

# Back to back contracteren

**Bij grote contracten wordt vaak gebruik gemaakt van een zogenoemde back to back-constructie (B2B). Het is dan de wens van de hoofdaannemer de spelregels en rechten en verplichtingen die voor hem jegens de opdrachtgever gelden, één op één te verleggen naar de onderaannemer.**

Een volstrekt logische gedachte. Het kan immers ook voorkomen dat de onderaannemer in relatie tot de hoofdaannemer rechtsgeldig zijn eigen algemene voorwaarden heeft bedongen. Op dat moment kan de hoofdaannemer met een vendor lock-in worden geconfronteerd. Dit betekent dat in de relatie met de achterschakel sprake kan zijn van een scopewijziging, die door de hoofdaannemer moet worden afgerekend, zonder dat die kosten bij de opdrachtgever in rekening kunnen worden gebracht. Dit laatste bijvoorbeeld omdat de voorwaarden van het hoofdcontract daar niet in voorzien. Een omgekeerde situatie is overigens de beruchte 'if paid, when paid'-clausule die bepaalt dat een hoofdaannemer alleen dan aan de onderaannemer hoeft te betalen, daar waar de opdrachtgever, de aanspraken van de onderaannemer heeft erkend en voorts de hoofdaannemer daartoe heeft uitbetaald, hetgeen voor de onderaannemer een onzekere situatie kan opleveren.

## Projectspecifiek

De hoofdaannemer heeft dus de behoefte een contractueel kader te construeren waarbij tussen alle schakels dezelfde contractbedingen hebben te gelden. Relevant om op te merken is

### IN 'T KORT - Back to back

Een back to back-contract vergt maatwerk

Welke clausules moeten ook voor de subcontractor gelden?

De OA dient tijdig en volledig te worden geïnformeerd

De OA mag niet alles klakkeloos voor gezien ondertekenen



Een back to back-contract vergt maatwerk.

dat een B2B geen wettelijke term is. Partijen dienen dit begrip dus projectspecifiek uit te werken, waarbij, in ieder geval tot voor kort, vrij algemene teksten werden gebezigd, die niet veel meer om het lijf hadden dan de bepaling dat rechten en plichten tussen opdrachtgever en hoofdaannemer ook gelden tussen hoofdaannemer en de onderaannemer. In een instructief vonnis van de Raad van Arbitrage d.d. 22 februari 2019; geschilnummer 36.154 wordt hier korte metten mee gemaakt. In rechtsoverweging 38 wordt duidelijk gesteld dat bij het B2B doorleggen van rechten en verplichtingen, in beginsel niet kan worden volstaan met een enkele bepaling die niet (veel) meer zegt dan dat hoofdaannemer en onderaannemer dezelfde rechten en verplichtingen jegens elkander hebben als de opdrachtgever (de gemeente) en hoofdaannemer.

Rechtsoverweging 39 stelt expliciet dat indien de hoofdaannemer zijn verplichtingen jegens de gemeente één op één had willen doorleggen aan onderaannemer, hij in de gegeven omstandigheden uitdrukkelijk en specifiek had moeten aangeven welke bepalingen hij back-to-back wenste door te contracteren aan onderaannemer.

Hierbij achtte de Raad het van belang dat de betreffende onderaannemer relatief laat in het proces werd betrokken en dus in een wezenlijk andere positie jegens de gemeente verkeerde, dan de hoofdaannemer.

Ook kreeg de hoofdaannemer een veeg uit de pan dat niet alle stukken aan onderaannemer werden verstrekt. De Raad kwam in rechtsoverweging 42 van genoemd vonnis tot het

oordeel dat partijen met de B2B uitsluitend bedoeld hebben dat technische delen van de scope één op één werden doorgezet.

## Praktische lessen

Uit het vonnis kunnen praktische lessen worden getrokken. De term B2B alleen, is niet voldoende om rechten en plichten ook naar de achterschakel over te laten gaan. Dat betekent dat het B2B contracteren maatwerk impliceert. Zo zullen in ieder geval boetes en kortingbedragen, te vragen financiële zekerheid in de vorm van een bankgarantie, en aansprakelijkheden naar rato van de aanneemsom van de onderaannemer aangepast moeten worden. Indien mogelijk dient de beoogde onderaannemer zo vroeg mogelijk door de hoofdaannemer in het proces te worden betrokken. Het verdient hierbij aanbeveling een goede demarcatie, - en raakvlakkenlijst te maken. De hoofdaannemer dient de onderaannemer volledig in te lichten m.b.t. alle relevante processen en documenten. Daarentegen mag een onderaannemer niet alles klakkeloos voor gezien ondertekenen. Uit een vonnis van de Raad van Arbitrage d.d. 02 november 2017; geschilnummer 35.732, rechtsoverweging 18 volgt dat een onderaannemer ten tijde van het sluiten van de overeenkomst van onderaanneming, waarin wordt verwezen naar de basisovereenkomst, een volledig exemplaar van die overeenkomst had kunnen en dus moeten vragen. Indien die rechteplicht niet wordt nagekomen, komt dat voor haar eigen risico.

*Pieter de Vries is consultant bij Kpieto!*