

TBR 2023/64

De 'back-to-back' clause op zijn retour?

– Mr. drs. S. van den Boogaart en mr. J.S.O. den Houting¹

1. Inleiding

Hoewel de 'back-to-back' overeenkomst regelmatig onderwerp is van geschil wordt er relatief weinig aandacht aan besteed in de recente bouwrechtelijke literatuur. Alleen Chao-Duivis heeft tien jaar geleden een jurisprudentieonderzoek gedaan naar onderaanneming² en één van de auteurs van dit artikel heeft twee jaar later een artikel geschreven over de 'back-to-back' overeenkomst bij DBFM(O)-projecten.³ Daarnaast wordt de onderaannemingsovereenkomst kort besproken in de handboeken.⁴

In de jurisprudentie was tot een paar jaar geleden geen lijn af te leiden over de toelaatbaarheid c.q. het nut van de - voor de 'back-to-back' overeenkomst karakteristieke - 'back-to-back' clause. Vaak betrof het geschillen over de bevoegdheid van de rechter of de Raad van Arbitrage in bouwgeschillen (hierna afgekort als de 'Raad'), dan wel de toepasselijkheid van algemene voorwaarden, eventuele tegenstrijdigheden, of meer feitelijkheden, zoals de vraag of contractstukken al dan niet verstrekt waren.

Echter, in een arbitraal vonnis uit 2019⁵ oordeelde de Raad dat de enkele 'back-to-back' clause zelf onvoldoende waarborg biedt dat de verplichtingen van de hoofdaannemer naadloos worden doorgelegd naar de onderaannemer. In dezelfde lijn oordeelde de Raad in twee uitspraken uit 2022.⁶

Genoeg aanleiding dus om deze clause nader te beschouwen. In dit artikel zullen wij voor de niet-ingewijde lezer allereerst ingaan op het begrip 'back-to-back' contracteren, waarbij ook de 'back-to-back' clause aan de orde komt (par. 2). Vervolgens bespreken wij een selectie van uitspraken van de overheidsrechter en de Raad waarin deze clause centraal heeft gestaan (par. 3) en gaan wij in op de vraag of de bcwuste clause wel het gewenste effect sorteert (par. 4). Wij sluiten af met een conclusie en enkele aanbevelingen voor de praktijk (par. 5).

2. 'Back-to-back' contracteren

In de bouw is het gebruikelijk dat diegene die het initiatief neemt om een werk te laten realiseren, de opdrachtgever, de uitvoering van een werk integraal opdraagt aan één aannemer en dat deze aannemer op zijn beurt vervolgens één of meer onderdelen van het werk, onder eigen verantwoordelijkheid, aan één of meer derden in onderaanneming uitbestedt. In deze structuur heeft de opdrachtgever uitsluitend een contractuele rechtsverhouding met de hoofdaannemer en laatstgenoemde heeft op zijn beurt uitsluitend een contractuele rechtsverhouding met de onderaannemer(s). Er bestaat dus geen contractuele rechtsverhouding tussen de opdrachtgever en de onderaannemer(s).⁷

De hoofdaannemer fungeert aldus als tussenschakel tussen de opdrachtgever en de onderaannemer(s). Dat brengt risico's voor de hoofdaannemer met zich mee. Immers, tussen de contractuele rechtsverhoudingen tussen de opdrachtgever en de hoofdaannemer enerzijds en de hoofdaannemer anderzijds kunnen 'mismatches' bestaan. Gedacht kan worden aan de situatie waarin tussen de hoofdaannemer en de onderaannemer een kortere garantietermijn geldt dan tussen de opdrachtgever en de hoofdaannemer. In zo'n geval kan de opdrachtgever zich bij een gebrek dat herleidbaar is tot een onderaannemer wel wenden

¹ Sander van den Boogaart is advocaat bij Houthoff te Rotterdam en Jørgen den Houting is advocaat bij Rozemond te Amsterdam. Samen geven zij de cursus 'Back-to-back contracten bij neven- en onderaanneming' bij het Instituut voor Bouwrecht. De auteurs bedanken Peter Vermel, jurist bij Bouwend Nederland te Zoetermeer, voor het meelesen en commentariëren van het artikel.

² M.A.B. Chao-Duivis, 'De verhouding onderaannemer - hoofdaannemer - opdrachtgever (deel I)', TBR 2013/67, p. 435 t/m 455 en 'De verhouding onderaannemer - hoofdaannemer - opdrachtgever (deel II)', TBR 2013/81, p. 548 t/m 563.

³ S. van den Boogaart & L.F. Dröge, 'Back-to-back contracteren bij DBFM(O)-projecten. Aandachtspunten, risico's en valkuilen bij het back-to-back doorleggen van rechten en verplichtingen', TBR 2015/97, p. 570 t/m 581.

⁴ Asser/Van den Berg & Van Gulijk, 7-VI 2022, hoofdstuk 8, en Van Wijngaarden & Chao-Duivis, *Serie Bouw- en aanbestedingsrecht*, deel 12b, 669.

⁵ RvA 22 februari 2019, nr. 36.154, BR 2019/57, m.nt. E.L.B. van Eck.

⁶ RvA 28 januari 2022, nr. 37.128 en RvA 2 september 2022, nr. 37.243.

⁷ Zie over het begrip 'onderaanneming' ook Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI 2022/184 en de aldaar genoemde literatuur. Hoewel dus geen contractuele rechtsverhouding tussen de opdrachtgever en de onderaannemer(s) bestaat, kan wel sprake zijn van een buitencontractuele rechtsverhouding. Zie in dit verband bijvoorbeeld HR 20 januari 2012, NJ 2012/59 (Wieris/Visseren).

tot de hoofdaannemer, maar kan de hoofdaannemer zich op zijn beurt mogelijk niet wenden tot de onderaannemer. De hoofdaannemer belandt dan tussen wal en schip en blijft met de schade zitten.

Om het risico op dergelijke 'mismatches' te minimaliseren zal de hoofdaannemer zijn rechten en verplichtingen uit hoofde van zijn overeenkomst met de opdrachtgever zoveel mogelijk naadloos willen doorleggen aan de onderaannemer. 'Back-to-back' contracteren kan worden omschreven als een vorm van contracteren waarbij een partij (een deel van) zijn rechten en verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst met zijn contractspartij één-op-één ('back-to-back') doorlegt aan een derde.⁸

'Back-to-back' contracteren is geen automatisme; dat moet worden overeengekomen. Dit kan op verschillende manieren. De twee vormen van 'back-to-back' contracteren die in de praktijk het meest voorkomen zijn 'vertaling' van de hoofdaannemingsovereenkomst en 'spiegeling' van de hoofdaannemingsovereenkomst.⁹

Bij 'vertaling' van de hoofdaannemingsovereenkomst wordt een zelfstandige onafhankelijk functionerende onderaannemingsovereenkomst opgesteld tussen de hoofdaannemer en de onderaannemer. Daarbij wordt weliswaar acht geslagen op de bepalingen van de hoofdaannemingsovereenkomst en de rechten en verplichtingen die daaruit voortvloeien, maar deze worden niet op exact dezelfde wijze doorgezet in de onderaannemingsovereenkomst.

Dit is anders bij 'spiegeling' van de hoofdaannemingsovereenkomst. Hierbij worden de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de hoofdaannemingsovereenkomst wél op exact dezelfde wijze doorgezet in de onderaannemingsovereenkomst. Spiegeling van de hoofdaannemingsovereenkomst kan op twee manieren plaatsvinden: op basis van 'integraal spiegelen' of op basis van verwijzing ('incorporation by reference').

Wanneer de hoofdaannemingsovereenkomst integraal wordt gespiegeld, wordt in feite elke bepaling van de hoofdaannemingsovereenkomst afzonderlijk doorgezet in de onderaannemingsovereenkomst, waarbij per bepaling wordt beoordeeld of de vermelding 'opdrachtgever' kan worden vervangen door 'hoofdaannemer' en de vermelding

'aannemer' door 'onderaannemer'. Zodoende kan dus per bepaling worden beoordeeld of deze 'back-to-back' kan worden doorgelegd. Daarmee is 'integraal spiegelen' de meest zuivere vorm van spiegelen, maar ook de meest bewerkelijke vorm ervan. In de praktijk wordt deze vorm om die reden vooral toegepast bij (zeer) grote en complexe projecten waarbij de belangen groot zijn (zoals bij DBFM(O)-projecten).

Bij de meeste projecten waar partijen bepalingen uit de hoofdaannemingsovereenkomst wensen te spiegelen, kiezen zij er uit financiële en/of tijdsoverwegingen echter voor om de hoofdaannemingsovereenkomst niet integraal te spiegelen, maar te volstaan met spiegeling op basis van 'incorporation by reference'. In de kern komt dit erop dat de hoofdaannemer en de onderaannemer in de onderaannemingsovereenkomst een algemene 'back-to-back' clausule opnemen. Een dergelijke clausule komt in verschillende verschijningsvormen voor, maar bepaalt meestal niet veel meer dan dat de hoofdaannemer en de onderaannemer dezelfde rechten en verplichtingen jegens elkaar hebben als de opdrachtgever en de hoofdaannemer jegens elkaar.

In de Nederlandse bouwpraktijk maken partijen regelmatig gebruik van een op zichzelf staande 'back-to-back' clausule, zoals bijvoorbeeld in de modelovereenkomst van Bouwend Nederland. De meest recente versie van deze overeenkomst dateert uit 2016 en heeft als titel: 'Modelovereenkomst van onderaanneming met en zonder personeel (bouw en infra)'.¹⁰ Dit model is gebaseerd op de 'Modelovereenkomst van onderaanneming 1993' van het Algemeen Verbond Bouwbedrijf (AVBB) en van de Stichting Federatie Aannemers in de Afbouw- en Nevenbedrijven van de Bouwnijverheid (FAANB).

De 'back-to-back'-clausule is opgenomen in art. 7.1 van deze overeenkomst en luidt als volgt:

'Op de overeenkomst en overeenkomsten die daarvan een uitvloeisel mochten zijn, zijn de volgende voorwaarden van toepassing: [...]

□ De voorwaarden waaronder de overeenkomst tussen aannemer en diens opdrachtgever is aangegaan, voor zover van die voorwaarden niet is afgeweken in deze overeenkomst van onderaanneming. Voor zover de voorwaarden waaronder de overeenkomst tussen aannemer en diens opdrachtgever is aangegaan zich niet verdragen met de aard van de rechtsverhouding tussen aannemer en onderaannemer, blijven deze voorwaarden buiten toepassing.'

⁸ T.J. de Graaf, 'Back-to-back contracteren bij distributie', *ORP* 2014/2, p. 31; S. van den Boogaart & L.F. Dröge, 'Back-to-back contracteren bij DBFM(O)-projecten. Aandachtspunten, risico's en valkuilen bij het back-to-back doorleggen van rechten en verplichtingen', *TBR* 2015/97, p. 570.

⁹ S. van den Boogaart & L.F. Dröge, 'Back-to-back contracteren bij DBFM(O)-projecten. Aandachtspunten, risico's en valkuilen bij het back-to-back doorleggen van rechten en verplichtingen', *TBR* 2015/97, p. 573.

¹⁰ Voor deze modelovereenkomst heeft Bouwend Nederland ook algemene voorwaarden opgesteld, de 'Algemene voorwaarden van onderaanneming 2016 (AvvO 2016)'.
ARTIKEL

Met deze bepaling worden aldus de voorwaarden van de hoofdaannemingsovereenkomst integraal van toepassing verklaard op de onderaannemingsovereenkomst. Dit is slechts anders voor zover de voorwaarden van de hoofdaannemingsovereenkomst zich niet verdragen met de aard van de rechtsverhouding tussen aannemer en onderaannemer. In dat geval blijven die voorwaarden buiten beschouwing. In de handleiding bij deze modelovereenkomst wordt deze uitzondering als volgt toegelicht (par. 3):

'Van een volledige doorwerking naar de onderaanneming van de voorwaarden van de hoofdaanneming kan echter geen sprake zijn. De specifieke aard van de onderaanneming kan namelijk met zich meebrengen dat niet alle voorwaarden van de hoofdaanneming van toepassing kunnen zijn op de onderaanneming. In die gevallen zal de onderaannemingsovereenkomst een afwijkende regeling moeten geven. Daarom is in de bepaling over toepasselijke voorwaarden (clausule D van het Model) opgenomen, dat de voorwaarden waaronder de hoofdaannemingsovereenkomst is aangegaan deel uitmaken van de onderaannemingsovereenkomst, voorzover van die voorwaarden niet wordt afgeweken in de onderaannemingsovereenkomst of in de daarbij behorende voorwaarden of voorzover de aard van de verhouding tussen aannemer en onderaannemer zich niet tegen toepasselijkheid van de voorwaarden uit de hoofdaanneming verzet.'

Hoewel spiegeling op basis van 'incorporation by reference' op het eerste gezicht een eenvoudige methode lijkt om 'back-to-back' te contracteren, heeft deze methode ook een keerzijde. In veel gevallen zal namelijk niet aanstonds duidelijk zijn hoe de 'back-to-back' clausule moet worden geïnterpreteerd.¹¹ Dat blijkt ook, nu de op zichzelf staande 'back-to-back' clausule in de jurisprudentie regelmatig onderwerp van geschil is. Wij zullen hierna eerst jurisprudentie hierover van de overheidsrechter bespreken en daarna van de Raad.

3. Jurisprudentie

In deze paragraaf wordt een selectie van uitspraken van de overheidsrechter en de Raad bespro-

ken waarin de 'back-to-back' clausule centraal heeft gestaan.

3.1 Overheidsrechter

In de jurisprudentie van de overheidsrechter is de 'back-to-back' clausule met name vaak aan de orde in geschillen over de bevoegdheid van de rechter en/of de toepasselijkheid van algemene voorwaarden.

Dat was bijvoorbeeld het geval in een zaak van de rechtbank Den Bosch uit 2010.¹² Hierin waren op de onderaannemingsovereenkomst de algemene voorwaarden van de hoofdaannemer van toepassing verklaard. In art. 16 van deze algemene voorwaarden was de geschillenregeling uit de hoofdaannemingsovereenkomst 'back-to-back' van toepassing verklaard op de onderaannemingsovereenkomst. De rechtbank oordeelde in r.o. 2.4 van haar vonnis:

'Vaststaat dat Houta [hoofdaannemer, red.] haar algemene voorwaarden, waaronder voornoemd artikel 16, vóór of bij het sluiten van de overeenkomsten met Elro [onderaannemer, red.] aan Elro ter hand heeft gesteld. Evenwel staat tevens vast dat Houta de door haar met de opdrachtgever gesloten overeenkomst, waarnaar in artikel 16 van haar algemene voorwaarden ter bepaling van de wijze van geschillenbeslechting wordt verwezen, niet vóór of bij het sluiten van de overeenkomsten met Elro aan Elro ter hand heeft gesteld. Nu bovendien uit artikel 16 niet blijkt op welke wijze in de overeenkomst tussen Houta en haar opdrachtgever in geschillenbeslechting is voorzien, heeft Houta in zoverre aan Elro niet een redelijke mogelijkheid geboden om van de volledige inhoud van de algemene voorwaarden kennis te nemen.'

De geschillenregeling uit de hoofdaannemingsovereenkomst was daarom niet van toepassing, aldus de rechtbank.

Anders liep het in een zaak van het hof Arnhem-Leeuwarden uit 2014.¹³ Hierin ging het om de vraag of een arbitraal beding dat deel uitmaakte van de hoofdaannemingsovereenkomst op grond een 'back-to-back' clausule¹⁴ van overeenkomstige toepassing was op de onderaannemingsovereenkomst. Het hof oordeelde ten aanzien van deze 'back-to-back' clausule in r.o. 4.8 van zijn arrest:

'Naar het oordeel van het hof had Belgo Metal [onderaannemer, red.] als professionele partij duidelijk moeten zijn dat met artikel 1 van de overeenkomst

¹¹ Een voorbeeld kan dit illustreren. Stel, in de hoofdaannemingsovereenkomst staat: 'Voor elke dag waarmee de opleverdatum wordt overschreden zal een korting worden toegepast van 0,1% van de aannemingsom met een minimum van € 1000,- per dag'. Deze bepaling is op grond van de 'back-to-back' clausule onderdeel van de onderaannemingsovereenkomst. Dient in dit geval de korting te worden berekend aan de hand van de aannemingsom in de hoofdaannemingsovereenkomst (waarin de bepaling is opgenomen) dan wel de aannemingsom in de onderaannemingsovereenkomst (geheel buiten beschouwing worden gelaten omdat deze zich niet verdraagt met de aard van de rechtsverhouding tussen aannemer en onderaannemer)?

¹² Rb. Den Bosch 10 maart 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BL7905.

¹³ Hof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8053.

¹⁴ In deze zaak was de 'back-to-back' clausule vergelijkbaar met de 'standaard' 'back-to-back' clausule van Bouwend Nederland.

van onderaanneming werd beoogd *alle* [onderstreept red.] voor de onderhavige opdracht relevante door SCP [hoofdaannemer, red.] met NCA [opdrachtgever, red.] overeengekomen voorwaarden van het aangenomen werk 'back to back' met Belgo Metal 'door te contracteren'.

Dit gold óók voor het arbitraal beding dat deel uitmaakte van de hoofdaannemingsovereenkomst. Het hof stelde daarom vast dat de rechtbank zich terecht onbevoegd had verklaard om van het geschil kennis te nemen.

Vermeldenswaardig bij deze zaak is dat de onderaannemer ten tijde van de contractsluiting niet beschikte over de hoofdaannemingsovereenkomst en de inhoud ervan dus niet kende. Dit bracht het hof evenwel niet tot een ander oordeel (r.o. 4.9):

'Dat Belgo Metal, naar zij stelt, ten tijde van de contractsluiting die hoofdovereenkomst niet heeft gezien, doet niet eraan af dat zij desondanks de gelding van daaruit voortvloeiende voorwaarden in haar verhouding met SCP heeft aanvaard evenals dit het geval zou zijn geweest indien de overeenkomst naar algemene voorwaarden zou hebben verwezen met de inhoud waarvan zij ten tijde van de aanvaarding van het geschrift met de referte niet bekend was. Dat Belgo Metal toen kennelijk geen navraag heeft gedaan naar de inhoud van die voorwaarden, doet daaraan niet af en dient in dit geval voor haar rekening te blijven.'

Dit oordeel is mogelijk mede ingegeven door art. 1021 Rv, waarin wordt bepaald dat een arbitraal beding in algemene voorwaarden die door de wederpartij 'uiddrukkelijk of stilzwijgend' zijn aanvaard, ook als bewijs van een overeenkomst van arbitrage kan dienen.¹⁵

Ook in een zaak bij de rechtbank Rotterdam uit 2015 waren de hoofdaannemer en de onderaannemer een 'back-to-back' clause¹⁶ overeengekomen.¹⁷ Volgens die clause waren op de onderaannemingsovereenkomst de voorwaarden van de hoofdaannemingsovereenkomst van toepassing, voor zover daarvan niet was afgeweken in de onderaannemingsovereenkomst zelf. De onderaanne-

mer betoogde dat naar verschillende sets algemene voorwaarden werd verwezen, terwijl niet duidelijk was welke set van toepassing was. De rechtbank oordeelde dat uit de 'back-to-back' clause weliswaar voortvloeide dat verschillende sets algemene voorwaarden van toepassing waren, maar ook welke set, in geval van botsing, voor zou gaan op de andere (te weten de onderaannemingsovereenkomst). Van onduidelijkheid was volgens de rechtbank daarom geen sprake.

In 2019 oordeelde het hof Arnhem-Leeuwarden in een zaak die qua feitencomplex vergelijkbaar is met de hiervoor besproken zaak uit 2014.¹⁸ Net zoals in die zaak hadden de hoofdaannemer en de onderaannemer een 'back-to-back' clause afgesproken en oordeelde het hof dat het voor de onderaannemer als professionele partij duidelijk had moeten zijn dat met deze 'back-to-back' clause werd beoogd *alle* voor de opdracht relevante door de hoofdaannemer met diens opdrachtgever overeengekomen voorwaarden van het aangenomen werk 'back-to-back' naar de onderaannemer 'door te contracteren' (waaronder in dit geval de UAV-GC 2005 en het daarin opgenomen arbitraal beding). Het hof achtte daarbij van belang dat de onderaannemer zonder nadere inhoudelijke reactie en/of voorbehoud op de voorgelegde tekst van de onderaannemingsovereenkomst uitvoering had gegeven aan die overeenkomst. De hoofdaannemer mocht daarom het gerechtvaardigd vertrouwen hebben dat de onderaannemer zich volledig aan die overeenkomst (inclusief de 'back-to-back' clause) had gebonden.

In hetzelfde jaar liet de rechtbank Rotterdam zich eveneens uit over de toepasselijkheid van een arbitraal beding op de onderaannemingsovereenkomst.¹⁹ In dit geval hadden de opdrachtgever en de hoofdaannemer in de hoofdaannemingsovereenkomst afgesproken dat geschilbeslechting zou geschieden door arbitrage bij het Nederlands Arbitrage Instituut (NAI). De hoofdaannemingsovereenkomst was 'back-to-back' van toepassing verklaard op de onderaannemingsovereenkomst.²⁰ De hoofdaannemer deed vervolgens jengens de (curator van de) onderaannemer een beroep op het arbitraal beding in de hoofdaannemingsovereenkomst. De (curator van de) onderaannemer voerde hiertegen aan dat de vordering in kwestie dusdanig verknocht was met andere geschillen tussen partijen dat het onwettelijk en nadelig zou zijn de behandeling van deze vordering aan het NAI over te laten. Hij bepleitte daarom dat een beroep op dit beding naar

¹⁵ Verderop in de uitspraak (r.o. 4.13) overwoog het hof dienaangaande: 'Onder artikel 1021 Rv is geldig een schriftelijke overeenkomst waarin wordt verwezen naar algemene voorwaarden waarin een arbitragebeding is opgenomen. Het artikel eist niet dat die algemene voorwaarden bij de contractsluiting ter hand waren gesteld en/of partijen met het daarin opgenomen arbitragebeding bekend waren. Evenmin is vereist dat het arbitragebeding zelf als zodanig (uiddrukkelijk) is aanvaard. Voldoende is derhalve dat de wederpartij bij schriftelijke overeenkomst de gelding van een complex van (algemene) voorwaarden waarvan het arbitragebeding deel uitmaakt, heeft aanvaard.'

¹⁶ Ook in deze zaak was de 'back-to-back' clause in kwestie vergelijkbaar met de 'standaard' 'back-to-back' clause van Bouwend Nederland.

¹⁷ Rb. Rotterdam 7 januari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:80.

¹⁸ Hof Arnhem-Leeuwarden 26 februari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:1774.

¹⁹ Rb. Rotterdam 30 januari 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:1433.

²⁰ De uitspraak vermeldt niet op welke wijze dit is gebeurd, maar het ligt voor de hand dat in de onderaannemingsovereenkomst een back-to-back clause is opgenomen.

maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. De rechtbank ging niet mee in dit betoog en verklaarde zich onbevoegd in r.o. 6.1 van haar vonnis:

‘De curator voert [...] voor de stelling dat de vordering zodanig verknocht is met andere geschillen dat toepassing van het beding onaanvaardbaar is, niet meer of anders aan dan dat het tijd en geld zou besparen als alle geschillen tussen partijen door één instantie worden afgedaan. Deze omstandigheid maakt het mogelijk “onwenselijk en nadelig” om de behandeling van de vermeende vordering “aan het NAI over te laten”, zoals door de curator is betoogd, doch deze omstandigheid is onvoldoende om de conclusie te rechtvaardigen dat een beroep op dit beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.’

De rechtbank woog daarbij mee dat de hoofdaannemer en de onderaannemer het arbitraal beding als professionele (bouw)bedrijven waren aangegaan in het kader van een ‘back-to-back’ gesloten onderaannemingsovereenkomst.

3.2 Raad van Arbitrage in bouwgeschillen

In de arbitrale jurisprudentie lijkt de op zichzelf staande ‘back-to-back’ clause, zoals bijvoorbeeld die van Bouwend Nederland, zoals hiervoor onder par. 2 geciteerd, vaker onderwerp van geschil te zijn.

Zo deed een hoofdaannemer in een vonnis uit 2001 een beroep op deze clause en stelde hij dat het strenge - met zijn opdrachtgever overeengekomen - meerwerkprotocol ook van toepassing was in de relatie met de onderaannemer. Arbiters oordeelden echter dat de ‘back-to-back’ regeling niet eenduidig was en niet meer inhield dan dat de onderaannemer zich verbond aan enkele voorwaarden in de hoofdaannemingsovereenkomst. Het bewuste protocol (te weten het CBA-systeem; een zogenaamde database van prijzen voor meer-/minderwerk) was echter niet ‘back-to-back’ doorgelegd, aldus arbiters. Daarbij achtten zij het ook bepalend dat de onderaannemer evenmin gelegenheid had gehad om deel te nemen aan het zogenaamde CBA-overleg tijdens de uitvoering en ook de nodige meerwerken van de onderaannemer onvoorwaardelijk waren goedgekeurd. Arbiters oordeelden dan ook dat de hoofdaannemer de onderaannemer niet kon houden aan het strengere meerwerkprotocol.²¹

Vervolgens doet zich regelmatig een onderlinge tegenstrijdigheid voor tussen verschillende toepasselijke algemene voorwaarden, waarbij de rangorderegeling roept in het eten gooit voor de hoofdaannemer. Zo oordeelde de Raad in een zaak uit 2017/2018 dat de regeling in de onderaannemingsovereenkomst vóór de ‘back-to-back’ clause ging.²² Bovendien wordt de hoofdaannemer ook regelmatig met succes tegengeworpen dat hij niet alle contractstukken van de hoofdaannemingsovereenkomst aan de onderaannemer heeft verstrekt.²³ Wel oordeelde de Raad in 2017 dat verstrekking via een website of inlogcode ook rechtsgeldig is.²⁴

Daarnaast heeft de Raad ook in een aantal uitspraken een oordeel gegeven over de toelaatbaarheid van de ‘back-to-back’ clause zelf.

Zo lijkt de Raad van oordeel te zijn dat een ‘back-to-back’ clause niet kan worden opgenomen in algemene voorwaarden. Zo oordeelde zij in r.o. 23 van een vonnis uit 2012:²⁵

‘[...] Arbiters zijn echter van oordeel dat op grond van deze in de AV verstopte bepaling [te weten de ‘back-to-back’ bepaling, toevoeging red.] niet kan worden afgeleid dat D met A is overeengekomen dat vóór eind 2011 de sanering van een bepaald aantal woningen diende te zijn voorbereid (en dat D daarnaast met B is overeengekomen dat de sanering van de elektra-aansluitingen van deze woningen vóór eind 2011 diende te zijn uitgevoerd), doch hooguit dat A (en B) geacht worden bekend te zijn met de inhoud van de overeenkomst tussen D en F [...]’

In datzelfde jaar oordeelde de Raad in een geschil over een - al dan niet door de hoofdaannemer aan de onderaannemer doorgelegde - GIW-garantie dat een ‘back-to-back’ clause ‘*uitdrukkelijk*’ moet worden overeengekomen. Het scheidsrecht oordeelde in r.o. 22 van zijn vonnis:²⁶

‘Immers, het is niet ongebruikelijk dat in een onderaannemingsovereenkomst (dan wel de daarbij behorende algemene voorwaarden) het algemene bestek (van het gehele werk) van toepassing wordt verklaard, doch het kan in redelijkheid niet de bedoeling zijn dat dit tot gevolg heeft dat een specifieke administratieve bepaling uit dat bestek (zoals de GIW-garantie) “back-to-back” wordt doorgecontracteerd aan onderaannemer. Indien partijen dit gewent hadden, dan hadden zij zulks *uitdrukkelijk* [onderstreping red.] moeten overeenkomen, bijvoorbeeld in de onderaannemingsovereenkomst zelf.’

²² RvA 2 november 2017, nr. 35.732, r.o. 15, 16, 52 en 53 en RvA 20 december 2018, 36.204, r.o. 10 en 11.

²³ RvA 9 maart 2016, nr. 71.959/71.961, r.o. 48 en 49 en RvA 24 april 2014, nr. 33.986, r.o. 2019).

²⁴ RvA 13 november 2017, nr. 36.196, r.o. 23.

²⁵ RvA 14 juni 2012, nr. 33.755.

²⁶ RvA 12 oktober 2012, nr. 31.641.

²¹ RvA 22 mei 2001, nr. 20.864 en RvA 6 november 2002, nr. 70.594.

De Raad zette deze lijn door in een arbitraal vonnis uit 2019.²⁷ In deze zaak hadden hoofdaannemer en onderaannemer een geschil over de opleverdatum en aard en omvang van een aantal overige verplichtingen uit de onderaannemingsovereenkomst. Daarbij was de vraag of alle verplichtingen die de hoofdaannemer op zich had genomen wel één-op-één golden voor de onderaannemer. Opvallend hierbij was dat de hoofdaannemer van zijn opdrachtgever (de gemeente) opdracht had gekregen om zowel het ontwerp, de ontwikkeling, als de realisatie van een poppodium te verzorgen met toepasselijkheid van de UAV-GC 2005, terwijl hij met de onderaannemer een traditioneel contract was aangegaan waarop (zo lijkt het) de UAV 1989 van toepassing waren, althans in ieder geval het opleverprotocol van par. 9 en par. 10 daarvan.

Evengoed bevatte de onderaannemingsovereenkomst de volgende 'back-to-back' bepaling:

'De hoofdaannemer en de leverancier hebben jegens elkaar exact dezelfde rechten en verplichtingen als de opdrachtgever en de hoofdaannemer jegens elkaar hebben. Indien en voor zover het betreft het door de leverancier uit te voeren werk en voor zover de documenten verwoord welke in het bezit zijn van de leverancier.'

Arbiters oordeelden dat het enkel opnemen van een 'back-to-back' clausule in de onderaannemingsovereenkomst in beginsel onvoldoende is om de conclusie te rechtvaardigen dat de hoofdaannemer en de onderaannemer dezelfde rechten en verplichtingen jegens elkaar hebben als de hoofdaannemer en de opdrachtgever jegens elkaar. Zij verwoordden dat als volgt in r.o. 38:

'Arbiters stellen voorop dat bij het back-to-back doorleggen van rechten en verplichtingen in een onderaannemingsovereenkomst als de onderhavige, waarbij uitsluitend delen van het technisch werk aan onderaannemster zijn opgedragen, in beginsel niet kan worden volstaan met een enkele bepaling die niet (veel) meer zegt dan dat hoofdaannemster en onderaannemster dezelfde rechten en verplichtingen jegens elkaar hebben als de opdrachtgever (de gemeente) en hoofdaannemster.'

Om verplichtingen 'back-to-back' door te leggen, dient de hoofdaannemer 'uitdrukkelijk en specifiek' te vermelden in de onderaannemingsovereenkomst welke bepalingen uit de hoofdaannemingsovereenkomst al dan niet van toepassing zijn, aldus het scheidsrecht. Arbiters oordeelden in r.o. 39:

'Indien hoofdaannemster haar verplichtingen jegens de gemeente één op één had willen doorleggen

aan onderaannemster, dan had zij in de gegeven omstandigheden uitdrukkelijk en specifiek moeten aangeven welke bepalingen [onderstreping red.] zij back-to-back wenste door te contracteren aan onderaannemster. [...]'

Wel geldt dit oordeel natuurlijk in de 'gegeven omstandigheden', de woorden van arbiters volgend. Zo achten zij het mede relevant dat de onderaannemer pas aan het einde van het ontwerpproces in beeld kwam. Bovendien waren de overige aan de hoofdaannemingsovereenkomst gerelateerde documenten waaronder de hoofdaannemingsovereenkomst zelf en het VO niet aan de onderaannemer verstrekt. Daarnaast stelden arbiters vast dat de aard van de hoofdaannemingsovereenkomst verschilde van die van de onderaannemingsovereenkomst; op de hoofdaannemingsovereenkomst waren de UAV-GC 2005 van toepassing verklaard waarbij de hoofdaannemer het werk 'turn key' aan zijn opdrachtgever moest opleveren, terwijl op de onderaannemingsovereenkomst (in ieder geval) het opleverprotocol van par. 9 en par. 10 van de UAV 1989 van toepassing was verklaard.

In dezelfde lijn oordeelde de Raad in twee uitspraken uit 2022.²⁸ Hierin ging het min of meer om een vergelijkbaar feitencomplex waarbij de opdrachtgever met de hoofdaannemer een geïntegreerd contract had gesloten op grond van UAV-GC 2005 en hoofdaannemer en onderaannemer een traditioneel contract waren aangegaan. Daarbij probeerde de hoofdaannemer de ontwerpverantwoordelijkheid gedeeltelijk door te leggen naar de onderaannemer.

Zo oordeelden arbiters in r.o. 21 van het vonnis uit januari 2022:

'In de onderaannemingsovereenkomst dient uitdrukkelijk en specifiek te worden opgenomen welke bepalingen [onderstreping red.] uit de basisovereenkomst of uit de daarvan deel uitmakende contractdocumenten back-to-back worden doorgelegd. Dit geldt temeer nu de omvang van de werkzaamheden die onderaannemster in onderaanneming diende te verrichten veel geringer is dan het in de basisovereenkomst opgedragen werk. [...]'

En overwogen zij in r.o. 29 van het vonnis uit september 2022:

'[...] Indien hoofdaannemster haar ontwerpverplichting jegens F en de daarbij behorende algemene voorwaarden één-op-één had willen doorleggen aan onderaannemster, had zij in de gegeven omstandigheden uitdrukkelijk en specifiek moeten aangeven welke bepalingen en voorwaarden [onderstreping

²⁷ RvA 22 februari 2019, nr. 36.154, BR 2019/57, m.nt. E.L.B. van Eck (poppodium Doornroosje).

²⁸ RvA 28 januari 2022, nr. 37.128, en RvA 2 september 2022, nr. 37.243.

red.] zij wenste door te contracteren aan onderaannemster.²⁹

Daar komt bij dat in die tweede zaak de 'back-to-back' clause niet in de overeenkomst zelf was opgenomen, maar vermeld stond in de algemene voorwaarden. Arbiters achtten dat - net als in het in voetnoot 24 aangehaalde vonnis uit 2012 - in ieder geval niet toelaatbaar:

[...] Een in de algemene voorwaarden "weggemof-felde" bepaling waarin staat dat alle voorwaarden die gelden tussen opdrachtgever en hoofdaannemster ook gelden tussen hoofdaannemster en onderaannemster is daartoe niet toereikend, evenmin als een toepasselijkheidverklaring van de UAV-GC 2005 in een bijlage bij de overeenkomst (namelijk in de Wijzigingen en toevoegingen op de UAV-GC 2005), welke bijlage in de overeenkomst zelf ook niet expliciet van toepassing is verklaard.³⁰

4. Werkt de 'back-to-back' clause in de praktijk?

Uit de jurisprudentie kan worden afgeleid dat spiegeling op basis van verwijzing ('incorporation by reference') door het enkel opnemen van een 'back-to-back' clause in de praktijk regelmatig misgaat.

Daar zijn diverse redenen voor aan te wijzen. Zo kan het zijn dat de 'back-to-back' clause onduidelijk geformuleerd is, dat in de onderaannemingsovereenkomst verwezen wordt naar onderling tegenstrijdige algemene voorwaarden, of dat de verplichtingen incongruent zijn. Ook komt het regelmatig voor dat de hoofdaannemer weliswaar verwijst naar bepaalde stukken, maar deze niet altijd volledig heeft verstrekt (bijvoorbeeld wel het technische deel van het bestek, maar niet het administratieve deel).

Minder vaak is voorwerp van geschil of de toepassing van de op zichzelf staande 'back-to-back' clause toelaatbaar is c.q. of deze wel het gewenste effect sorteert.

Uit recente jurisprudentie van de Raad leiden wij af dat een dergelijke 'back-to-back' clause mogelijk in de praktijk niet meer voldoet. De hoofdaannemer lijkt gehouden te zijn in de onderaannemingsovereenkomst te bedingen welke bepalingen uit de hoofdaannemingsovereenkomst hij van toepassing wil verklaren op de onderaannemingsovereenkomst. De Raad oordeelt in deze jurisprudentie immers dat in de 'back-to-back' clause *uidrukkelijk en specifiek* moet worden bepaald welke bepalingen uit de hoofdaannemingsovereenkomst

'back-to-back' doorgelegd worden naar de onderaannemingsovereenkomst.²⁹

Wij plaatsen daarbij wel de kanttekening dat in al deze zaken de aard van de hoofdaannemingsovereenkomst verschilde van die van de onderaannemingsovereenkomst; te weten een geïntegreerd contract (UAV-GC 2005) versus een traditioneel contract. Mogelijk zou het oordeel daarom anders luiden als zowel hoofd- als onderaannemingsovereenkomst dezelfde aard zouden hebben.

Daarnaast kan uit de jurisprudentie van de Raad worden afgeleid dat een dergelijke 'back-to-back' clause in algemene voorwaarden in ieder geval geen stand lijkt te houden; deze moet op zijn minst in de onderaannemingsovereenkomst zelf worden opgenomen.

De hiervoor beschreven 'uidrukkelijkheidseis' die aan een 'back-to-back' clause wordt gesteld zijn wij in jurisprudentie van de overheidsrechter niet tegengekomen. Dat komt mogelijk omdat de clause met name vaak aan de orde lijkt te zijn in geschillen over de bevoegdheid van de rechter en/of de toepasselijkheid van algemene voorwaarden. Zowel bij arbitrale bedingen (art. 1021 Rv) als algemene voorwaarden (art. 6:232 BW) geldt dat deze ook 'stilzwijgend' kunnen worden overeengekomen.

5. Conclusie en aanbevelingen

In de bouwpraktijk is 'back-to-back' contracteren een gebruikelijke, zo niet, noodzakelijke praktijk. Vaak gebeurt dit met toepassing van een enkele 'back-to-back' clause waarin bepaald wordt dat in beginsel alle voorwaarden uit een hoofdaannemingsovereenkomst ook gelden voor een onderaannemingsovereenkomst. Op basis van hetgeen wij in dit artikel hebben besproken kan worden geconcludeerd dat een dergelijke clause mogelijk niet voldoet. De hoofdaannemer en de onderaannemer die 'back-to-back' willen contracteren doen er dan ook goed aan om daarmee niet te volstaan. Het heeft dan ook onze voorkeur om de (relevante delen uit de) hoofdaannemingsovereenkomst te vertalen of integraal te spiegelen.

Wij realiseren ons echter dat dit in de praktijk uit financiële en/of tijdsoverwegingen vaak niet haalbaar is; bijvoorbeeld omdat net een aanbesteding is gewonnen en er snel een onderaannemer gecontracteerd moet worden. In die gevallen wordt door partijen vaak toch gekozen voor het opnemen van een enkele 'back-to-back' clause in de onderaannemingsovereenkomst. Om het risico te beperken dat een dergelijke clause door een rechter of

29 Zie voetnoten 26 en 27.

de Raad wordt gepasseerd, geven wij hierna enkele aanbevelingen voor de praktijk.

Allereerst bevelen wij aan altijd uitdrukkelijk en specifiek te vermelden welke bepalingen uit de hoofdaannemingsovereenkomst 'back-to-back' worden doorgelegd. Wij stellen dan ook de volgende - relatief eenvoudige - aanpassing voor op het model van Bouwend Nederland:

Op de overeenkomst en overeenkomsten die daarvan een uitvloeisel mochten zijn, zijn de volgende voorwaarden van toepassing: [...]

□ De volgende voorwaarden waaronder de overeenkomst tussen aannemer en diens opdrachtgever is aangegaan, voor zover van die voorwaarden niet is afgeweken in deze overeenkomst van onderaanneming:

[relevante artikelen uit de hoofdaannemingsovereenkomst (dan wel de bijlagen)]

Wij raden dus aan in de 'back-to-back' clause de bepalingen uit de hoofdaannemingsovereenkomst (met inbegrip van de bijlagen) specifiek te vermelden. Volstaan zou kunnen worden met vermelding van alleen de artikelnummers; beter is wellicht wel het onderwerp te vermelden.

Daarbij zou de volgende niet uitputtende 'checklist' gebruikt kunnen worden:³⁰

- meer- en minderwerk;
- termijnverlenging;
- opleveringsprotocol;
- aansprakelijkheid na oplevering;
- onderhoudstermijn;
- garantielijst;
- kostenverhogende omstandigheden;
- opschorting en retentierecht;
- geschillenregeling.³¹

³⁰ Een aantal van de opgesomde zaken wordt overigens ofwel in de onderaannemingsovereenkomst zelf, dan wel in de toepasselijke algemene voorwaarden (AvvO 2016) separaat geregeld (waarbij soms weer wordt verwezen naar de hoofdaannemingsovereenkomst). Ter voorkoming van tegenstrijdigheden raden wij wel aan die bepalingen af te stemmen met hetgeen in de hoofdaannemingsovereenkomst is geregeld.

³¹ Zie over enkele aandachtspunten die hierbij spelen ook S. van den Boogaart & L.F. Dröge, 'Back-to-back contracteren bij DBFM(O)-projecten. Aandachtspunten, risico's en valkuilen bij het back-to-back doorleggen van rechten en verplichtingen', TBR 2015/97, p. 580 t/m 581.

Een aantal belangrijke onderwerpen wordt in deze opsomming niet genoemd, zoals de technische beschrijving van het werk zelf, de bouwtijd en andere contractuele deadlines, vertragsboetes en ontbinding/opzegging. Dit zijn onderwerpen die zich naar hun aard veelal niet (goed) lenen om één-op-één van toepassing te worden verklaard op de onderaannemingsovereenkomst. Bij de afspraken die de hoofdaannemer en de onderaannemer over deze onderwerpen maken, dienen zij zich niettemin rekenschap te geven van het feit dat 'back-to-back' wordt gecontracteerd en raden wij aan hiervoor wel een specifieke bepaling op te nemen.³²

Daarbij realiseren wij ons wel dat het risico bestaat dat bepaalde zaken over het hoofd worden gezien. Het is dan ook zaak om een goede 'checklist' op te stellen waarin alle belangrijke door te leggen verplichtingen staan opgesomd.

Verder is het zaak om de 'back-to-back' clause altijd in de onderaannemingsovereenkomst zelf op te nemen (en niet in algemene voorwaarden) en de hoofdaannemingsovereenkomst met bijbehorende documenten op tijd aan de onderaannemer te verstrekken (en dus zeker niet te volstaan met de technische beschrijving van het werk). Dat kan uiteraard ook eenvoudig via WeTransfer of via een website met een inlogcode.

Tot slot raden wij aan ervoor te waken dat de hoofd- en onderaannemingsovereenkomst inhoudelijk te veel van elkaar verschillen. In ieder geval spreekt het voor zich dat in de beide overeenkomsten niet met verschillende algemene voorwaarden gewerkt moet worden.

Kortom, de 'back-to-back' clause is zeker niet kop zijn retour, maar moet wel uitdrukkelijker en specifieker worden geformuleerd. ●

³² Zo zal de bouwtijd die de hoofdaannemer met de onderaannemer afsprekt in voorkomende gevallen korter moeten zijn dan de bouwtijd die de hoofdaannemer met de opdrachtgever afsprekt en zal ontbinding/opzegging van de hoofdaannemingsovereenkomst altijd moeten leiden tot beëindiging van de onderaannemingsovereenkomst.