



Naam Bettina Hertstein

Functie directeur

Organisatie Het BouwRechtBedrijf

CONTRACTEREN ALS PARTNERS EN NIET ALS OPPONENTEN

SAMENWERKING IN DE BOUW KAN BETER

Met lage marges en hoge faalkosten zou je verwachten dat (bouw)partijen inmiddels voldoende leergeld hebben betaald. De meeste projecten zijn, gelukkig, succesvol. Toch is volgens Bettina Hertstein van Het BouwRechtBedrijf vooral op het gebied van samenwerking nog een wereld te winnen.

De bouw is een prachtige branche waarin goed zichtbaar is tot wat voor moois zij in staat is. Maar die zichtbaarheid geldt helaas ook voor de fouten die er gemaakt worden. Soms stort iets in, valt ergens iets om of vanaf, of nog erger: valt een mens ergens in of vanaf met soms ook de dood tot gevolg. Projecten lopen vertraging op, worden stilgelegd, betaling wordt al dan niet terecht opgeschort, kortom: er zijn nog wel wat verbeterpunten. En elke keer neemt men zich serieus voor het beter te doen. Dat impliceert dat je weet wat fout gaat, waarom het fout gaat en hoe je dit kunt voorkomen.

Solide basis

Bouwen is – vooralsnog – grotendeels mensenwerk. Waar gehakt wordt, vallen spaanders. Een solide basis is niet alleen

gewenst als fundament voor fysieke bouwwerken, maar ook voor de samenwerking tussen (bouw)partijen om een project tot een succes te maken. En juist in die samenwerking is nog een wereld te winnen. Net als bouwen voor het grootste deel maatwerk is, zo zijn samenwerkingen dat ook. Het wereldbeeld van mensen kan samenwerkingen maken of breken. Wantrouwen of juist vertrouwen in elkaar zorgt ervoor dat de beoogde samenwerking wordt vastgelegd in een type contract waarin dat (gebrek aan) vertrouwen direct duidelijk wordt.

Een van de meest voorkomende geschillen bij de Raad van Arbitrage voor de Bouw en bij de rechter gaat over óf er algemene voorwaarden (AV) tussen partijen zijn overeengekomen en zo ja, wiens AV zijn overeengekomen. Het antwoord daarop kan een wereld van verschil maken voor de ene of de andere

partij. Goed contracteren is een must om de loopgraven te vermijden.

Juridische spelregels

De opdrachtgever heeft een wens tot realisatie van een (bouw)werk. De opdrachtnemer stuurt aan de hand van de door de (beoogd) opdrachtgever geformuleerde eisen en specificaties zijn aanbieding. In het geval de opdrachtgever niet meteen zijn eigen AV heeft meegestuurd en/of van toepassing heeft verklaard, is het de opdrachtnemer die zijn AV meestuurt met zijn aanbieding. Als hij die overeenkomstig de juridische 'spelregels' correct van toepassing verklaart, zijn de AV van de opdrachtnemer van toepassing op het werk. Dit is anders indien de opdrachtgever de AV van de opdrachtnemer nadrukkelijk van de hand wijst. 'Nadrukkelijk' betekent in deze situatie dat duidelijk zichtbaar/kenbaar is – bijvoorbeeld in een aparte brief gericht aan de opdrachtnemer en dus niet ergens verstopt in de AV van de opdrachtgever zelf – dat de opdrachtgever de AV van de opdrachtnemer afwijst. Meestal verklaart de opdrachtgever bij de afwijzing van de AV van zijn (beoogd) opdrachtnemer meteen zijn eigen AV van toepassing. En dan is de opdrachtnemer weer aan zet. Gaat hij de AV van de opdrachtgever accepteren of ook (nadrukkelijk) afwijzen? Dat

hangt veelal af van de 'inkoopmacht' der partijen. Als de opdrachtnemer de AV van de opdrachtgever nadrukkelijk afwijst, dan contracteren partijen op grond van de regels van het Burgerlijk Wetboek (BW). Het zal de niet-jurist misschien niet verbazen: geschillen bij rechter of arbiter over welke AV van toepassing zijn op het werk, heten de *battle of forms*. Voor veel partijen zijn de AV de moeite waard om voor te vechten.

Onderhandelingsfase

Vergeleken met het BW bieden de AV de gebruiker (degene die ze van toepassing verklaart) extra bescherming middels talrijke aansprakelijkheidsbeperkingen. Ongeacht of het de AV van de opdrachtgever of de opdrachtnemer betreft, de wederpartij – mits geen consument – is vergeleken met de gebruiker altijd slechter af. Omwille van een redelijk evenwicht zijn in de bouw algemene voorwaarden zoals de Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken en van technische installatiewerken 2012 (UAV 2012) in breed overleg tot stand gekomen. Fijn, zou je zeggen, dat er dus evenwichtige voorwaarden zijn. Echter: ik zie de UAV 2012 werkelijk nooit zonder bijlage met door de opdrachtgever aangebrachte afwijkingen van de UAV 2012. Op enkele dwingendrechtelijke bepalingen na mag worden afgeweken voor zover dat overeenkomstig paragraaf 2 lid 1 uitdrukkelijk gebeurt. Daar is de opdrachtnemer die de prestatie moet gaan leveren, het meestal niet mee eens. Afhankelijk van de grootte van zijn bedrijf, het al dan niet in huis hebben van een bedrijfsjurist of het hebben van de luxe van een goedgevulde



orderportefeuille, zal de opdrachtnemer de keuze maken om de AV af te wijzen, te accepteren of om in onderhandeling te gaan. Bij 'werkhonger', zoals in crisistijd, zal de opdrachtnemer vaak de voor hem nadelige voorwaarden accepteren. Want zelfs bij lage marges of een negatief opslagpercentage gaat de continuïteit van het bedrijf voor. In goede tijden zal de opdrachtnemer de AV

Goed contracteren is een must om de loopgraven te vermijden

van de opdrachtgever afwijzen. Een haperende onderhandelingsfase is altijd een risico voor de voortgang van het project.

Risico's en aansprakelijkheid

Het is heel begrijpelijk dat partijen die gaan contracteren en samenwerken de risico's liefst vermijden. Een inkoper/contractmanager alsook een bedrijfsjurist worden door de werkgever beloond als ze geen 'onnodige' risico's lopen. Daar zit meteen een deel van het probleem, want wat zijn onnodige risico's? Risico's die vermijdbaar zijn? Te vermijden voor de eigen partij, dat wel natuurlijk. In het algemeen wordt te vaak gecontracteerd vanuit een negatief verwachtingspatroon en een bepaalde angst. Bij elk project horen risico's en aansprakelijkheid. Maar partijen gaan op verschillende manieren om met risico's. Bij oppositionele contracten, bijna alle typen bouw- (en infra)contracten, worden risico's heel vaak níét neergelegd bij de partij die ze het beste kan dragen of verzekeren.

Het Maasvlakte-Vaanpleinproject (A15 MaVa, op basis van DBFM) geldt als het grootste infrastructurele debacle van de laatste jaren. Het consortium van marktpartijen, de opdrachtnemer, nam in plaats van opdrachtgever Rijkswaterstaat de verantwoordelijkheid en daarmee het risico op zich voor het (tijdig) verkrijgen van de ruim duizend benodigde vergunningen. Dat ging niet goed. Rijkswaterstaat zou als 'grote broer' van de provincie en de gemeentes, veel gemakkelijker ingang gehad hebben tot overleg met die lagere overheden. Van dit project is veel geleerd, maar 'contracteerangst' is niet verdwenen. Angst voor de beheersbaarheid van risico's is onnodig als je ze in overleg bij die partij(en) neerlegt die ze het beste kunnen beheersen.

Niet-oppositionele contracten

Partijen willen al jarenlang in harmonie samenwerken en af van de zogenoemde 'vechtcontracten'. Een utopie? Nee, inmiddels zijn de bouwteam- en alliantiecontracten weer gewild. Aan het eind van dit jaar verschijnt een update van de bouwteamovereenkomst. Daarnaast zijn de contracten voor ketensamenwerking, zoals ik die sinds 2016 opstel, een succes bij met name woningcorporaties die graag projectoverstijgend samenwerken met aannemers en onderhoudsbedrijven. Het gaat om een grote investering van alle betrokken partijen in tijd en moeite om elkaar te leren kennen en om de individuele belangen naast de gedeelde belangen in kaart te brengen. Daarbij worden de eindgebruikers/bewoners zeker niet vergeten. Ketensamenwerkingscontracten zijn net als bouwteam- en alliantiecontracten niet-oppositionele contracten. Er zijn verschillen, maar ze hebben ook iets gemeen: het streven naar harmonie en daarmee proactief geschillen voorkomen. Volgens Van Dale is harmonie 'een samenwerking of verband van een aantal zaken tot een welgeordend en aangenaam

aandoend geheel'. En om tot harmonie te komen, is communicatie nodig. Het Latijnse woord *communicare* heeft als hoofdbetekenis 'iets gemeenschappelijk/samen maken'. Juist het communiceren in onderlinge uitwisseling, dus niet slechts het eenzijdig informeren, maakt het mogelijk om tot een harmonieuze samenwerking te komen. Daar hoort een gezonde, op vertrouwen in elkaar gestoelde verwachting bij dat samenwerking zonder geschillen mogelijk is. Uit onderzoeken blijkt dat miscommunicatie en te weinig (of incorrecte) gegevensverstrekking de hoofdoorzaak is van faalkosten in de bouw. Door een betere communicatie kun je bouwfouten voorkomen en de veiligheid verbeteren.

Allerminst soft gedoe

Communiceren gaat niet vanzelf. Na het vele werk vóór de samenwerking is het vooral een continu proces van bijstellen en evalueren. En juist daar zit een groot verschil tussen oppositionele en niet-oppositionele contracten. Waar de eerstgenoemde na ondertekening de la ingaan en er pas weer uitkomen bij een geschil, wordt in het op harmonie gerichte model vastgelegd wanneer en welke partijen overleggen op strategisch, tactisch of operationeel niveau. Daarnaast zijn er regelingen voor een ad-hocoverleg in geval van ontevredenheid, laten partijen elkaar niet bij het minste of geringste vallen en is vertrouwen iets wat 'heilig' is en men niet graag verspeelt. Redelijkheid en billijkheid voeren de boventoon, maar het behalen van prestatieafspraken wordt jaarlijks geëvalueerd in keiharde KPI's. Soft gedoe is het dus allerminst. En alle individuele AV, inkoopvoorwaarden of bedrijfsvoorwaarden zijn uitgesloten. Dat scheelt veel discussie en onenigheid.

Keuzestress vermijden

Met zo veel contractmogelijkheden en een over het algemeen hoge werkdruk, is het zaak het gezonde verstand te blijven gebruiken. Nog te vaak komt narigheid voort uit met knip-en-plakwerk geconstrueerde contracten. Tegenstrijdigheden worden in het algemeen toegerekend aan degene die ze heeft gecreëerd, tenzij de andere partij voor de tegenstrijdigheid had behoren te waarschuwen. Zo kan een overeenkomst met de titel 'intentieovereenkomst' die bestaat uit delen van een intentieovereenkomst, bouwteamovereenkomst en een co-makersovereenkomst, weleens heel veel minder intentie en meer concrete uitvoeringsafspraken bevatten dan de bedoeling van de opsteller was. Rechter of arbiter kijkt bij geschillen naar de inhoud en niet specifiek naar de titel van de overeenkomst. Advies is dan ook uw wederpartij te zien als partner en niet als opponent om mee samen te werken. Stel het contract samen op en houd rekening met ieders belangen. Dat voorkomt bouwfouten en faalkosten en maakt het werk een stuk aangenamer. ●

Voor gratis downloads van de Modelcontracten Ketensamenwerking: www.bouwrechtbedrijf.nl/publicaties.