

TBR 2010/213

Boekbespreking

Frank en Vrij (Thunnissen-bundel) en Alleen Samen (Van den Berg-bundel)

Mr. ir. F.M. van Cassel¹

Recent is tweemaal een liber amicorum verschenen voor twee zeer gewaardeerde bouwrechtjuristen. Frank Thunnissen² is verblijd met een bundel met twaalf opstellen met onderwerpen betreffende vastgoed in brede zin, alsmede twee bijdragen aangaande cassatie, in totaal veertien bijdragen. De omvang van dit boek is 154 pagina's en heeft als titel *Frank en Vrij*.³ Het andere liber amicorum is aangeboden aan Matton van den Berg.⁴ Dit boek is getiteld *Alleen Samen*⁵ en omvat 30 bijdragen, niet enkel over bouwrecht maar ook andere juridische onderwerpen als de jeugdzorg. Ook is de lijst van publicaties van Van den Berg opgenomen. In totaal telt dit boek 500 pagina's.

Naast het erbetoon voor degenen die het liber amicorum aangeboden krijgt, zijn feestbundels nagenoeg altijd waardevol voor geïnteresseerden in het vakgebied van degene die afscheid neemt. De bijdragende auteurs worden immers meestal aangezocht en gevonden in een nauwe cirkel rond de persoon in het centrum van de aandacht van de bundel. Daarbij krijgen deze auteurs weliswaar enige richting mee, maar zij zijn behoorlijk vrij in de keuze van het onderwerp. Een auteur kan een eigen ei leggen dat niet snel in een ander mandje geplaatst kan worden. De richting die de auteurs hebben meegekregen is voor de *Van den Berg*-bundel samenwerking. Alleen als je samenwerkt, komt er iets moois van.⁶ Dit blijkt ook uit de titel: *Alleen Samen*. De belichting van de samenwerking neemt vervolgens heel brede vormen aan. Buiten

- uiteraard - het private en bestuurlijke bouwrecht wordt ook aandacht besteed aan de samenwerking in de jeugdzorg⁷ en de samenwerking bij een faillissement. Het thema van de *Thunnissen*-bundel is minder strak omljnd. Zoals in het voorwoord⁸ is opgenomen toont de bundel het brede spectrum dat Frank Thunnissen als advocaat tot zijn specialisme mag rekenen. Juist diversiteit, binnen het vastgoed, is het kenmerk van de bundel *Frank en Vrij*. De bundels bevatten samen maar liefst 44 verschillende bijdragen van 50 verschillende auteurs; derhalve is het onmogelijk om alle bijdragen hier te bespreken. Thans beperk ik me tot een aantal bijdragen die mij aanspraken of anderszins een bespreking behoeven. De volledige inhoudsopgaven van *Alleen Samen* en *Frank en Vrij* zijn verder eenvoudig te raadplegen op de website van het Instituut voor Bouwrecht.⁹ De integrale teksten van de bundel *Frank en Vrij* zijn zelfs vrij raadpleegbaar op het digitale kenniscentrum van het Instituut (www.bouwrechtenonline.nl¹⁰).

Zo heeft Bleeker het over de noot¹¹, waarbij hij tevens de geschiedenis induikt. Hij neemt de lezer mee terug naar de eerste noot in juridisch Nederland en eindigt met een noot uit 1996¹² van de jubilaris Matton van den Berg. Bleeker neemt een duidelijk standpunt in aangaande wat een noot tot een goede noot maakt. Bleeker acht de noot van Meijers onder het *Mook/Sap-I* arrest¹³ de hoogste vorm van anoteren. De rechterlijke beslissing wordt scherp ontleed, geplaatst in het gepaste perspectief en

1 Frank van Cassel is verbonden aan de TU Delft als buitenpromovendus.

2 Voorheen advocaat bij Houthof Buruma, lid-jurist van het College van Arbiters van de Raad van Arbitrage voor de Bouw.

3 J.F. de Groot & H.M. Slaghekke (red.), *Frank en Vrij*, Thunnissen-bundel, Den Haag: IBR 2009.

4 Voorheen hoogleraar privaatrecht in het bijzonder bouwrecht aan de Universiteit van Tilburg.

5 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 ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Universiteit van Tilburg, Den Haag: IBR 2010.

6 M.A.B. Chao-Duivis, C.E.C. Jansen en J.B.M. Vranken, Voorwoord, *Alleen Samen*, p. v.

7 P.Vlaardingerbroek, Samenwerken in en met de jeugdzorg, *Alleen Samen*, p. 269-286.

8 J.F. de Groot en H.M. Slaghekke, Voorwoord, *Frank en Vrij*, p. v.

9 <http://www.ibr.nl/publicaties>.

10 Zonder abonnement kan bij het inlogscherm gekozen worden voor de optie: 'Naar binnen zonder in te loggen?' » Klik hier'. *Frank en Vrij* is vervolgens te vinden onder de kop 'online TBR', subkop 'IBR Publicaties'.

11 R.G.T. Bleeker, De noot, *Alleen Samen*, p. 483-492.

12 R.G.T. Bleeker, De noot, *Alleen Samen*, p. 491; *BR* 1996, p. 944.

13 HR 14 november 1929, *NJ* 1929, 1776 m.nt. E.M. Meijers.

ten slotte wordt de beslissing in enkele woorden met kracht en stijl van de hand gewezen. Voorts heeft, volgens Bleeker, een noot een historisch en rechtsvergelijkend perspectief en als het niet een belangrijke uitspraak betreft dan dient de noot een belangwekkende waarneming te bevatten. Het annoteren van een uitspraak stelt dan ook hoge eisen aan de annotator, aldus Bleeker.

In de bundel *Alleen Samen* wordt over een samenwerking gesproken die niet in de lijn der verwachtingen ligt: samenwerking in een faillissement. Juist in een faillissement is het mijns inziens ieder voor zich op het scherpst van de snede. Desondanks beschrijft Vriesendorp¹⁴ bij het faillissement twee samenwerkingen. Het betreft hier niet de paulianeuze samenwerking van de aanstaande failliet met een te bevoordelen derde, maar een juridisch juiste samenwerking van de commissie uit de schuldeisers en de samenwerking met als doel het bereiken van het faillissementsakkoord. De commissie uit de schuldeisers kan de curator behulpzaam zijn bij het nemen van beslissingen, bijvoorbeeld om de onderneming te staken of voort te zetten en/of de bestuurders van de failliet aansprakelijk te stellen. Door het samenwerken van de schuldeisers, zo beoogt Vriesendorp, kan de opbrengst voor de boedel vergroot worden. De commissie uit de schuldeisers wordt echter weinig ingezet. Dit vanwege de simpele reden dat de meeste faillissementen zo weinig opleveren dat het de inzet van de schuldeisers niet waard is. De andere samenwerkingsvorm die Vriesendorp beschrijft, betreft het akkoord binnen faillissement. De schuldeisers bereiken met elkaar, de curator en de failliet een akkoord, inhoudende dat de schuldeisers allemaal een deel van hun vordering prijs geven. Dit onder de verwachting dat door het terugbrengen van de schuldenlast of het in tijd uitmeren van de terugbetaling van de schuldenlast, de schuldenaar er financieel weer bovenop komt en daarmee op den duur in staat zal zijn om aan al zijn verplichtingen weer te voldoen. Het kan een rationele afweging zijn om een deel van de schuld weg te strepen en een goede klant te behouden.

In het bouwrecht zijn een aantal nieuwe ontwikkelingen gaande. Zowel bestuursrechtelijk, met de invoering van de Wabo, als privaatrechtelijk. De

ideale contractsvorm is nog immer niet gevonden en momenteel staat de alliantie als samenwerkingsvorm sterk in de belangstelling. Dat er drie bijdragen hierover in de bundel *Alleen Samen* zijn opgenomen is dan ook niet vreemd. Bovendien heeft Matton van den Berg zich veelvuldig bezig gehouden met nieuwe contractsvormen.¹⁵ Zowel B.C.L. van den Berg en C.E.M. van den Berg¹⁶, B. van den Berg¹⁷ en Kamminga¹⁸ besteden hier aandacht aan. Alliantie is een vorm van coöperatieve samenwerkingsvorm. Bij de coöperatieve manier van samenwerking treedt de opdrachtgever met de aannemer in overleg. De kennis die aanwezig is bij de aannemer wordt gebruikt om het ontwerp aan te passen, maar wel in continu overleg tussen de opdrachtgever en de aannemer. Bij alliantie gaat dit nog verder. Opdrachtgever en aannemer gaan een formeel samenwerkingsverband aan. Samen als eensgezind team realiseren ze het bouwwerk. Een belangrijk kenmerk is dat de partijen op gelijke voet staan en dus ook zo met elkaar omgaan - alsof opdrachtgever en aannemer gezamenlijk een bedrijf hebben met als doel het realiseren van het betreffende bouwwerk. Winst en verlies worden gelijk verdeeld. Deze vorm van samenwerking komt volgens B.C.L. van den Berg en C.E.M. van den Berg met name voor in de petrochemische industrie en werkt daar goed. In de bouwwereld begint de alliantievorm langzaam voet aan de grond te krijgen. De verdubbeling van de spoorlijn in de gemeente Houten geschiedt bijvoorbeeld door middel van het alliantie-model.¹⁹ Persoonlijk twijfel ik aan de realiteit van het alliantiemodel. De opdrachtgever en de aannemer houden de facto altijd een ander doel. De opdrachtgever wil zo goedkoop mogelijk en zo snel mogelijk een zo mooi mogelijk gebouw. De aannemer wil zo veel mogelijk geld verdienen. Om deze tegenstelling te ondervangen moeten doelen vastgesteld worden die de aannemer moeten aansporen zich op de gewenste manier in te spannen. Op de daartoe te verzinnen en te hanteren doelen en prikkels gaat Van Wassenaer²⁰ in.

In het bestuursrecht is met name de invoering van de Wabo per 1 oktober 2010²¹ relevant. Voortaan is er nog maar één omgevingsvergunning nodig, maar deze bestaat in het algemeen wel uit diverse deel-

14 R.D. Vriesendorp, *Bouwen op vertrouwen: van tunneldenken en bruggenbouwers, de dingen, die voorbijgaan, Alleen Samen*, p. 287-301.

15 zo heeft hij het Bahama-model geïntroduceert (zie: *Asser - Van den Berg*, bijzondere overeenkomsten deel IIC, aanneming van werk, Deventer: Kluwer 2007, p. 40) en heeft hij met o.a. C.E.C. Jansen de UAV-GC tot stand gebracht.

16 B.C.L. van den Berg en C.E.M. van den Berg, *Risico's mijden en voordelen spreiden*. Op zoek naar mogelijkheden voor verdergaande samenwerking tussen publieke en private partijen bij het realiseren van infrastructuur, *Alleen Samen*, p. 3-10.

17 B. van den Berg, *Alliantie: het ultieme bouwteam, Alleen Samen*, p. 11-27.

18 Y.P. Kamminga, *Welke lessen zijn er te trekken uit empirische studies naar succes en falen van alliancing en partnering? Alleen Samen*, p. 67-82.

19 M.A.M.C. van den Berg, *Van horige tot maat? Over de emancipatie van de aannemer als contractspartij*, afscheidsrede, Tilburg: Universiteit van Tilburg 2010, p. 51; ook integraal te raadplegen via www.bouwrechtonline.nl.

20 A. van Wassenaer, *In search for the perfect project, Alleen Samen*, p. 83-106.

21 Wabo staat voor Wet algemene bepalingen omgevingsrecht, *Stb.* 2010, 231.

vergunningen. In de bundel *Alleen Samen* bespreekt Koning²² diverse vergunningen zoals deze tot 1 oktober 2010 nodig konden zijn voor het oprichten van een bouwwerk in relatie tot de UAV '89²³ en de UAV-GC 2005.²⁴ Ook gaat zij gedetailleerd in op de vraag wie welke vergunningen moest aanvragen, de opdrachtgever of de aannemer, inclusief de verdeling van de verantwoordelijkheid voor het wel of niet verkrijgen van de betreffende vergunning en de gevolgen daarvan. Tussen de UAV '89 en de UAV-GC 2005 zitten op dit vlak aanmerkelijke verschillen. Koning gaat vervolgens in op de gevolgen van de invoering van de Wabo voor deze twee sets algemene voorwaarden.

Een belangrijk onderwerp in de twee bundels is geschilbeslechting. Numann²⁵ en Von Schmidt auf Altenstadt²⁶, in de bundel *Frank en Vrij*, en Koeman²⁷ alsmede Verbeke en Vanhove²⁸ in de bundel *Alleen Samen* hebben hier hun bijdragen aan gewijd. Daarbij laten zij de civiele rechter, de bestuursrechter, de Hoge Raad en de Belgische verzoeningscommissie bouw de revue passereren. De grote werkbelasting van de Hoge Raad is voor zowel Numann en Von Schmidt auf Altenstadt onderwerp. Zij bezien maatregelen die genomen zijn en (kunnen) worden om de werkdruk van de Hoge Raad beter te reguleren. Daarbij komt ook de selectie aan de poort aan de orde. Koeman beschouwt de verschillen tussen de bestuursrechter en de civiele rechter. Daarbij is een duidelijk kenmerk dat de rechtzoekende bij de bestuursrechter weinig keuze heeft en bij de civiele rechter veel keus heeft. De rechtzoekende kan aan de bestuursrechter slechts één besluit voorleggen en het enige dat gevraagd kan worden is om het besluit te laten vernietigen. Bij de civiele rechter zijn er meer mogelijkheden. Zowel kunnen meerdere vorderingen gebundeld worden, maar ook zijn meer acties mogelijk zoals een gebod of verbod, een verklaring voor recht of een vordering tot betaling van een geldsom. De mogelijkheden voor de civiele rechter zijn nagenoeg onuitputtelijk. De keuze van de vordering in de civiele procedure is immers gelegen bij de eisende partij. Het nadeel van de beperkte mogelijkheden voor de bestuursrechter is dat deze niet kan doorpakken en er daardoor meerdere procedures benodigd kunnen zijn, met alle vertraging van dien. Koeman geeft aan dat nagedacht

moet worden in hoeverre de mogelijkheden van de bestuursrechter niet uitgebreid moeten worden voor een betere, snellere en efficiëntere werking van het bestuursrecht zodat de rechtsbescherming bij de bestuursrechter aan inhoud en betekenis wint. Tot slot is de Belgische verzoeningscommissie bouw onderwerp van de bijdrage van Verbeke en Vanhove. Deze commissie is in 2001 in het leven geroepen en bemiddelt op basis van vrijwilligheid waarbij, als er geen minnelijk akkoord bereikt wordt, er toch een bindende beslissing gegeven wordt aangaande de technische bevindingen. Een interessante mengvorm van mediation en bindend advies die in België succesvol is.

Een onvoorzienbaarheid en bron van conflicten is de onzekerheid of een overeenkomst daadwerkelijk tot stand zal komen. Partijen maken kosten om tot een samenwerking te komen, bijvoorbeeld de kosten om een offerte uit te brengen, of deze te bestuderen. Als de kosten omvangrijk worden en er het gerechtvaardigde vertrouwen is ontstaan dat partijen tot een overeenkomst zouden komen, kan er een plicht tot vergoeden van deze kosten zijn bij degene die de onderhandelingen heeft afgebroken. Vergoeding derhalve van kosten die gemaakt zijn terwijl er nooit een overeenstemming is bereikt. De bijdrage van De Hoon²⁹ in *Alleen Samen* gaat op dit vraagstuk in en beschouwt de te onderscheiden fases in onderhandelingen voorafgaande aan het bereiken van een overeenkomst. Deze verschillende fases zullen de meeste juristen bekend zijn uit hoofde van het standaard arrest *Plas-Valburg*³⁰, die De Hoon dan ook mede ten grondslag legt aan haar betoog. Zij gaat echter ook verder en neemt investeringskosten in ogenschouw die partijen maken tijdens de contractfase bij overeenkomsten die een lange looptijd hebben (duurovereenkomsten). De kosten die dan gemaakt worden met het oog op voortgaande samenwerking, bijvoorbeeld het maken van reclame, komen in beginsel wel voor eigen rekening. Slechts een vergoeding ligt in de rede als de extra investeringen zijn verricht op aandrang van de wederpartij, danwel de wederpartij de indruk heeft gewekt dat de buitensporige investeringen terugverdiend zouden worden. In de te hanteren criteria tussen de precontractuele fase en de postcontractuele fase bij een duurovereenkomst is dus

22 A.Z.R. Koning, De omgevingsvergunning in bouwcontracten, in het bijzonder de UAV 1989 en UAV-GC 2005, *Alleen Samen*, p. 415-441.

23 Uniforme Administratieve Voorwaarden 1989.

24 Uniforme Administratieve Voorwaarden voor Geïntegreerde Contracten 2005.

25 E.J. Numann, Vernietiging aan de poort. Een aanvullend voorstel bij het rapport van de Commissie-Hammerstein, *Frank en Vrij*, p. 3-8.

26 P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt. Wat moet de Hoge Raad?, *Frank en Vrij*, p. 9-29.

27 N.S.J. Koeman, De gereedschapskist van de bouwrechter, *Alleen Samen*, p. 305-313.

28 A. Verbeke en K. Vanhove, De Belgische verzoeningscommissie bouw, *Alleen Samen*, p. 315-333.

29 M.W. de Hoon, Investeren in samenwerken: wie betaalt de rekening voor niet terugverdiende kosten?, *Alleen Samen*, p. 253-267.

30 HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (*Plas/Valburg*).

weinig verschil gelegen. In beide situaties zijn de gewekte verwachtingen gecombineerd met de gedane investeringen relevant.

Een duurovereenkomst bij uitstrek is de huurovereenkomst. Onder het kopje Huurrecht in de bundel Frank en Vrij zijn over dit onderwerp twee artikelen opgenomen. Het eerst opgenomen artikel is van Slaghekke³¹, maar heeft echter weinig te maken met huurrecht. Het artikel gaat onder andere zeer kritisch in op de Wet kraken en leegstand. Haar conclusie bij de bespreking van deze wet is dat het geen verbazing zal wekken als dit voorstel tijdens de behandeling in het parlement of kort daarna een langzame dood sterft. Uiteindelijk, zo weten we nu, is de wet toch per 1 oktober 2010 inwerking getreden.³² Dit terwijl de Raad van State, zo schrijft Slaghekke, heeft geconstateerd dat de wet vooral lijkt te zijn ingegeven door de signaalfunctie van een algehele strafbaarstelling van het kraken en er bij het opstellen van het wetsvoorstel geen valide gegevens voorhanden waren. De Raad van State suggereert volgens haar ook eerst na te gaan waarom het bestaande instrumentarium niet of

nauwelijks wordt gehanteerd alvorens een nieuw te introduceren.

De laatste bijdrage in de bundel Frank en Vrij gaat over huurrecht en sluit heel mooi aan bij degene die afscheid neemt en in het zonnetje wordt gezet: Frank Thunnissen. Hij heeft, zo blijkt uit deze bijdrage van De Boer en Eeken³³, de werking van het criterium dringend eigen gebruik bij 290-bedrijfsruimte³⁴ weten uit te breiden ten koste van de vuistregel koop breekt geen huur. Thunnissen heeft namelijk bedacht dat een supermarktketen voor een beter rendement van het distributiecentrum dringend de ruimte van een net gekochte supermarkt zelf nodig heeft voor eigen gebruik. De kosten van het distributiecentrum moesten namelijk over zoveel mogelijk supermarkten verspreid worden. De zittende huurder werd de huur opgezegd en moest, na een wachttijd van drie jaar, verhuizen. In rechte is het gelukt om dit af te dwingen. Omdat geschikte supermarktlocaties schaars zijn, was dit voor Thunnissen en zijn cliënt een mooie overwinning. De *Frank en Vrij* bundel wordt hiermee in stijl afgesloten.

31 H.M. Slaghekke, Wetgeving over kraken en leegstand, *Frank en Vrij*, p. 129-140.

32 *Stb.* 2010, 321.

33 E.T. de Boer en N. Eeken, De opzeggingsgrond 'dringend eigen gebruik' bij 290-bedrijfsruimte nader belicht, *Frank en Vrij*, p. 141-154.

34 Deze term is afgeleid van artikel 7:290 BW, die - zakelijk samengevat - aan bedrijven die handelen met particulieren een extra huurbescherming geeft omdat deze bedrijven afhankelijk zijn van de locatie waar zij gevestigd zijn.