BW bedoelde redelijkheid en billijkheid inhouden biedt art. 3:12 BW het antwoord:

‘Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken.’

Deze wetsbepaling is dus de schakelbepaling die de Hoge Raad in 1957 bedoelde belangen in de wet introduceert.

Zoals bekend gaat het bij de redelijkheid en billijkheid in het verbintenissenrecht om de neerslag in het sinds 1992 geldende vermogensrecht van hetgeen voordien onder de ‘goede trouw’ werd aangemerkt. Die goede trouw is nu afgesplitst in twee componenten: de al genoemde redelijkheid en billijkheid en de goede trouw in art. 3:11 BW die gaat over het ‘te goeder trouw’ of ‘te kwader trouw’ van een persoon betreft en die daaraan rechtsgevolgen verdient. Laten we die laatste goede trouw voor wat het is en keren we weer terug naar de inmiddels in redelijkheid en billijkheid herdoopte goede trouw. In hun indrukwekkende drieluik ‘De symfonie van de redelijkheid’<sup>21</sup> benoemen moeder en zoon Van Os drie functies van die redelijkheid:

1. Naast de wet en de gewoonte kan het een aanvullende bron van rechtsgevolgen vormen (art. 3:6 lid 1 en art. 6:248 lid 1 BW);
2. Daarnaast kan de redelijkheid een beperkende werking opleveren (zie art. 3:6 lid 2 en art. 6:248 lid 2 BW);
3. Zij leggen in het tweede deel van hun symfonie uit dat de wijzigingsbevoegdheid van art. 6:258 BW (met de parallel in par. 47 UAV 2012) in wezen neerkomt op variaties op de aanvullende en beperkende werking.<sup>22</sup>
4. Daarnaast kunnen de redelijkheid en de billijkheid ook een rol spelen bij de uitleg van een overeenkomst.<sup>23</sup>

Redelijkheid en billijkheid verplichten dus tot het rekening houden met elkaars belangen, kunnen leiden tot een beperking of aanvulling (c.q. wijziging) van het overeengekomene en

---

20 HR 10 juni 1910, W 9038

21 V.H.M. van Os en M.C.W. van Os, ‘De symfonie van de redelijkheid (Deel 1) - ‘De Heer dobbelt niet’, *TBR* 2017/24, ‘De symfonie van de redelijkheid (Deel 2) - ‘De werkelijkheid in onze woorden is nooit de werkelijkheid zelf’, *TBR* 2017/42 en ‘De symfonie van de redelijkheid (Deel 3) - ‘Werkende vergelijkingen hebben innerlijke harmonie’, *TBR* 2017/53

22 ‘...Daarnaast lijkt een beroep op de beperkende werking van art. 6:248 BW, zo nodig gecombineerd met de aanvullende, hetzelfde resultaat te kunnen opleveren als een beroep op art. 6:258 BW. Met dit laatste artikel heeft de wetgever echter een begrenzing willen aanbrengen.’

23 HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, *Haviltex*: ‘Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten...’

kunnen een rol spelen bij de uitleg van de overeenkomst. Tot zover niets nieuws, althans niet op het gebied van samenwerking.

Hiervoor hebben we betoogd dat het begrip 'samenwerking' in wezen neerkomt op een zo open mogelijke communicatie, die verder gaat dan waarschuwings- en mededelingsplicht (en hun precontractuele pendanten de onderzoeks- en informatieplicht). In wezen kunnen de bij een bouwproject betrokkenen alleen op die manier voldoende rekening houden met elkaars gerechtvaardigde belangen. Die belangen zijn er immers in gelegen dat zij in gezamenlijkheid, ieder met hun eigen taken en verantwoordelijkheid, een project voltooien en in gebruik stellen dat is gebouwd binnen de tijd, binnen ieders budget, overeenkomstig de daaraan gestelde eisen (waaronder natuurlijk ook veilig), tot tevredenheid van alle belanghebbenden en zonder verschillen.<sup>24</sup>

Wat is nodig om een dergelijke wijze van samenwerking - optimale communicatie - te effectueren? Onzes inziens zijn de redelijkheid en billijkheid daarvoor niet voldoende: die komen later om de hoek als partijen onverhoopt van mening gaan verschillen over de uitleg van de overeenkomst, of als er onvoorzien omstandigheden optreden waarop zij zich niet contractueel hadden voorbereid en die nopen tot aanvulling of beperking van het overeengekomene.

Wat daarvoor nodig is datgene wat in clause 10.1 van het NEC3 Engineering and Construction Contract zo mooi is aangeduid als: *'...a spirit of mutual trust and cooperation.'* In het Nederlands kortweg: vertrouwen.<sup>25</sup>

In ons BW is het begrip 'vertrouwen' tegenwoordig met een kaarsje te zoeken.<sup>26</sup> En dat terwijl vertrouwen nu juist de hoeksteen zou moeten zijn van de verhouding tussen aan het rechts- en zakelijk verkeer deelnemende (rechts)personen. Een opdrachtgever moet kunnen vertrouwen op de kwaliteit, de integriteit, de professionaliteit, de oprechtheid van zijn opdrachtnemer en op de juistheid van zijn aanbieding, in welke vorm dan ook gedaan. De opdrachtnemer moet kunnen vertrouwen op de wil van de opdrachtgever om samen met hem in eendrachtige samenwerking een project te realiseren en hem ook steeds op tijd van de juiste informatie te voorzien en hem te betalen. Geen verborgen agenda's. Vertrouwen in elkaars goede bedoelingen. En aan elkaars vermogen om zich naar eer en geweten van de aan hen toegewezen taken te kwijten, *'... in a spirit of mutual trust and cooperation.'* Transparantie, eerlijkheid, openheid, volledigheid, welwillendheid: dat zijn de kernbegrippen. En die hebben weer weinig met redelijkheid en billijkheid te maken. Het gaat hier om dat wat de Engelsen *'trust'* of *'faith'* noemen.

Maar in het recht zijn die alleen via de omweg van de redelijkheid en de billijkheid en met een vage verwijzing naar elkaars belangen te vinden. Je moet wel een hele goede lezer, een exegeet, zijn om die verplichting ook in al de hier genoemde bepalingen terug te vinden.

Maar, als de gerechtvaardigde belangen van beide partijen gericht zijn op het verwezenlijken van hun gezamenlijke project overeenkomstig de Mantra, dan valt uit het geheel van

---

24 De oplettende lezer herkent hierin een ietwat gemoderniseerde vorm van de door ons in ons Preadvies uit 2008 geïntroduceerde Mantra.

25 Dat we eerder ook al in de Marktvisie aantreffen

26 Art. 3:36 BW (de vertrouwensleer: *'... en in redelijk vertrouwen op de juistheid van die veronderstelling heeft gehandeld'*), Art. 6:196b (vertrouwen op de juistheid van een certificaat verleend door een certificatieinstantie), Art. 7:678 lid 2 sub d BW (*'...waardoor hij het vertrouwen van de werkgever onwaardig wordt'*).

geciteerde wetsbepalingen (en dan hebben we Titel 12 van Boek 7 nog niet eens besproken) af te leiden dat partijen tot een welwillende samenwerking zijn gehouden.

Wat zij daarnaast dus moeten ontwikkelen is: vertrouwen! De vraag is waar de verplichting zo te werken eventueel wél is terug te vinden.

#### **4. Principles of European Law, Service Contracts (PEL SC)**

Een serieuze poging om open communicatie en samenwerking wél als een positieve verplichting te construeren en zo te bouwen aan het benodigde vertrouwen, is gedaan in de Principles of European Law, Service Contracts (PEL SC), door Monika in 2009 besproken.<sup>27</sup>

De PEL SC borduren voort op de Principles of European Contract Law (PELC). Art. 1:202 PELC behelst de '*duty to cooperate*' en luidt als volgt:

'Each party owes to the other a duty to co-operate to give full effect to the contract.'

Art. 1:104 van de PEL SC geeft een verdere invulling van deze samenwerkingsplicht voor service contracten, waaronder overeenkomsten van opdracht en aanneming van werk. Op grond van deze bepaling is de opdrachtgever onder meer verplicht om informatieverzoeken van de opdrachtnemer te beantwoorden die redelijkerwijs nodig zijn voor het vervullen van de opdracht door de opdrachtnemer. De opdrachtnemer, op zijn beurt, moet de opdrachtgever in staat stellen om te toetsen of de opdrachtnemer de verplichtingen uit de overeenkomst nakomt. Tenslotte zijn opdrachtgever en opdrachtnemer gehouden om hun inspanningen te coördineren voor zover dat redelijkerwijs nodig is om de overeenkomst uit te voeren.<sup>28</sup>

Geeft de opdrachtgever niet thuis met het verstrekken van informatie dan kan de opdrachtnemer zich op schuldeisersverzuim beroepen of de verdere uitvoering van de opdracht baseren op redelijke verwachtingen en aannames (in welk geval opdrachtnemer wel opdrachtgever zal moeten waarschuwen). Opdrachtgever zal voorts aansprakelijk zijn voor de door opdrachtnemer geleden schade en zal termijnsverlenging moeten toekennen.

Daarnaast geeft het algemene hoofdstuk van de PEL SC regels over de precontractuele en contractuele waarschuwingsplichten van de opdrachtnemer in art. 1:103 en art.1:110. Deze bepalingen zijn ruim geformuleerd en betreffen onder meer het geval dat belangen van de opdrachtgever kunnen worden geschaad. De opdrachtgever moet de opdrachtnemer dan weer precontractueel waarschuwen voor ongebruikelijke zaken die de opdracht duurder kunnen maken of tot vertraging kunnen leiden (art. 1:103.4). Tenslotte is de opdrachtgever gehouden de opdrachtnemer te wijzen op non-conformiteiten volgens art. 1:113.

Hoofdstuk 2 van de PEL SC gaat over aannemingscontracten. Dit hoofdstuk bevat een aantal verdere regels over de samenwerking tussen partijen. Opdrachtgever zal toegang tot de bouwplaats en (eventuele) door hem te leveren zaken moeten verschaffen. De opdrachtnemer moet op zijn beurt (als onderdeel van de *duty to cooperate*) de opdrachtgever toestaan het werk te inspecteren, toezicht te houden en goed te keuren.

---

27 M.A.B. Chao-Duivis, *Boekbespreking: Principles of European Law, Service Contracts*, TBR 2009/121 ('Chao-Duivis, PEL SC'). Zie ook Asser-Van den Berg 7-VI, nr. 79.

28 Monika merkt op (Chao-Duivis, PEL SC) dat art. 1:104 PEL SC een beperktere visie op samenwerking propageert dan artikel 1:202 PELC. De informatie-uitwisseling wordt immers beperkt tot die gegevens die redelijkerwijs noodzakelijk zijn om de overeenkomst uit te voeren, in plaats van om volle uitvoering aan de overeenkomst te geven.



Art. 5:103 PEL SC bepaalt voor ontwerp opdrachten dat een opdrachtnemer aan opdrachtgever kan aangeven (waarschuwen) dat aanvullende expertise benodigd is om de opdrachtnemer in staat te stellen de opdracht uit te voeren. Opdrachtnemer mag in een dergelijk geval verlangen dat opdrachtgever deze expertise ter beschikking stelt.

Hoofdstuk 6 PEL SC gaat over 'informatie'. Dit hoofdstuk is van toepassing op alle contracten waar informatie-uitwisseling of het geven van advies onderdeel van uitmaakt, dus ook op aannemings- en ontwerpovereenkomsten. Waar art. 1:104 de nadruk legt op de verplichtingen van de opdrachtgever terzake, geeft hoofdstuk 6 een aantal aanvullende verplichtingen voor opdrachtnemer.

Deze verplichtingen omvatten volgens art. 6:102 PEL SC de verplichting van de opdrachtnemer<sup>29</sup> om zich op de hoogte te stellen van het specifieke doel waarvoor de opdrachtgever de informatie nodig heeft, de voorkeuren en prioriteiten van de opdrachtgever, de besluiten die opdrachtgever naar verwachting zal maken aan de hand van deze informatie en de persoonlijke situatie van de opdrachtgever. Als de opdrachtnemer informatie moet verkrijgen van opdrachtgever, zal hij ook moeten uitleggen wat de opdrachtgever (precies) moet verstrekken.

Een bijzonder interessant kenmerk van het informatie hoofdstuk in de PEL SC heeft te maken met de besluiten die de opdrachtgever (naar verwachting) zal nemen aan de hand van de verstrekte informatie. Volgens art. 6:104 PEL SC (Duty of Care of the Information Provider) moet opdrachtnemer zich daarvan goed rekenschap geven en opdrachtgever ook informeren over de daarmee samenhangende risico's als deze risico's het besluit van de opdrachtgever redelijkerwijze kan beïnvloeden. Art. 6:109 (Causation) maakt de opdrachtnemer ook aansprakelijk voor de gevolgen van het niet naleven van voornoemde verplichting als opdrachtnemer aantoont dat

*'if the information provider had provided all information required, a reasonable client in the same situation as this client would have seriously considered taking an alternative subsequent decision'.*

Wat ons betreft doen de PELC en PEL SC een stap in de goede richting, zeker ook waar het betreft de algemene verplichting van partijen om samen te werken om de volledige uitvoering aan de overeenkomst te geven. De PEL SC benoemen ook met zoveel woorden de belangen van de andere partij en leiden daar ook verplichtingen uit af. Wel moet gezegd worden dat veel van de meer concrete verplichtingen op de opdrachtnemer rusten.

Samenvattend juichen wij het toe dat de PELC en de PEL SC de samenwerkingsgedachte uit de verschillende Europese rechtssystemen hebben gedistilleerd en expliciet hebben gemaakt. Ook wordt een (goede) stap gemaakt om deze hoofdregel uit te werken in meer concrete verplichtingen.

## **5. Mededelings- en informatieplichten als basis voor Samenwerking**

Hiervoor bespreken we al hoe de verplichting tot samenwerking uit algemeen verbintenissenrechtelijke beginselen valt te destilleren. Wat zeggen de bekende Nederlandse standaardvoorwaarden en de Titel Aanneming van Werk in het Burgerlijk Wetboek? Die gaan in wezen

---

<sup>29</sup> De PEL SC spreken in dit artikel generiek over de 'information provider'. Dat zou in beginsel zowel de opdrachtgever als de opdrachtnemer kunnen zijn. De verdere leden van het artikel verwijzen echter allemaal naar 'the client' zodat wij deze verplichtingen zien als verplichtingen van de opdrachtnemer.

niet veel verder dan bepaalde mededelings- en waarschuwingsplichten, waarvan niet nakoming aansprakelijkheid of verval van rechten kan opleveren. Niet veel dus. We lichten dat toe.

Volgens par. 5 lid 1 UAV 2012 heeft de opdrachtgever de verplichting tot het vertrekken van de benodigde tekeningen en andere gegevens. De UAV-GC 2005 gaat er in par. 3 lid 1 (a) van uit dat de opdrachtgever aan opdrachtnemer verschafft

‘alle informatie waarover de Opdrachtgever beschikt, voor zover het ter beschikking stellen daarvan noodzakelijk is om de Opdrachtnemer in staat te stellen het Werk en het Meerjarig Onderhoud conform de Overeenkomst te realiseren’.<sup>30</sup>

Par. 3 lid 2 UAV-GC 2005 bepaalt dat opdrachtgever verantwoordelijk is voor de inhoud van de door hem verschaft informatie. De UAV-GC 2005 verplicht de opdrachtgever voorts de opdrachtnemer te waarschuwen indien hij in het kader van de toetsing van ontwerp-, uitvoerings- of onderhoudswerkzaamheden of bij acceptatie een tekortkoming van de opdrachtnemer *daadwerkelijk* heeft opgemerkt (par. 20 lid 4, par. 21 lid 10 en par. 22 lid 3).

In het kader van de waarschuwingsplicht van opdrachtnemer citeerden we al par. 6 lid 14 UAV 2012 dat als eis voor een waarschuwingsplicht stelt dat sprake is van klaarblijkelijk zodanige fouten 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. En par. 4 lid 7 UAV-GC 2005 dat de opdrachtnemer verplicht de opdrachtgever onverwijld schriftelijk te waarschuwen indien een aantal met name genoemde documenten klaarblijkelijk zodanige fouten bevatten of gebreken vertonen, dat de opdrachtnemer in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid zou handelen als hij zonder waarschuwing bij het verrichten van werkzaamheden daarop zou voortbouwen.

De titel Aanneming van Werk in het Burgerlijk Wetboek legt informatie- en waarschuwingsplichten op aan de aannemer. Wij denken hierbij aan: het waarschuwen voor kostenverhogende omstandigheden (art. 7:753 BW), het bij het aangaan of uitvoeren van een overeenkomst waarschuwen voor onjuistheden in de opdracht (art. 7:754 BW) en het waarschuwen voor meerkosten (art. 7:755 BW)<sup>31</sup>. Over verplichtingen van de opdrachtgever om informatie te delen of om de aannemer te waarschuwen rept Titel 12 van Boek 7 niet.

Laten we eens zien of Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek (als het algemene gedeelte van het verbintenissenrecht) nog andere aanknopingspunten bevat voor de mededelings- en informatieplichten van de opdrachtgever. Volgens ons kan daarbij worden gedacht aan de volgende regelingen.

De eerste is *schuldeisersverzuim* (art. 6:58 e.v. BW). Een schuldeiser, zal geen nakoming door de schuldenaar kunnen vorderen

‘wanneer nakoming van de verbintenis wordt verhinderd doordat hij de daartoe noodzakelijke medewerking niet verleent of doordat een ander beletsel van zijn zijde opkomt [...]’.

---

30 De toelichting op par. 3 lid 1 geeft een beperkte interpretatie van de omvang van de te verschaffen informatie door deze te beperken tot informatie die opdrachtnemer niet zelfstandig via andere kanalen kan verschaffen.

31 De rechtspraak over art. 7:755 is overigens nog niet uitgekristalliseerd. Soms wordt geëist dat de waarschuwing door aannemer reëel inzicht verschafft in de te verwachten meerkosten (Hof Arnhem-Leeuwarden, 24 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:7180, *Kunstwerken*) in andere gevallen wordt deze eis niet gesteld als een deskundige aannemer wist dat er meerkosten te verwachten waren zonder dat reëel inzicht in de meerkosten is gegeven (Hof Arnhem-Leeuwarden 16 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1181, *Zelfbouwer*). Verwezen wordt tevens naar de noten van L.H. Muller bij deze arresten in *TBR* 2014/108 en *TBR* 2016/175.

Een opdrachtgever die dus geen keuzes maakt of de opdrachtnemer niet van voldoende informatie voorziet, zal dus niet tegelijkertijd de opdrachtnemer kunnen verplichten het werk (binnen de overeengekomen termijn) te voltooien. De reikwijdte van dit artikel is evenwel beperkt tot verweermiddelen die de schuldenaar kan opwerpen. Behoudens uitdrukkelijke bepalingen in wet of overeenkomst is namelijk het uitgangspunt onder Nederlands recht dat een schuldeiser niet verplicht tot medewerking.<sup>32 33</sup>

Een schuldenaar heeft (bij wijze van uitzondering op voorgaande regel) wel een recht op medewerking van zijn schuldeiser als de schuldenaar een positief belang heeft bij nakoming.<sup>34</sup> Van den Berg concludeert dat een dergelijk positief contractsbelang aanwezig moet worden geacht in geval van de (ver)bouw van gebouwen en industriële of infrastructurele werken en wel gezien de substantiële omvang daarvan, de met de bouw gemoeide tijdsduur en de behoefte aan continuïteit van opdrachtnemers.<sup>35</sup> Naar het zich laat aanzien zal een dergelijke verplichting bestaan op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW). Wij wijzen in dit kader ook op het arrest van de Hoge Raad *Mooijman/Netjes*<sup>36</sup>, waarin het bestaan van een feitelijke samenwerking werd aangenomen op grond waarvan Netjes verplicht was bepaalde bouwkundige aanpassingen te treffen aan de door haar te bouwen villa's ten behoeve van de door Mooijman te bouwen zonneranda's. Deze verplichting werd aangenomen ondanks het feit dat er geen overeenkomst tussen Mooijman en Netjes bestond (wel hadden beiden overeenkomsten met de kopers).

Als volgende regeling kijken wij naar dwaling (art. 6:228 BW).<sup>37</sup> Op grond van dit artikel kan een partij een overeenkomst vernietigen indien deze bij een juiste voorstelling van zaken niet of anders zou zijn gesloten en te wijten is aan inlichtingen van de wederpartij, het ontbreken van een inlichting of een gezamenlijke onjuiste veronderstelling. Een belangrijke beperking van deze regeling is dat de dwaling niet kan zien op omstandigheden die zich na het sluiten van de overeenkomst afspelen. Dwaling gaat over eigenschappen van het voorwerp van de overeenkomst die voorafgaande aan het sluiten daarvan al bestonden maar die zich na het sluiten van de overeenkomst openbaarden. Op zich maakt dat niet uit, nu de *Baris/Riezenkamp*-regel, zoals wij hiervoor constateerden, is gecodificeerd in art. 6:2 BW op grond waarvan de redelijkheid en billijkheid aanvullende verplichtingen voor partijen met zich kan meebrengen.

Tenslotte: *'eigen schuld'* in art. 6:101 BW. Dit artikel rekent eventuele schade deels toe aan de benadeelde ingeval deze zelf aan de schade heeft bijgedragen. Dit artikel kan daarom behulpzaam zijn bij het balanceren tussen de aan opdrachtgever en opdrachtnemer toe te rekenen omstandigheden met inachtneming van hun (precieze) rol, deskundigheid en gedragingen in het bouwproces. Zo heeft de Hoge Raad in de zaak *Mooijman/WLTO*<sup>38</sup> aangenomen dat op de gebroeders Mooijman (als opdrachtgever) aan WLTO bij een

---

32 Parl. Gesch. BW, Boek 6, 1981, p. 219 en 230 en *Asser/Van den Berg 7-VI 2017/75-77*.

33 Zie ook M.A.B. Chao-Duivis, 'Juridische aspecten van (goed) opdrachtgeverschap, een bouwrechtelijke verkenning', par. 6.2, in *Van het gebaande pad, opstellen aangeboden aan mr. A.G.J. van Wassemaer*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2016.

34 C.A. Streefkerk, *Schuldeisersverzuim (Monografieën BW nr. B32c)*, Deventer: Wolters Kluwer, 2017/3.2.

35 *Asser/Van den Berg 7-VI 2017/81*.

36 HR 29 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2660 (*Mooijman/Netjes*).

37 Wij wagen ons verder niet aan een 'deep dive' in de dwaling. Monika weet daar alles van gezien haar proefschrift: M.A.B. Chao-Duivis, *Dwaling bij de totstandkoming van de overeenkomst: Een onderzoek naar de eigenlijke en oneigenlijke dwaling*, Deventer: Kluwer, 1996.

38 HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU9855 (*Mooijman/WLTO*). Zie ook de noot van W.J.M. Herber in *TBR* 2018/10.

bemiddelingsovereenkomst voor bedrijfsbeëindiging en verkoop van melkquota een informatieplicht berustte. Deze informatieplicht betreft volgens de Hoge Raad een

‘uit de redelijkheid in verband met de aard van de onderhavige overeenkomst en de omstandigheden van het geval voortvloeiende, gehoudenheid van de broers om WLTO te informeren dat in hun specifieke geval over de levering van melkquota omzetbelasting moest worden afgedragen. Het nalaten kan tot gevolg hebben dat de broers op grond van schuldeisersverzuim of het bepaalde in art. 6:101 BW de nadelige gevolgen geheel of ten dele zelf hebben te dragen.’

Op de keper beschouwd, geeft het Burgerlijk Wetboek een aantal regelingen waarmee een partij zich kan verweren (schuldeisersverzuim, eigen schuld, dwaling)<sup>39</sup> op het moment dat deze wordt aangesproken door zijn contractspartij in verband met geleden schade. Wij bespreken hier verder niet of er in dit kader ruimte zou zijn voor een beroep op (andere) wilsgebreken, in het bijzonder bedrog, als het schort in de voldoening aan informatieplicht, of zelfs op onvoorziene omstandigheden.

De standaardregelingen (UAV 2012 en UAV GC 2005) leggen partijen bij een aannemingsovereenkomst minimale verplichtingen op om de ander te waarschuwen (anders handelen in strijd met de redelijkheid en billijkheid, verplichting tot het daadwerkelijk gezien hebben van de tekortkoming). Een positief contractsbelang en de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid kunnen in sommige (beperkte) gevallen leiden tot het aannemen van verdergaande en actieve verplichtingen.

## 6. De vrees voor aansprakelijkheid

Waar het geven en vragen van informatie noodzakelijk is voor een goede samenwerking en een succesvol (bouw)project, is het te vaak zo is dat partijen uit vrees voor aansprakelijkheid er maar voor kiezen om geen of zeer beperkte informatie ter beschikking te stellen of deze als niet-bindend aan te merken. Dit komt het eindresultaat niet ten goede, is economisch niet efficiënt en ook niet altijd houdbaar.<sup>40</sup> Verder is het helaas geen onbekend fenomeen dat partijen zich op dit punt opportunistisch gedragen, kennelijk met de gedachte een quick-win te behalen.<sup>41</sup>

## 7. Op zoek naar een dilatatievoegprofiel

De eerder genoemde rechtspraak en de wettelijke en contractuele bepalingen die daarin aan de orde zijn maken duidelijk dat het leerstuk van de waarschuwings- en informatieplicht vooral van belang is als het gaat om de vraag wie zou moeten opdraaien voor de kosten van iets anders dan wat indertijd is overeengekomen. Kortom: uitleg c.q. wijziging van overeenkomsten en aanvullende of beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Het is informeren en waarschuwen op straffe van verval van rechten.

Waar wij echter van overtuigd zijn is dat het voor een goed verloop van een bouwproject een constante fluïde informatiestroom zou moeten bestaan tussen de opdrachtgevende en opdrachtnemende partijen. En partijen zouden - *‘in a spirit of mutual trust and cooperation’*

---

39 Een beroep op dwaling kan zowel aanvullend (met een verjaringstermijn van drie jaren: art. 3:52 lid 1 BW) als verwerend (art. 3:51 lid 3, eerste zin BW) worden gedaan.

40 R.G.T. Bleeker, ‘UAV-GC 2005 (deel 1), Over de uitleg van enkele conflictgevoelige paragrafen’, *TBR* 2014/602, waaronder par 3.1 over te verstrekken informatie en par. 3.2 over exoneraties en niet-bindende informatie verstrekt door opdrachtgevers.

41 G.J. Huith en M.R. van Rijckevorsel, ‘Informatieverstreking, de achilleshiel van de UAV-GC 2005’, *TBR*/52, par. 3.

- sommige van de daarin te bespreken aspecten met elkaar ook moeten kunnen bespreken, zonder de constante vrees voor meerwerkvoorwaarden, bestekswijzigingen, kwaliteitsgebreken, etc. Met andere woorden: opdrachtgever en opdrachtnemer zouden de bereidheid moeten hebben om voortdurend over hun eigen schaduw heen te springen, in het vertrouwen dat datgene wat zij de ander zeggen door die ander niet tegen hen zal worden gebruikt. Meer informatie is beter dan minder. Meer gezamenlijkheid is beter dan solo. Als een opdrachtnemer in alle openheid drie uitvoeringsalternatieven met zijn opdrachtgever bespreekt en de opdrachtgever spreekt dan de voorkeur uit voor één daarvan, dan maakt dat de opdrachtgever nog niet aansprakelijk voor de door hem uitgesproken voorkeur. Als de opdrachtgever de aannemer vraagt even een voorstel te doen voor een gewijzigde uitvoering (met kleine ontwerp-aanpassing) van een detail in de constructie (dat hoort bij het ontwerp van een door de opdrachtgever) om zo wat tijdwinst te boeken, dan maakt dat de aannemer nog niet aansprakelijk voor eventuele gebreken in het (gewijzigde) ontwerp. Dat is vertrouwen.

Op dit moment lijkt er dus een dilatatievoeg te bestaan tussen opdrachtgevers- en aannemersverantwoordelijkheden, tussen hun beider informatiedomeinen. Er zit licht tussen opdrachtgevers- en aannemersperceptie, een scheur waar ze maar moeilijk overheen stappen.

Die gesignaleerde dilatatievoeg wordt gevoed door de onjuiste gedachte dat ieder zijn eigen taken en verantwoordelijkheden heeft wat inhoudt dat men zich niet met elkaar moet bemoeien: dat zou alleen maar kunnen leiden tot aansprakelijkheden. Wat ons betreft valt dat soort denken onder 'Oud Gedrag', waarover wij in termen als 'Dinosaurussen', 'Jurassic Park' in 2008 nog in ons preadvies en op de daaraan gewijde jaarvergadering<sup>42</sup> spraken. Om echt samen te werken is gedragsverandering, een cultuuromslag nodig. Overigens wordt er sinds de befaamde Zembla-uitzending van 9 november 2001, waarmee de bouwfraude werd ingeluid, al over cultuuromslag en gedragsverandering gesproken, met de nadruk op integriteit<sup>43</sup> en op het thema 'bouwen aan vertrouwen.' Er is volgens ons zeker een verband tussen het nog steeds voelbare gebrek aan samenwerking en het daarvoor benodigde vertrouwen als gevolg van de bouwfraude. Niet voor niets werd in 2004 ook de Regieraad Bouw opgericht, onder meer als platform, '*... een plek waar belanghebbenden uit de bouwsector elkaar kunnen ontmoeten en kunnen bouwen aan vertrouwen.*'<sup>44</sup> Helaas sluit het evaluatierapport van de Regieraad als volgt af:

'Ondanks deze positieve bijdragen, concluderen wij dat de totale invloed van de Regieraad op de vernieuwing in de bouw beperkt is gebleven. Dat komt omdat de Regieraad vooral de koplopers heeft bereikt, die toch al met vernieuwing bezig waren. Om ook het peloton en de achterblijvers te bereiken, zal volgens ons een andere strategie gevolgd moeten worden en andere activiteiten moeten worden uitgevoerd. Daar past ook een andere vorm van financiering en aansturing bij.'<sup>45</sup>

Het lijkt erop alsof er daarna niet veel meer is gebeurd.

We moeten uit die krampachtige houding. Anders wordt het nooit wat met de samenwerking! En dat vergt continu hard werk, en doorzettingsvermogen, en de bereidheid om elkaar echt

---

42 Zie <www.werkinuitvoering21.com> - Verslag van de jaarvergadering van de Vereniging voor Bouwrecht gehouden op 26 november 2008 te Amsterdam, TBR 2009/102

43 Zie in dit kader bijvoorbeeld het artikel van Reina Uittenbogaard en Dick van Werven, 'Blijvend bouwen aan integriteit', TBR 2009/49.

44 R.C. van der Mark, T. van der Rijken, H.J. Doornbos, I.M. Morkink, *Evaluatie Regieraad Bouw*, 29 mei 2009, p. 19 (te vinden via de website Officiële Bekendmakingen).

45 *Evaluatie Regieraad Bouw*, p. 61.

te vertrouwen. We horen nog te vaak van aannemers dat opdrachtgevers niet te vertrouwen zijn en we horen nog te vaak van opdrachtgevers dat aannemers niet te vertrouwen zijn. En zelf zien we, in onze praktijken, helaas ook nog te vaak voorbeelden die die vooroordelen staven.

*Voorbeeld aannemer niet te vertrouwen:* een aannemer die, nadat hij een aanbesteding op kwaliteit heeft gewonnen, met een ronkend plan over samenwerking en het bijdragen aan het bereiken van de doelen van de opdrachtgever (waaronder het blijven binnen een budget), een prijs neerlegt die anderhalf keer dat budget is en er ook nog bezwaar tegen maakt dat bepaalde voorstellen uit zijn plan in het contract belanden: 'Ja maar, dat was toch alleen voor de punten!'

*Voorbeeld opdrachtgever niet te vertrouwen:* een opdrachtgever die bij het verlaten van de project start-up waarin samenwerking centraal staat uitroept: 'zo, die rituele dans hebben we gehad, en nu aan de slag!'

Zo wordt het nooit wat!

## **8. Ingrediënten dilatatievoegprofiel**

Voor een goede samenwerking zijn volgens ons vooral nodig:

- een gezamenlijk doel dat voor alle betrokken partijen (op de een of andere manier) winst oplevert;<sup>46</sup>
- een overeenkomst die samenwerking faciliteert;
- optimisme en vertrouwen in het samenwerkingsconcept;
- succesverhalen: er zijn steeds meer goede verhalen over projecten waarbij een eendrachtige samenwerking vruchten heeft afgeworpen; en niet alleen bij alliantieprojecten: die verhalen moeten worden verteld;
- zinvolle partnering workshops, project start-ups en project follow-ups: voor samenwerking is het van belang elkaar te kennen, elkaars' zorgen, passies, wensen en verlangens, persoonlijk, maar vooral ook met betrekking tot het voorliggende project; belangen moeten worden gelijkgeschakeld en afspraken moeten worden gemaakt over communicatie, zowel formeel als informeel;
- onderhoud van de samenwerking;
- een aantal contractuele clausules (waarmee wij onze bijdrage besluiten).

## **9. Tot slot**

Monika heeft terzake van het (goed) opdrachtgeverschap (en het ontbreken van een regeling terzake) het volgende gezegd:

'het lijkt mij de moeite om te onderzoeken of een dergelijke verplichting niet mee genomen kan worden in de regelingen (*in haar bijdrage verwijst Monika naar de UAV 2012, UAV-GC 2005 en de DNR*), waar deze ontbreekt. In brede kringen wordt immers gepleit voor goede verhoudingen en goed gedrag tussen

---

<sup>46</sup> Vergelijk in dit kader ook de bijdrage van P.T.J. Wolters, 'In Alle omstandigheden van het geval', *O&R* nr. 77, 2013/5.2.3. Hierin wordt onder meer ingegaan op de wil van beide partijen om tot een overeenkomst te komen, de noodzaak voor beide partijen om een voordeel uit de overeenkomst te verwachten, en de groeiende rol van de redelijkheid en billijkheid (met andere woorden: je mag meer van elkaar verwachten) als de samenwerking groeit.

opdrachtgever en opdrachtnemer. Het expliciet vastleggen van een dergelijke verplichting kan dat pleidooi ondersteunen.<sup>47</sup>

Wij stellen voor nog een artikel toe te voegen om de samenwerking tussen partijen nog verder te bevorderen. Wij moeten daarbij wel eerlijk bekennen dat het niet de eerste keer is dat wij zoiets voorstellen.<sup>48</sup>

‘Kernbeginsel: Samenwerken in dienst van het Project

(a) Het belang van het Project staat voorop. Dat betekent dat Partijen, voor zover toepasselijk met de andere Projectdeelnemers, samen werken om de Projectdoelen te verwezenlijken. Zij zullen dit doen met respect voor elkaars belangen, en in een sfeer van onderling vertrouwen en welwillendheid.

(b) Partijen zullen elkaar steeds zo spoedig mogelijk informeren als aan hen omstandigheden bekend worden die aan de vervulling van de Projectdoelen in de weg staan. Dit geldt ongeacht of dit omstandigheden zijn die zij zelf kunnen beïnvloeden of aan hen kunnen worden toegerekend. Partijen zullen de uit dergelijke omstandigheden voortvloeiende problemen, voor zover toepasselijk in samenwerking met de andere Projectdeelnemers, zo spoedig en zo efficiënt mogelijk proberen op te lossen zodat de Projectdoelen kunnen worden behaald.

(c) Partijen verstrekken elkaar tijdig alle gegevens die ten aanzien van het Project in hun bezit zijn en die zij nodig hebben voor de nakoming van hun verbintenissen uit de Overeenkomst aan elkaar. Zij zullen steeds zo spoedig mogelijk reageren op verzoeken van de ander met betrekking tot het verstrekken van dergelijke informatie.

(d) Partijen zullen ten opzichte van elkaar volstreekte openheid in acht nemen op alle gebieden waarvoor dit voor het verwezenlijken van de Projectdoelen noodzakelijk is.’

Hardcore juristen zullen wellicht menen dat dergelijke contractsteksten in rechte niet afdwingbaar zijn. Dat geeft niet, de bepalingen hebben vooral attentiewaarde. En mocht één partij zich in het geheel niet aan dergelijke verplichtingen houden, dan kan er uiteindelijk sprake zijn van verzuim (van de debiteur en van de crediteur), of van eigen schuld, of van een verandering van omstandigheden van dermate ingrijpende aard dat de ene partij in strijd met de redelijkheid en de billijkheid zou handelen door de andere partij aan de ongewijzigde uitvoering van de overeenkomst te houden.

Samenwerken moet dus, ongeacht wat je overeenkomst daarover al of niet zegt. Hoewel de verplichting tot samenwerken wat ons betreft dus wel degelijk uit het gewone recht valt te construeren, is *‘the proof of the pudding in the eating’* c.q. in het operationeel maken daarvan. En dat is een kwestie van vertrouwen.

## Slotwoord

Intussen vertrouwen wij erop dat Monika na haar pensionering gewoon aan een nieuw werkzaam leven begint. Daarin staan kleinkinderen vast (zoals nu ook al) hoog in het vaandel, maar in ieder geval de bouw in allerlei facetten. En hopelijk is er dan ook nog, al is het maar een kleintje, een plekje voor het bouwrecht. Monika, we zullen je missen!

---

47 M.A.B. Chao-Duivis, ‘Juridische aspecten van (goed) opdrachtgeverschap, een bouwrechtelijke verkenning’, par. 6.7, in *Van het gebaande pad, opstellen aangeboden aan mr. A.G.J. van Wassenaer*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2016.

48 A.G.J. Van Wassenaer en C.H.J. Thomas, *www.werkinuitvoering21.com*, Interactief naar een nieuwe generatie bouwcontracten, VBR-advies No. 36, 2008 (Bijlage 1, Beta versie WIU-Contract, art. 2.1 Algemene Voorwaarden).

## Over de auteurs



Coen Thomas is - na een onderbreking van enkele jaren als managing counsel bij Shell - weer advocaat bij Allen & Overy LLP, Amsterdam.



Arent van Wassenauer was 33 jaar advocaat, waarvan de laatste tien jaar bij Allen & Overy en hij is eigenaar van The Faithful Goose b.v. in Den Haag. Coen en Arent schreven in 2008 het eerder aangehaalde preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht. Coen en Arent zijn in hun loopbanen altijd op zoek geweest naar nieuwe mogelijkheden voor bouwpartijen om succesvol samen te werken.