

JUS ET ARS BONI ET AEQUI¹

Stel niet de maximalisatie van het eigenbelang voorop, maar redelijke verhoudingen. Een pleidooi om het goede en het billijke weer voorop te zetten. Dat maakt het recht niet alleen bandig maar ook leuk.

Mr. D. van Manen

De regelgeving zit ons in de weg, de roep om minder regels is alom aanwezig. We leven in een land waar Kafka zich een kleine jongen voelt² en (economische) ontwikkeling stagneert door regelgeving. De woningbouwproductie is op een dieptepunt, gebiedsontwikkeling wordt in gijzeling gehouden door juristen en ga zo maar door. Al met al lijkt er heel veel mis te zijn met onze wetten en regels of bestaat op zijn minst de indruk dat we ernstig zijn doorgeschoten in de toepassing ervan.

Daarnaast zien we ook andere bewegingen. Misstanden in onze maatschappij en kleine of grotere rampen leiden vrijwel direct naar de schuldvraag, ook tot een roep om meer en scherpere regelgeving. Het risico dat er iets mis gaat accepteren we niet meer en moet dus uitgebannen worden. Pech moet weg, de aansprakelijke moet gevonden worden en aan de schandpaal genageld, het regelgevingslek moet gedicht en pas daarna kunnen we weer rustig slapen.

Ook in gebiedsontwikkeling, infrastructuur en vastgoed zien we deze beweging. De contracten worden met elke volgende versie en elk volgend project dikker. De risico-inventarisaties, een nuttig instrument overigens, worden uitgebreider en uitgebreider en vinden hun weg naar steeds ingewikkelder contractuele bepalingen. Partijen bestoken elkaar over en weer met dreigementen en advocaten verdienen goud geld aan al deze ruzies. Ondertussen wordt het zicht op waarom men eigenlijk een contract met elkaar is aangegaan meer en meer uit het oog verloren.

Maar waarom deze roep om minder regels terwijl iedereen ook weet dat minder regels niet per se de oplossing zijn? Waarom roepen wij om vrijheid, waarbij die vrijheid

synoniem is aan zo weinig mogelijk regels, terwijl we tegelijkertijd ook weten dat een wereld zonder regels willekeurig en daarmee dus onvrij is? We weten dat onze samenleving inmiddels zo omvangrijk en complex is geworden

dat deze zonder regels of zelfs maar met een hele beperkte set aan regels feitelijk niet meer kan functioneren. Zijn wij het zicht op deze ontwikkeling en de noodzaak om daarvoor wet- en regelgeving in het leven te roepen en

ook te houden niet een beetje kwijtgeraakt?

Ik denk het wel. De ordening van onze samenleving en zeker ook de ordening van onze onderlinge relaties bij het realiseren van projecten vragen om regels. Dat geldt des te meer in situaties waarin we afspraken maken over samenwerking bij ontwikkelingen waaraan voor beide partijen risico's verbonden kunnen zijn. Zijn we daarin dan op sommige punten niet doorgeslagen? Ook dat valt niet te ontkennen. Zoals gezegd, de 'pech moet weg'-cultuur waarin we tegenwoordig leven, veroorzaakt een roep om meer wet- en regelgeving. Dat we daar vervolgens weer last van hebben en tegen ageren, maakt het allemaal des te curieuzer.

Dat het recht de kunst is van het goede en het billijke wordt, zo lijkt het, volledig uit het oog verloren. Die kunst beheersen we niet meer zo goed. Redelijkheid en billijkheid zijn noties die de rechter maar moet hanteren, maar in onze relaties staan ze niet bovenaan. Het eigenbelang en de eigen risico's staan voorop. Filosofische discussies over de individualisering van onze maatschappij kunnen hier pagina's vullen, maar veel wezenlijker voor onze dagelijkse praktijk als ontwikkelaars en bouwers is de vraag waar de uitgang is uit deze impasse.

STEL HET PUBLIEKE PROGRAMMA VAN EISEN ZODANIG OP DAT MARKTPARTIJEN VOLDOENDE VRIJHEID HEBBEN OM HUN CREATIVITEIT IN TE BRENGEN...

Afsprakenkader selectieprocedures bij de nieuwe
Reiswijzer Marktpartijen & Gebiedsontwikkeling

Geen obstakel maar bron van inspiratie

De uitgang kan gevonden worden door de titel van dit artikel weer als bron van inspiratie te omarmen. Streven wij het goede en het billijke na in onze (juridische) relaties of staan wij voor de optimalisatie van het eigenbelang en het uitschakelen van alle risico's aan eigen zijde?

In dat geval zullen we een groot deel van de wet- en regelgeving als hinderlijke obstakels blijven beschouwen. Zij staan onze vrijheid van opereren

en daarmee onze winstoptimalisatie en risico-uitbanning in de weg. We denken en handelen vanuit de door ons zelf ingenomen standpunten, hebben ons daar ingegraven. Vervolgens zijn we niet meer bereid en in staat te zoeken naar oplossingen die zowel ons eigenbelang als de belangen van anderen dienen. Waarmee we tevens kansen laten liggen. Want ... een win-winsituatie is nog niet zo'n slechte uitkomst. Wat erger is, het denken in juridische obstakels belemmert ook onze creativiteit in het omgaan met de regels. Regels worden beschouwd als het hek of meer nog de ondoordringbare muur die onbeweeglijk om een bepaald probleem is opgetrokken of in beton is gestort. In die interpretatie biedt het recht geen enkele bewegingsruimte of alternatieve oplossingsrichtingen.

In veel gevallen een onterechte vooronderstelling. Er is meestal geen enkele aanleiding om het recht niet te zien als een gereedchapskist waaruit al naar gelang de aard van de klus of het probleem een stuk gereedschap kan en mag worden gekozen. Het recht is meestal niet de bovengrens of een vrijheidsbeperkend kader, maar kan door het innemen van een andere positie en vanuit een ander perspectief, ook worden gezien als de ondergrens. Niet 'wat mag er niet' maar veeleer 'wat kun je allemaal wel'. In die optiek kan regelgeving een inspiratiebron zijn voor nieuwe ontwikkelingen. Het spreekt voor zich dat dit niet altijd eenvoudig is. Regelgeving is vaak niet zo toegankelijk dat dit perspectief onmiddellijk zichtbaar wordt. Het is echter zonder twijfel wel de moeite waard om hiernaar op zoek te gaan. Temeer daar regels eenmaal gekomen niet zo snel weer zullen gaan. We moeten er dus mee leren leven.

Waar starten we dan? De basis ligt in de totstandkoming van de betreffende regel. Wat was de aanleiding voor de regel en met welke onderbouwing en bedoeling is deze op schrift gesteld? Wat zegt de tekst van de regel en hoe kunnen we die in het licht van de totstandkomingsgeschiedenis lezen en interpreteren? Niet op voorhand op zoek naar de donkere, belemmerende kant van de regel maar naar de lichte, mogelijkheden biedende. Beweeg mee met het gras in de wind door flexibel in te spelen op de geboden

mogelijkheden en deze tot eigen voordeel maar vooral ten voordele van het project aan te wenden.

Betekenis voor projecten

**WERK WAAR MOGELIJK EN ZINVOL MET
GEFASEERDE CONTRACTERING, WAARBIJ NA
GUNNING EERST EEN INTENTIEOVEREENKOMST
GESLOTEN WORDT, VERVOLGENS EEN
SAMENWERKINGSOVEREENKOMST EN TENSLOTTE
EEN REALISATIEOVEREENKOMST.**

Afsprakenkader selectieprocedures bij de nieuwe
Reiswijzer Marktpartijen & Gebiedsontwikkeling

Wat betekent dit nu voor de projecten in de infrastructuur, vastgoed- of gebiedsontwikkeling waar wij allen bij betrokken zijn? Van direct betrokken partijen, overheden, projectontwikkelaars, aannemers vraagt dit als eerste een volgende stap in het nadenken over

samenwerking in projecten. Het besef dat een optimaal project niet tot stand kan komen als een van beide partijen inzet op de maximalisatie van het eigen voordeel. Het besef dus dat samenwerking in elk project altijd noodzakelijk is en dat het juridische kader dus vooral gericht moet zijn op het bevorderen van die samenwerking met als einddoel de totstandkoming van het gewenste project.

Gelijkwaardigheid en verdeling van risico's

Binnen dat juridisch kader moet het gaan om gelijkwaardigheid van partijen en een redelijke verdeling van risico's. Taken, verantwoordelijkheden en verplichtingen zijn helder toegewezen en geformuleerd op transparante uitgangspunten die vooraf bij alle partijen bekend waren.

Van juristen vraagt dit dat zij over de grenzen van hun juridisch specialisme heen kijken en heen stappen. Niet het uitbannen van elk risico voor de eigen opdrachtgever/client staat centraal, maar het gezamenlijke doel, de realisatie van het project. Ook juristen moeten durven uitspreken naar hun opdrachtgever dat het contract, hoe dik het ook is, niet alle risico's kan uitsluiten of voorkomen, en zeker geen garantie biedt op een gewenste wijze van realisatie van het project.

Risico's

Vervolgens moeten we leren risico's weer in het juiste perspectief te plaatsen. Een risicoloze maatschappij is een illusie en het 'wegregelen' of 'wegcontracteren' van risico's houdt alleen maar de schijn op dat die risico's er dan ook niet meer zijn. Het leven en werken in onze wereld en maatschappij brengt risico's met zich mee. De vraag wie die risico's draagt moet vervolgens in redelijkheid worden beantwoord. Wie kan het risico beïnvloeden, wie veroorzaakt het risico, wie kan het risico eventueel verzekeren, is het gezamenlijk dragen van risico's een optie enzovoort.

Deregulering

In het omgaan met wet- en regelgeving is als eerste van belang om op een andere manier naar de bestaande

regels te kijken en te leren om daarmee vanuit een ander perspectief om te gaan. Zoek de ruimte binnen de regelgeving en bepaal die aan de hand van het projectbelang en de belangen van partijen. Ga op een nuchtere manier met risico's om en denk aan de kunst van het goede en het billijke.

Is er dan helemaal geen aanleiding om na te denken over deregulering? Zeker wel, maar die begint wat mij betreft met de vraag of nieuwe regels echt nodig zijn. Vanuit de nuchtere omgang met risico's moet ook die vraag om nieuwe regels na elke ramp, crisis of ongelukkige afloop van een project worden bedwongen.

De regelgever treft dan het verwijt van de generaals die hun leger inrichten naar de uitkomsten van de vorige oorlog. Meestal is dat geen succes. De volgende oorlog is toch net weer anders. Zo is het ook met nieuwe regelgeving of contractbepalingen. Het probleem waarvoor zij in het leven zijn geroepen doet zich meestal niet of in een andere hoedanigheid voor, waardoor de nieuwe regel net weer niet passend is.

Een bijkomend gevaar is dat nieuwe regelgeving het effect van daadwerkelijke deregulering op andere punten weer tenietdoet. Uiteindelijk zitten we nog steeds met dezelfde hoeveelheid regels.

Daarnaast onderschrijf ik van harte dat meer inzet op het verminderen van de regels gewenst is evenzeer als de vermindering van feitelijk overbodige contractbepalingen.

De wijze waarop in sommige gevallen met de vertaling van Europese regelgeving naar het Nederlandse recht wordt omgegaan is hiervan vaak een sprekend voorbeeld. Aanbestedings- en milieuregelgeving komt voor het overgrote deel uit Brussel. Maar in de vertaling en toepassing daarvan proberen we het in Nederland toch altijd nog een tandje scherper en beter te doen, waardoor de Nederlandse burger en ondernemer met problemen en vraagstukken wordt opgezadeld die men elders in Europa soms helemaal niet herkent. Niet doen dus.

Inzet juristen

Al met al wekt deze gang van zaken de indruk dat de juristen aan de macht zijn. Wetten en regels worden door juristen bedacht, uitgewerkt en vervolgens ook weer gepast door hen 'misbruikt' in het oproepen en verscherpen van conflicten en het traineren van ontwikkelingen. Daarbij wordt de intentie van de regel of het doel van het contract vaak uit het oog verloren. Deze indruk is eerlijk gezegd niet in alle gevallen onterecht.

Anderzijds dient men zich ook te realiseren dat dit gedrag van juristen in veel gevallen wordt opgeroepen door de houding en keuzes

van hun opdrachtgever. Opdrachtgevers behandelen problemen, crises en eerdere ervaringen vanuit de gedachte 'dit zal ons niet weer gebeuren'. Deze gedachte vertalen zij naar weer nieuwe regelgeving of aanvullende contractbepalingen. Met als gevolg dat we in een negatieve juridische spiraal blijven steken.

Geef juristen daarom de ruimte opnieuw de kunst van het goede en het billijke te bedrijven. Die kunst maakt het mogelijk om op zoek te gaan naar doelmatige, effectieve en nuttige regelgeving en contracten die het onderliggende belang dienen zonder betrokken partijen onnodig in hun bewegingsvrijheid of in hun samenwerking te belemmeren.

Voor juristen is het zaak die ruimte ook op een professionele wijze te gebruiken vanuit het belang dat alle betrokken partijen hebben bij de totstandkoming van een project. Dit maakt bovendien de uitvoering van projecten weer leuk voor iedereen.

Recht is leuk en ook erg handig

Deze stelling durf ik vanuit het voorgaande wel aan. Zoals gezegd, een maatschappij zonder wet- en regelgeving verzandt in chaos, waar alleen nog het recht van de sterkste geldt.

Dus stellen we vast dat we niet zonder recht kunnen en ook eigenlijk niet willen. Het recht brengt kaders aan, is een hulpmiddel voor het organiseren van onze samenleving en onze relaties, maar vraagt voor het goed functioneren daarvan ook om creativiteit en durf. Durf te leven met risico's. Durf het ook aan om niet op zeker te spelen en de randen van het recht te verkennen. Op die manier blijven werkbare relaties bestaan en vooral, komen projecten tot stand op een wijze die voor alle betrokken partijen aanvaardbaar en voordelig is.

Niet de maximalisatie van het eigenbelang voorop, maar redelijke verhoudingen. Het goede en het billijke moet daarin weer voorop gaan staan. Dat de toepassing van het recht in dat verband als een kunst wordt aangeduid is niet voor niets. Dit vraagt creativiteit van alle betrokkenen en vooral ook van juristen, maar wel een creativiteit die moet worden aangewend om het goede en het billijke te bereiken voor alle betrokkenen.

Als we dat durven nastreven, betekent dit niet alleen dat het recht erg handig is maar vooral ook leuk.

Vanuit dat perspectief kunnen we deze creativiteit ook verankeren enerzijds door deregulering maar ook door het aanscherpen of vernieuwen van regelgeving waar nodig of gewenst.

Noten

1. Het recht is de kunst van het goede en het billijke.
2. Prof. mr. W.C.T.F. de Zeeuw, Het land waar Kafka zich een kleine jongen voelt, Vastgoedrecht 2009-2



Mr. D. (Dik) van Manen is senior juridisch adviseur bij AT Osborne, Legal & Contracting.