

'tegenaanvalswapen' in handen. Vooral nog is er van afgezien om voor het incidenteel hoger beroep griffierecht te heffen.

Ingevolge artikel 8:110, tweede lid, Awb wordt het incidenteel hoger beroep ingesteld binnen zes weken nadat de hoger beroepsrechter de gronden van het hoger beroep aan de desbetreffende partij heeft verzonden. Het moment van verzending van de gronden door die rechter is derhalve constitutief voor de aanvang van de incidenteel hoger beroepstermijn. Het eventueel na de (verlengde) hoger beroepstermijn inkomen van (aanvullende) gronden, zal overigens niet opnieuw een termijn voor het indienen van incidenteel hoger beroep doen ontstaan. Het incidenteel hoger beroep kan vervolgens, zo zegt artikel 8:110, eerste lid, worden ingesteld door degene die ook hoger beroep had kunnen instellen. Wanneer een belanghebbende bijvoorbeeld in een principaal hoger beroep niet kan worden ontvangen op grond van artikel 6:13 Awb, kan hij evenmin incidenteel hoger beroep instellen. Het kan daarentegen wel zo zijn dat degene die niet verschoonbaar te laat principaal hoger beroep instelt, als incidenteel appelland wordt ontvangen. De vraag is of dat zonder meer het geval kan zijn. Moet bijvoorbeeld iemand met een evident parallel belang aan dat van de principaal appelland, de mogelijkheid hebben om een incidenteel appel in te stellen? Denk aan de situatie dat twee omwonenden in beroep zijn gekomen tegen een aan hun buurman verleende omgevingsvergunning. De ene omwonende komt van de uitspraak van de rechtbank in hoger beroep, de andere niet. Wat nu als laatstgenoemde omwonende binnen de termijn voor het incidenteel hoger beroep toch met een geschrift komt waarin gronden worden geformuleerd tegen de rechtbankuitspraak? Hoe verhoudt zich het aanmerken van dit geschrift als een ontvankelijk incidenteel hoger beroep tot de omstandigheid dat de wetgever het incidenteel hoger beroep presenteert als een 'tegenaanvalswapen'²⁶ Ik zou menen dat een dergelijke omwonende met een evident parallel belang aan dat van de indiener van het principaal hoger beroep, niet de mogelijk zou moeten worden geboden om (kosteloos) incidenteel hoger beroep in te stellen. Ik vind steun voor deze opvatting niet alleen in de gedachte dat het incidenteel appel een 'tegenaanvalswapen' behoort te zijn, maar ook in 8:110, tweede lid, Awb. Dat zegt dat het incidenteel hoger beroep wordt ingesteld binnen zes weken nadat de hogerberoepsrechter de gronden van het hoger beroep aan de desbetreffende partij heeft verzonden. Dit veronderstelt dat uitsluitend partijen (d.w.z. appelland en verweerder als partij van rechtswege, alsmede belanghebbenden die op grond van artikel

8:26 Awb als partij tot het geding zijn toegelaten) in de gelegenheid moeten worden gesteld om incidenteel hoger beroep in te stellen. In de rechtspraak is echter uitgemaakt dat een belanghebbende met een parallel belang aan dat van de appelland, niet ingevolge artikel 8:26 Awb als partij tot het geding wordt toegelaten. Uit artikel 8:110, tweede lid, Awb volgt vervolgens dat degene die niet als partij tot het geding wordt toegelaten, evenmin de gelegenheid krijgt om incidenteel appel in te stellen. Uiteindelijk zal de rechtspraak op termijn op dit punt - dat wil zeggen: ten aanzien van de vraag wat de aard is van het incidenteel hoger beroep in relatie tot het principaal appel - duidelijkheid moeten brengen.

Ten aanzien van de aard en het karakter van het incidenteel hoger beroep in relatie tot het principaal appel geeft artikel 8:111 Awb overigens wel reeds enige richting. Is eenmaal een incidenteel hoger beroep ingesteld, dan heeft de niet-ontvankelijkheid van het principaal hoger beroep geen gevolgen voor de ontvankelijkheid van het incidenteel hoger beroep (artikel 8:111, eerste lid, Awb). De intrekking van het principaal hoger beroep na aanvang van de termijn voor het instellen van incidenteel hoger beroep heeft evenmin gevolgen voor de ontvankelijkheid van het incidenteel hoger beroep (artikel 8:111, tweede lid, Awb).

8. Overgangsrecht

De Wet aanpassing bestuursprocesrecht is - behoudens de regeling voor het incidenteel hoger beroep - per 1 januari 2013 in werking getreden. Op bezwaar en beroep tegen een voor dat tijdstip bekend gemaakt besluit, blijft het recht van toepassing zoals dat gold voor inwerkingtreding van deze wet. Datzelfde geldt voor een hoger beroep tegen een voor 1 januari 2013 bekend gemaakte uitspraak. Is de uitspraak echter bekend gemaakt na 1 januari 2013 dan is in beginsel meteen het nieuwe regime van toepassing op een tegen die uitspraak ingesteld hoger beroep. Dat is alleen anders voor wat betreft de toepassing van het relativiteitsvereiste. Daarvoor geldt dat als artikel 8:69a Awb niet van toepassing is op het beroep, het artikel evenmin van toepassing is op het hoger beroep. Een andere opvatting zou tot het ongelukkige gevolg leiden dat de hoger beroepsrechter een door de rechtbank uitgesproken vernietiging zou moeten vernietigen als blijkt dat het door de rechtbank op zichzelf terecht geconstateerde gebrek is gelegen in schending van een rechtsregel die kennelijk niet beoogt het belang van appelland te beschermen. Dat, terwijl de rechtbank - gemeten naar het moment waarop zij uitspraak deed - geen verwijt valt te maken.

²⁶ Kamerstukken II 2009/10, 32 450, nr. 3, p. 24.

TBR 2013/39

Onderaanneming in Europa

Uitkomsten van een enquête in België, Engeland en Wales, Frankrijk, Duitsland, Italië, Nederland, Slowakije, Spanje en Zwitserland

Prof. mr. dr. M.A.B. Chao-Duivis¹

1. Inleiding

De Europese Vereniging voor Bouwrecht wijdde de jaarlijkse bijeenkomst in 2012 aan de positie van de onderaannemer. Ter voorbereiding op die bijeenkomst werd een enquête uitgezet, die beantwoord is door de in de titel genoemde leden van de vereniging.² In dit artikel wordt van die antwoorden verslag gedaan. De vragen zijn in het Engels opgenomen, zoals zij ook gesteld zijn. De antwoorden zijn samengevat. De volledige antwoorden tezamen met de documentatie, die ter gelegenheid van de voordrachten is verstrekt, is gepubliceerd in een syllabus te raadplegen in de bibliotheek van het Instituut voor Bouwrecht.³

De enquête bestond uit 4 thema's. De opzet van dit artikel is conform de opzet van de enquête. Een terminologische opmerking vooraf: met opdrachtgever wordt bedoeld de opdrachtgever van de aannemer en met aannemer wordt de hoofdaannemer bedoeld. Waar in het onderstaande landen ontbreken, komt dat doordat geen antwoord op een vraag is gegeven. Ook zijn enkele vragen niet opgenomen, omdat de antwoorden niet goed vergelijkbaar bleken. Met het oog op de gewenste lengte van dit artikel zijn niet

alle vragen en antwoorden opgenomen.⁴ De vragen hebben de nummers die zij in de enquête hadden.

2. Definitie en totstandkoming van de onderaannemingsovereenkomst

1.1 When to (re)qualify a contractual arrangement as a subcontract rather than a sales/supply or service agreement - or vice versa? Does it matter when an agreement is labelled subcontract: different scope and/or duration of warranty, distinct term for notification of defects, other? After all, is there a big difference when one acts as associate in a joint venture or as (back to back) subcontractor?

Naar Belgisch recht⁵ is er sprake van een onderaannemingsovereenkomst indien een aannemer een deel van de uitvoering van de verbintenissen die hij in het kader van een aannemingsovereenkomst op zich heeft genomen door een derde laat uitvoeren. Gezien de bescherming die de wet aan de onderaannemer biedt, is het onderscheid van de onderaannemingsovereenkomst ten opzichte van andere overeenkomsten van reëel belang. Het gaat hier met name om het bepaalde in art. 1798 BW (de recht-

¹ Monika Chao-Duivis is directeur van het Instituut voor Bouwrecht, hoogleraar bouwrecht aan de TU Delft en raadsheer-plaatsvervanger bij het Hof Den Haag.
² Ook vanuit de VS zijn antwoorden ingezonden, maar deze blijven buiten beschouwing mede omdat de situatie in dat land erg verschilt per staat.
³ De syllabus zal op de website van de Europese Vereniging voor Bouwrecht (www.escl.org) worden gepubliceerd.
⁴ Op enkele vragen was geen eenduidig antwoord gekomen en die zijn hier weggelaten.
⁵ Dit deel van de Belgische antwoorden op de enquête is van de hand van W. Goossens, Kwalificatie van de onderaannemingsovereenkomst, opgenomen in de syllabus en eerder gepubliceerd in: *Huur van diensten, aanneming van werk*, 2007, De Boeck en Larcier, Brussel, p. 215 e.v. Van dit artikel is een deel overgenomen in de syllabus; ik verwijs naar de paginnummers in de syllabus.
⁶ Het artikel luidt als volgt: Metselaars, timmerlieden, arbeiders, vaklui en onderaannemers gebezigd bij het oprichten van een gebouw of voor andere werken die bij aanneming zijn uitgevoerd, hebben tegen de bouwheer een rechtstreekse vordering ten belope van hetgeen deze aan de aannemer verschuldigd is op het ogenblik dat hun rechtstreekse vordering wordt ingesteld. De onderaannemer wordt als aannemer en de aannemer als bouwheer beschouwd ten opzichte van de eigen onderaannemers van de eerstgenoemde.

streekse vordering van de onderaannemer⁶), art. 20 lid 12 Hypotheekwet (voorrecht van de onderaannemer⁷), art. 1794 BW (opzeggingsbevoegdheid van de opdrachtgever⁸) en de afwezigheid van een rechtstreekse vordering tegen de onderaannemer.⁹

Het recht van Engeland en Wales kent geen bijzondere regeling van de positie van de onderaannemer.¹⁰ Deze als 'laissez-faire' gekarakteriseerde verhouding is enigszins gemitigeerd in de Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996 (HGCR Act).¹¹

Het Franse recht bevat een regeling van de onderaanneming in de wet op de onderaanneming (nr. 75-1334).¹² Er is sprake van onderaanneming indien een aannemer door middel van een 'onderovereenkomst' (een deel van) de uitvoering van diensten toevertrouwt aan een onderaannemer waarbij de aannemer aansprakelijk blijft.¹³ De onderaannemingsovereenkomst, net als de aannemingsovereenkomst, is een dienstenovereenkomst en geen koopovereenkomst. Aan de kwalificatie van onderaannemingsovereenkomst zijn veel juridische consequenties verbonden, waarbij met name de rechtstreekse actie van de onderaannemer op de opdrachtgever van de hoofdaannemer in het oog springt en de rechtstreekse betaling aan de onderaannemer door die opdrachtgever. Van belang is voorts dat op de relatie met de onderaannemer de bijzondere regeling van de aansprakelijkheid van de aannemer niet van toepassing is; de gewone aansprakelijkheidsregels zijn van toepassing.¹⁴

Het Duitse recht kent net als het Engelse recht geen afzonderlijke regeling van de onderaannemings-

overeenkomst; de regels inzake de aannemingsovereenkomst zijn gewoon van toepassing.¹⁵

Ook het Italiaanse Burgerlijk Wetboek is spaarzaam inzake de regeling van de onderaanneming.¹⁶ In artikel 1656 BW wordt bepaald dat zonder toestemming van de opdrachtgever het werk niet in onderaanneming kan worden gegeven, maar daar blijft het bij. In het antwoord op de gestelde vraag wordt de volgende definitie gegeven: samenwerking van de aannemer met een derde (de onderaannemer) om het werk dat de aannemer op zich nam uit te voeren, komend voor risico van de aannemer.¹⁷ De consequentie die aan het bepaalde in artikel 1656 BW wordt verbonden, is dat een overeenkomst gesloten zonder de instemming van de opdrachtgever nietig is. In de literatuur is dit echter wel een onderwerp van discussie, waarbij sommige schrijvers het standpunt innemen dat het ontbreken van de toestemming van de opdrachtgever niet leidt tot nietigheid van de onderaannemingsovereenkomst maar wel een grond voor beëindiging van die overeenkomst oplevert op basis van de wanprestatie in de hoofdovereenkomst.¹⁸

Het Nederlandse recht¹⁹ kent geen eigen regeling van de onderaannemingsovereenkomst; deze wordt gedekt door de bepalingen van de titel aanneming van werk, zie art. 7:750 BW e.v.

Het recht van de Slowaakse Republiek bevat geen regeling van de onderaannemingsovereenkomst, gesproken wordt van een onbenoemde overeenkomst. Het Burgerlijk Wetboek bevat wel een regeling van de aannemingsovereenkomst en in de praktijk is

7 Artikel 20 lid 12 Hypotheekwet luidt: Art. 20. (2102). De schuldvorderingen, op bepaalde roerende goederen bevoorrecht, zijn gedurende vijf jaar vanaf de datum van de factuur, de schuldvordering die de onderaannemer tegenover zijn medecontractant-aannemer heeft wegens werken die hij aan het gebouw van de bouwheer heeft uitgevoerd of laten uitvoeren, op de schuldvordering die deze medecontractant-aannemer wegens dezelfde aanneming heeft tegenover de bouwheer. De onderaannemer wordt als aannemer en de aannemer als bouwheer beschouwd ten opzichte van de eigen onderaannemers van de eerstgenoemde.

8 Deze bepaling is niet toegesneden op de onderaannemer, maar is algemeen geformuleerd: De opdrachtgever kan de aanneming tegen vaste prijs door zijn enkele wil verbreken, ook al is het werk reeds begonnen, mits hij de aannemer schadeloos stelt voor al zijn uitgaven, al zijn arbeid, en alles wat hij bij die aanneming had kunnen winnen.

9 Zie Goossens op. cit., p. 23.

10 De antwoorden zijn afkomstig van prof. A. Lavers, werkzaam bij at White & Case and visiting professor of Law at Oxford Brookes University en J. Paris, Contract Associate in the London office of White & Case en opgenomen in de syllabus vanaf p. 67.

11 Ibid., p. 67.

12 De antwoorden uit Frankrijk zijn van de hand van J. Sénéchal, Maitre de conférences HDR, Universiteit van Lille II.

13 Sénéchal, p. 79.

14 Zie artikel 1792 e.v. van het Franse BW voor de aansprakelijkheid van de aannemer en artikelen 1101 voor de gewone aansprakelijkheidsregels.

15 De Duitse reactie is geschreven door dr. B. Fuchs, associate professor bouwcontractenrecht aan de Bundeswehr Universiteit te München en advocaat te München en New York.

16 Het Italiaanse antwoord is afkomstig van R. Panetta, advocaat te Milaan en verbonden aan de Bocconi University in Milaan en G. Colombo, verbonden aan de Bocconi University in Milaan.

17 P. 95.

18 P. 95/96.

19 De antwoorden voor Nederland zijn gegeven door mr. F. Schaaf, advocaat bij Ekemans en Meijer te Den Haag en schrijver dezes.

deze regeling van toepassing op de overeenkomst met de onderaannemer.²⁰

In Spanje²¹ is de onderaannemingsovereenkomst een wettelijk erkende figuur.²² Het Spaanse burgerlijk recht wordt beheerst door contractsvrijheid en zolang geen inbreuk op de wet wordt gemaakt betreffende (wat ik vertaal als:) de openbare orde en goede zeden zijn partijen vrij. De vrijheid van de overheidsopdrachtgever is daarentegen wel beperkt. Inschrijvers moeten aangeven welk deel van de overeenkomst zij van plan zijn in onderaanneming te laten verrichten en wat voor waarde dat vertegenwoordigt. Ook moeten zij de naam of het profiel van de beoogde onderaannemer bekend maken. Voorts zijn inschrijvers verplicht de deskundigheid van de onderaannemer, die de rechtvaardiging vormt van zijn inschakeling, mee te delen aan de overheidsopdrachtgever. Dit alles moet schriftelijk en van te voren gebeuren. In het algemeen wordt nog opgemerkt, dat de aannemer altijd de uitdrukkelijke goedkeuring nodig heeft van de opdrachtgever wil hij een onderaannemer inschakelen.

Het Zwitserse recht past bij de meerderheid van de antwoorden: er is geen aparte regeling van de onderaannemingsovereenkomst; de gewone regels van de aannemingsovereenkomst zijn van toepassing.^{23/24}

1.3 Nominated subcontractors: are their risks, obligations, liabilities and/or rights less or more than ordinary subcontractors? How easy or difficult is it to substitute a nominated subcontractor (in case of force majeure, default, ...)?

In Engeland en Wales is er in principe geen verschil tussen de situatie dat er wel en geen onderaannemer is voorgeschreven. Maar op dit beginsel zijn wel uitzonderingen in de rechtspraak geformuleerd die terug te voeren zijn op de omstandigheden waaronder het voorschrijven van een onderaannemer tot stand kwam alsmede in verband met het feit dat de aannemer niet het recht had bezwaar te maken tegen een bepaalde onderaannemer.²⁵ Voorts is erkend in de rechtspraak dat de aannemer recht had op termijnverlenging en extra betaling in geval van

20 P. 111.

21 De antwoorden van Spanje werden nagezonden en bevinden zich als bijlage in de genoemde syllabus. Het antwoord besloeg iets meer dan 1 aviertje. Hierna wordt volstaan met te verwijzen naar slechts het Spaanse antwoord. De antwoorden zijn afkomstig van advocaten van Bufete Centro de Estudios Legales of Barcelona.

22 Naar wetsartikelen wordt overigens niet verwezen.

23 Het antwoord voor Slowakije is verzorgd door prof. J. F. Gajniak, verbonden aan de Universiteit van Bratislava en O. Kopšová, president van de Slowaakse Vereniging voor Bouwrecht.

24 Het Zwitserse antwoord is van RA P. Moebius en M. Anderegg (MLaw), beiden verbonden aan het Institute of Swiss and International Construction Law van de Universiteit van Fribourg.

25 Lavers en Paris, p. 68.

26 Lavers en Paris, p. 69.

27 Zie p. 80.

28 Fuchs, p. 88.

29 Ibid.

het vervangen van een voorgeschreven onderaannemer.²⁶

Het antwoord uit Frankrijk²⁷ gaat in het algemeen over onderaanneming, waardoor de indruk wordt gewekt, dat voor de voorgeschreven onderaannemer dezelfde regeling geldt als voor de niet voorgeschreven onderaannemer. In het antwoord wordt op de volgende punten van de - dwingendrechtelijke - regeling gewezen: de onderaannemer moet door de opdrachtgever worden goedgekeurd en dat geldt ook voor voorwaarden van de betaling. Het contract met de onderaannemer moet desgevraagd aan de opdrachtgever verstrekt worden. Bij overheidsopdrachtgevers komt daar nog bij, dat de aard en waarde van de opdracht bekend gemaakt wordt. Goedgekeurde onderaannemers van wie de betaling ook is goedgekeurd worden direct betaald door de opdrachtgever. In niet overheidscontracten wordt de onderaannemer ook betalingsbescherming geboden: blijft betaling door de aannemer uit, dan kan de onderaannemer zich een maand nadat hij de aannemer sommeerde tot betaling, wenden tot de opdrachtgever en om directe betaling vragen. Het bedrag waarvoor dat kan, is beperkt tot datgene wat gedaan is ten behoeve van de opdrachtgever en is anderzijds beperkt tot wat de opdrachtgever nog verschuldigd is aan de aannemer. Tot slot wordt er in het Franse antwoord op gewezen, dat de aannemer moet zorgen voor een garantie van zijn betalingsverplichting aan de onderaannemer door een erkende instelling.

Het Duitse recht kent ook geen bijzondere regels voor het geval er sprake is van een voorgeschreven onderaannemer.²⁸ De voorgeschreven onderaannemer heeft dezelfde rechten als de onderaannemer die niet is voorgeschreven.²⁹ De vraag in Duitsland is of er een bijzondere overeenkomst was tussen de aannemer en de onderaannemer en of het niet aangaan van een overeenkomst met de voorgeschreven onderaannemer een schending van die overeenkomst is of (wat vaker voorkomt) van de overeenkomst van de aannemer met de opdrachtgever. In dat laatste geval, aldus het antwoord t.a.p., is dat een beëindigingsgrond voor de opdrachtgever. Pleegt de onderaannemer wanprestatie dan kan daarin een reden gelegen zijn om het in strijd met

redelijkheid en billijkheid te achten dat de aannemer de overeenkomst met de onderaannemer moet voortzetten.³⁰

In het Nederlandse antwoord is verwezen naar de hier bekend veronderstelde par. 6 lid 27 UAV 2012 en par. 6 UAV-GC 2005.³¹ Het vervangen van een voorgeschreven onderaannemer in geval van overmacht of niet nakomen is aan de opdrachtgever. Verondersteld wordt dat in dit soort gevallen de aannemer zich zal melden bij de opdrachtgever en om aanwijzingen zal vragen.³²

In Slowakije is het niet gebruikelijk dat een onderaannemer wordt voorgeschreven.³³

In Zwitserland wordt veel gewerkt met de SIA 118 afkomstig van de Zwitserse vereniging van raadgevend ingenieurs en architecten. Volgens artikel 29 van deze voorwaarden is de aannemer alleen aansprakelijk voor de juiste aanstelling (*appointment*) en het toezicht op de voorgeschreven onderaannemer. De rechten en verplichtingen van de onderaannemer verschillen niet al naar gelang deze is voorgeschreven of niet. De aannemer heeft in het algemeen niet het recht de voorgeschreven onderaannemer te vervangen, maar het kan mogelijk in strijd zijn met redelijkheid en billijkheid indien bij voortdurende wanprestatie door de onderaannemer de aannemer desalniettemin aan deze gehouden wordt.³⁴

1.4 Any formal requirements for the formation of subcontracts in public tenders? What are the risks and pitfalls; any lessons learned?

In de volgende landen worden volgens de antwoorden geen formele eisen gesteld aan de totstandkoming van de onderaannemingsovereenkomst in het

geval van aanbestedingen: Engeland en Wales³⁵, Nederland³⁶ en Slowakije.³⁷

In Frankrijk moet de aannemer aan de opdrachtgever een indicatie geven van aard en de waarde van opdracht aan de onderaannemer.

In Duitsland mag alleen met onderaannemers worden gewerkt indien er toestemming is van de opdrachtgever, zie par. 4 onder 8, nr. 1 lid 2 van de VOB/B, welke algemene voorwaarden van toepassing zijn op bouwcontracten met publieke opdrachtgevers.³⁸

In Zwitserland kennen de 26 kantons alle hun eigen aanbestedingsregelingen, die onderling verschillen vertonen. Onder de federale wet bestaat er geen algemene regel die onderaanneming verbiedt, maar in individuele gevallen kan dit verboden worden.³⁹

3. Kwesties van betaling

2.1 Pay when paid clauses serve to delay the time of payment to the subcontractor. Pay if paid provisions shift the burden of non-payment to the subcontractor. Are this type of clauses allowed? What limits (should) apply? Differing payment terms in main and sub-contracts: are they allowed?

In het Belgische recht staan de al genoemde artikelen 1798 BW en 20 lid 12 Hypotheekwet centraal.⁴⁰ 'Pay when paid clauses' zijn in België toegestaan op voorwaarde dat zij niet strijdig zijn met de genoemde bepalingen. Artikel 1798 BW geeft de onderaannemer een rechtstreekse vordering voor betaling op de opdrachtgever. Deze loopt aldus geen risico inzake zijn betaling als gevolg van het feit dat er sprake is van onderaanneming.⁴¹ Het gaat hier om dwingend recht.⁴² Het recht van de onderaan-

nemer betaald te worden door de opdrachtgever is onderworpen aan de voorwaarde dat de onderaannemer een opeisbare aanspraak tot betaling heeft op de hoofdaannemer. Vertraging van de opeisbaarheid van de betaling als gevolg van de 'pay when paid' of 'pay if paid' clausules staat in de weg aan de directe actie op de opdrachtgever. Artikel 1798 van het Belgische BW biedt de onderaannemer alsdan geen soelaas.

Voor Engeland wordt het antwoord op deze vraag ten dele beheerst door de vraag of de overeenkomst valt onder de HGCR Act of niet. In het eerste geval wordt bepaald in artikel 113⁴³ dat de afspraak die onderwerp van deze vraag is, geen effect heeft tenzij er sprake is van insolventie. Buiten deze wet komt de Unfair Contract Terms Act 1977 in beeld, die er toe kan leiden dat op de bepaling geen beroep gedaan kan worden.⁴⁴ De bepaling is niet op zichzelf al onredelijk. Ook kan er geen beroep op gedaan worden, indien de reden dat niet betaald wordt, veroorzaakt wordt door de eigen wanprestatie.⁴⁵

In Frankrijk zijn dergelijke bepalingen niet verboden, mits niet in strijd met de artikelen 4 tot en met 10 van de wet op de onderaanneming (rechtstreekse betaling) noch met de artikelen 11 en 14 lid 1 van diezelfde wet (rechtstreekse vordering van de onderaannemer op de opdrachtgever).⁴⁶

Het Duitse recht verbiedt deze bepaling evenmin, maar ook hier komt bescherming in beeld door middel van de bescherming inzake algemene voorwaarden. Voorwaarde voor deze bescherming is dat de bepaling geen onderwerp van onderhandelingen is geweest.⁴⁷

Naar Italiaans recht is de voorwaarde van betalen wanneer betaald wordt, toelaatbaar.⁴⁸

Ook het Nederlandse antwoord luidt dat de voorwaarde toelaatbaar is. Daaraan wordt toegevoegd,

dat deze afspraak niet gebruikelijk is en dat onderaannemers doorgaans betaald worden conform de werkzaamheden.⁴⁹

Het Slowaakse recht staat niet in de weg aan deze afspraak.⁵⁰

Het Spaanse antwoord inzake de betalingen houdt in dat de onderaannemer de beloofde som betaald moet worden binnen 30 dagen na de goedkeuring van zijn factuur. Latere betaling geeft de onderaannemer aanspraak op rente en kostenvergoeding. Een langere betalingstermijn is niet verboden.

Voor Zwitserland geldt ook dat deze afspraak niet verboden is en zelfs voorkomt in algemene voorwaarden.⁵¹

2.2 Direct payment and direct claims: when is/ should it be mandatory/prohibited and upon what conditions? On what basis may this type of claims be made?

Gebruik maken van de rechtstreekse vordering kan naar Belgisch recht indien aan de volgende voorwaarden is voldaan: de vordering van de onderaannemer op de hoofdaannemer moet zeker en opeisbaar⁵² zijn, dat wil zeggen de vordering moet niet betwist worden noch onderworpen zijn aan een termijn of een voorwaarde.⁵³ Onderwerp van de directe vordering is niet alleen de hoofdsom maar ook de vorderingen inzake rente en schadebedingen.⁵⁴ Er gelden geen vormvereisten om de rechtstreekse vordering in te stellen.⁵⁵ Het faillissement van de hoofdaannemer blokkeert de rechtstreekse actie van de onderaannemer op de opdrachtgever wel.⁵⁶

Het uitgangspunt van het Engelse contractenrecht is dat contracten alleen tussen partijen werken en dat alleen als er een derdenbeding is er een rechtstreekse vordering kan zijn van een derde (in casu de onderaannemer) op de wederpartij van de wederpartij van de derde (de opdrachtgever in casu).⁵⁷

30 Ibid.

31 Zie p. 103 van de syllabus.

32 Ibid.

33 P. 112 syllabus.

34 P. 118 syllabus.

35 P. 69 syllabus.

36 Voor Nederland wordt wel verwezen naar artikel 49 lid 2 sub g en lid 3 BAO, alsmede artikel 2.20 ARW en artikel 141 van de (toen nog) Concept Aanbestedingswet. Het antwoord doet niet af aan het feit dat volgens de UAV 2012 toestemming vereist is om van een onderaannemer gebruik te maken (welke toestemming niet mag worden onthouden op onredelijke gronden).

37 Syllabus, p. 112.

38 Fuchs, p. 88.

39 Moebius en Anderegg, p. 118.

40 Deze en de nog komende vragen zijn voor België beantwoord door B. Sindic, advocaat te Liedekerke (België) en tevens werkzaam het Centre de Droit Prive de l'UCL en O. Jauniaux, maître de conférences invité UCL en advocaat bij kantoor Decode te Wavre, België. De Belgische antwoorden zijn van alle antwoorden het meest uitgebreid.

41 In hun antwoord gaan de auteurs in op de vraag hoe het zit met het recht van de directe actie ingeval er sprake is van een onder-aannemers. Dit is een omstreden kwestie in België, waarover het Hof van Beroep in Luik op 2 februari 2012 een prejudiciële vraag heeft gesteld aan het Grondwettelijk Hof. Het antwoord d.d. 2 februari 2012, Rolnummer 5116, Arrest nr. 12/2012, luidt dat de bepaling voor tweeërlei uitleg vatbaar is. In de uitleg dat artikel 1798 BW de directe actie alleen toekent aan de eerste en de tweede generatie is er sprake van schending van de Grondwet; in de uitleg dat dit recht toekomt aan alle onderaannemers is er van die schending geen sprake. van 2 februari 2012

42 Jauniaux en Sindic, p. 41.

43 Dit artikel luidt: 1) A provision making payment under a construction contract conditional on the payer receiving payment from a third person is ineffective, unless that third person, or any other person payment by whom is under the contract (directly or indirectly) a condition of payment by that third person, is insolvent.

44 Lavers en Paris, p. 69.

45 Lavers en Paris, p. 70.

46 Sénéchal, p. 81.

47 Fuchs, p. 89.

48 Syllabus, p. 96.

49 Schaaf en Chao-Duivis, p. 104.

50 Syllabus, p. 112.

51 Moebius en Ardenegg, p. 118.

52 Niet vereist is dat de vordering van de hoofdaannemer op de opdrachtgever opeisbaar is. De actie kan ingesteld worden ook al is het bouwwerk nog niet opgeleverd.

53 Jauniaux en Sindic, p. 38.

54 Jauniaux en Sindic, p. 39.

55 Aldus werd uitgemaakt door het Hof van Cassatie bij zijn uitspraak van 25 maart 2005, Jauniaux en Sindic, p. 40.

56 Jauniaux en Sindic, p. 42.

57 Lavers en Paris, p. 70.

Een opdrachtgever kan mogelijk een actie uit onrechtmatige daad op een onderaannemer hebben indien er sprake is van letselschade of schade aan eigendom (niet zijnde eigendom dat het resultaat is van de nalatigheid).⁵⁸ Wettelijke bepalingen inzake directe betalingen aan de onderaannemer zijn er in Engeland en Wales niet. Wel kennen sommige algemene voorwaarden een dergelijke regeling, zoals artikel 35.13.5 van de JCT 1998 Standard Form of Building Contract.⁵⁹ Tot slot wordt opgemerkt dat een opdrachtgever die direct betaalt aan de onderaannemer nog steeds betaling voor dezelfde werkzaamheden verschuldigd blijft aan de aannemer.⁶⁰

Het Franse recht bepaalt bij overeenkomsten waarbij de overheid partij is, dat als een onderaannemer door de opdrachtgever is aanvaard, waarbij ook de voorwaarden van betaling en de andere voorwaarden zijn geaccepteerd door de opdrachtgever, hij direct betaald wordt door de opdrachtgever.⁶¹ In andere gevallen heeft de onderaannemer die niet betaald wordt door de aannemer het recht de opdrachtgever direct aan te spreken binnen een maand nadat hij aanspraak op betaling jegens de aannemer (met kopie aan de opdrachtgever) heeft gemaakt.⁶² Onderwerp van de betaling is datgene wat in de overeenkomst is bepaald en op voorwaarde dat de diensten aan de opdrachtgever zijn verleend.⁶³ De omvang van wat de opdrachtgever moet betalen, is beperkt door hetgeen hij nog aan de aannemer moet betalen.⁶⁴ Het gaat hier om dwingend recht.⁶⁵ Tussen de opdrachtgever en de onderaannemer bestaat geen contractuele band; wel is een actie uit onrechtmatige daad mogelijk.⁶⁶

Het Duitse Burgerlijk Wetboek regelt omtrent directe betaling aan de onderaannemer niets. De VOB/B kent in par. 16 lid 6 wel de mogelijkheid dat de onderaannemer direct wordt betaald door de opdrachtgever. Voorwaarde daarvoor is o.a. dat de onderaannemer zijn werkzaamheden gestaakt heeft als gevolg van niet betaling door de aannemer. De faillissementsregelgeving kan ertoe leiden dat dit

58 Ibid.

59 Ibid.

60 Lavers en Paris, p. 71.

61 Sénéchal, p. 81.

62 Ibid.

63 Sénéchal, p. 82.

64 Ibid.

65 Ibid.

66 Ibid.

67 Fuchs, p. 89.

68 Syllabus, p. 96.

69 Schaaf en Chao-Duivis, p. 104.

70 Syllabus, p. 112.

71 Het Spaanse antwoord p. 2.

72 Moebius en Anderegg, p. 119.

73 Lavers en Paris, p. 71.

soort betalingen teruggevorderd worden door de curator.⁶⁷

De Italiaanse wet 192/1998 bepaalt in artikel 3 lid 2 dat de opdrachtgever de onderaannemer ('sub-supplier') binnen 60 dagen na voltooiing van zijn verplichtingen moet betalen.⁶⁸

Wat Nederland betreft, is artikel 3:285 BW van belang, dat de (onder)aannemer die zelf werkzaamheden verrichtte een voorrecht geeft op de zaak waaraan hij werkte, voor het geval zijn opdrachtgever (in casu dus de aannemer) tekortschiet in de betaling voor het werk. Een directe vordering uit hoofde van onrechtmatige daad is mogelijk. Begin 2012 heeft de Hoge Raad een uitspraak gedaan inzake een vordering van een opdrachtgever op een onderaannemer (20 januari 2012, LJN: BT7496). Niet ondenkbaar is dat een omgekeerde actie ingesteld wordt.⁶⁹

Het Slowaakse antwoord op deze vraag luidt, dat directe betalingen aan onderaannemers niet gebruikelijk zijn, maar niet ondenkbaar. De wet staat er niet aan in de weg.⁷⁰

Onderaannemers hebben naar Spaans recht nooit een actie op de opdrachtgever.⁷¹

In Zwitserland komt dit soort afspraken zowel gestandaardiseerd (in het KBOB Werkverdrag dat door aanbestedende diensten wordt gebruikt) als in individuele contracten voor. Opdrachtgevers staan soms op dit soort betalingen als stimulans dat de onderaannemer zijn verplichtingen nakomt.⁷²

2.4 Set-off or compensation of claims on one job with dues on other jobs: is it allowed?

Naar Engels recht zijn verrekeningsbepalingen toegestaan. Wel is vereist dat er sprake is van samenhang van de overeenkomsten waaruit de vorderingen voortvloeien, tenzij anders overeengekomen.⁷³

Voor Frankrijk luidt het antwoord ook positief, dit is geregeld in artikel 1289 e.v. van het Burgerlijk Wetboek.⁷⁴ Hetzelfde geldt voor België.

Hetzelfde geldt voor Duitsland, waar artikel 387 BGB als eis stelt dat de vorderingen wederkerig zijn en van een gelijke aard.⁷⁵

Het Nederlandse antwoord, ook bevestigend, is in artikel 6:127 BW gecodificeerd.

Ook in Slowakije is verrekening toegestaan, zie sectie 580 en 358 e.v. van het Burgerlijk Wetboek en artikel 358 van het Wetboek van Koophandel ('Commercial Code').⁷⁶

De mogelijkheid tot verrekening onder de voorwaarden van onder meer wederkerigheid en vergelijkbaarheid bestaat eveneens in het Zwitserse recht.⁷⁷

4. Transparency/Back to back

3.1 Back to back application of the main contract program, (delay) penalties, caps on (delay) penalties and deductibles for claims: how valid is this concept? May judges reduce the penalties and/or caps pro rata of the value of a subcontract?

Het Belgische recht gaat uit van het beginsel dat contracten tussen partijen werken en dat de overeenkomst tussen opdrachtgever en aannemer en de laatste met de onderaannemer op zichzelf staande contracten zijn.⁷⁸ Dat wil niet zeggen dat de onderaannemer niets met de inhoud van de overeenkomst van de aannemer met de opdrachtgever te maken heeft. Het is mogelijk, ex artikel 1150 van het Belgische BW⁷⁹, dat de onderaannemer schadeplichtig is jegens de aannemer indien in de hoofdaannemingsovereenkomst bepalingen omtrent vertraging/boete zijn opgenomen, die weliswaar niet in de onderaannemingsovereenkomst zijn opgenomen, maar welke bepalingen wel actueel zijn geworden door wanprestatie van de onderaannemer.⁸⁰ Mati-

74 Sénéchal, p. 82.

75 Fuchs, p. 90.

76 Syllabus, p. 119.

77 Moebius en Anderegg, p. 119.

78 Dit deel van de Belgische antwoorden is afkomstig van L. Imbrechts, bedrijfsjurist te te Aalst, p. 45.

79 Dit artikel luidt als volgt: De schuldenaar is slechts gehouden tot vergoeding van de schade die was voorzien of die men heeft kunnen voorzien ten tijde van het aangaan van het contract, wanneer het niet uitvoeren van de verbintenis niet door zijn opzet is veroorzaakt.

80 Ibid.

81 Ibid.

82 Lavers en Paris, p. 72.

83 Ibid.

84 Sénéchal, p. 82.

85 Ibid.

86 Fuchs, p. 90.

87 Syllabus, p. 96.

88 Ibid.

ging is mogelijk naar Belgisch recht, maar alleen bij een aanzienlijke overschrijding van de echt geleden schade.⁸¹

Het Engelse recht staat boetebedingen toe; de opdrachtgever hoeft niet te bewijzen wat zijn echte schade is. Afgesproken kan worden dat er een grens is aan de verschuldigde boete. Voorts kan afgesproken worden dat de verschuldigde boete het enige is dat de opdrachtgever kan vorderen.⁸² Boetes worden door de Engelse rechter niet gematigd/beperkt. Gaat het bij deze bepalingen evenwel om een boete zonder het doel dat er compensatie van enig verlies plaats vindt, dan is een dergelijke boete niet af te dwingen.⁸³

Naar Frans recht gaat het om twee verschillende en op zichzelf staande overeenkomsten met een mogelijk eigen, verschillende inhoud.⁸⁴ Artikel 1152 Frans Burgerlijk Wetboek geeft de rechter de bevoegdheid de boete te matigen of te verhogen; hij mag dat ook ambtshalve doen wanneer de boete excessief hoog of 'belachelijk' laag is.⁸⁵ Deze bevoegdheid is van dwingendrechtelijke aard.

Het Duitse recht ziet beide overeenkomsten eveneens als op zichzelf staand.⁸⁶ Beperkingen van wat toelaatbaar is betreffende de hoogte van de boete zijn ook in Duitsland bekend: op basis van de rechtspraak van de afgelopen 20 jaar is de grens 10% van de aannemingsom; 5% is gebruikelijk. De wettelijke basis voor boetes wordt gevormd door artikel 339 BGB en artikel 343 bevat de bevoegdheid toegerekend aan de rechter om zo nodig te matigen.

In Italië zijn back to back voorwaarden veel voorkomend.⁸⁷ Door middel van een algemene verwijzing wordt de onderaannemingsovereenkomst afhankelijk van de aannemingsovereenkomst, waardoor het eerste contract 'transparant' wordt genoemd.⁸⁸

Naar Nederlands recht zijn back to back voorwaarden toegestaan; uitgangspunt is wederom dat de

beide contracten op zich zelf staande contracten zijn.⁸⁹ Onder strikte voorwaarden biedt artikel 6:94 BW de mogelijkheid boetes te matigen.⁹⁰

Het recht van Slowakije biedt in artikel 301 van het Wetboek van Koophandel (*Commercial Code*) ook de mogelijkheid een disproportionele boete te matigen.⁹¹

Het Zwitserse recht erkent het back to back concept eveneens.⁹² Wat betreft de matigingsmogelijkheid: ook die is in het Burgerlijk Wetboek aan de rechter toegekend, zie artikel 163 al. 3 CO.

3.2 Is the Main Contractor entitled to enforce measures upon a subcontractor when he is not or not completely backed by the client, his architect or the engineer? Is your answer different when the subcontract provides that the main contractor mutatis mutandis shall have the same powers as the client under the main contract?

Aangezien beide contracten onafhankelijk van elkaar zijn, is het de aannemer toegestaan naar Belgisch recht om de onderaannemer instructies op te leggen.⁹³ In de aannemingsovereenkomst kan anders overeengekomen zijn.⁹⁴

Het managen van het werk van de onderaannemer is de verantwoordelijkheid van de aannemer; in de aannemingsovereenkomst wordt het werk van de aannemer gecontroleerd door de 'architect/engineer' die geen rol heeft in de onderaannemingsovereenkomst, aldus het antwoord voor Engeland en Wales.⁹⁵

In het Franse antwoord wordt volstaan met de verwijzing naar het onderling onafhankelijke karakter van beide overeenkomsten.⁹⁶

Het Duitse antwoord draait ook om het feit dat de beide overeenkomsten van elkaar onafhankelijk zijn.⁹⁷ Mocht de aannemer in de onderaannemingsovereenkomst rechten zijn toegekend die in de

aannemingsovereenkomst aan de opdrachtgever zijn toegekend, dan is denkbaar, afhankelijk van hoe de overeenkomst te interpreteren, dat de onderaannemer kan betogen dat deze voorwaarde onredelijk (*unconscionable*) is.⁹⁸

Het Nederlandse antwoord draait eveneens om het feit dat beide overeenkomsten onafhankelijk van elkaar zijn.⁹⁹ Voorts wordt opgemerkt, dat de opdrachtgever geen rechten zijn toegekend in de relatie tussen aannemer en onderaannemer.¹⁰⁰

Het opleggen van instructies van de opdrachtgever aan de onderaannemer is in Slowakije niet ongevoel, maar alleen mogelijk, vanwege het onafhankelijke karakter van beide overeenkomsten, indien dat wordt overeengekomen in de onderaannemingsovereenkomst.¹⁰¹

Hetzelfde antwoord leest men voor het Zwitserse recht: beide contracten zijn onafhankelijk van elkaar. De aannemer is opdrachtgever 'in his own right' en oefent zijn rechten uit ongeacht de inhoud van de aannemingsovereenkomst.¹⁰²

3.3 May the Main Contractor apply different satisfaction criteria than the client? Is the answer different according to the scope of the contract: pure construction or design & build?

In de Belgische rechtspraak is het voorgekomen, dat het uitgangspunt van de onafhankelijkheid van de beide overeenkomsten niet werd gerespecteerd.¹⁰³ Het ging om het volgende: in een onderaannemingsovereenkomst zijn de specificaties veel gedetailleerder beschreven dan in de aannemingsovereenkomst. De onderaannemer schiet te kort zowel in het zicht van de eigen overeenkomst als in het zicht van de aannemingsovereenkomst. Na herstel door de onderaannemer accepteert de opdrachtgever het werk. De rechters oordelen nu dat de aannemer geen schade heeft en stonden niet toe dat deze een deel van de betaling aan de onderaannemer ophield.¹⁰⁴ Wat betreft een ontwerp en uitvoeringsovereenkomst

89 Schaaf en Chao-Duivis, p. 105.

90 Ibid.

91 Syllabus, p. 113.

92 Moebius en Anderegg, p. 119.

93 Imbrechts, p. 46.

94 Ibid.

95 Lavers and Paris, p. 72.

96 Sénéchal, p. 82.

97 Fuchs, p. 90/91.

98 Fuchs, p. 91.

99 Schaaf en Chao-Duivis, p. 106.

100 Ibid.

101 Syllabus, p. 113.

102 Moebius en Anderegg, p. 120.

103 Imbrechts, p. 46.

104 Ibid.

met de onderaannemer: de aannemer zal zich terughoudend moeten opstellen, omdat anders ter discussie komt te staan dat de ontwerpverantwoordelijkheid aan de onderaannemer is overgedragen.¹⁰⁵

Het recht van Engeland¹⁰⁶, Frankrijk¹⁰⁷, Duitsland¹⁰⁸, Nederland¹⁰⁹, Slowakije¹¹⁰ en in Zwitserland¹¹¹ staat niet in de weg om in beide overeenkomsten verschillende afspraken op te nemen.

5. Dispute Resolution

4.1 Duties of the subcontractor: May the subcontractor always be considered a specialist? How about result /fit for purpose obligations that a specialist has hard to accept as subcontractor (e.g. durability performance indicators), (...)

Het Belgische recht bevat geen definitie van onderaanneming en er is geen regel die zegt, dat de onderaannemer automatisch specialist is.¹¹² Ook hier komt het onafhankelijke karakter van de beide overeenkomsten om de hoek kijken.¹¹³ De rechter beoordeelt de verplichtingen van de onderaannemer als op zich zelf staande. Of de onderaannemer al dan niet als een specialist beschouwd moet worden, is o.a. afhankelijk van de aard van zijn werkzaamheden en of hij zich als specialist presenteerde.

Naar Duits recht worden onderaannemers vaak als specialist gezien. Om die reden worden ze ook vaak ingeschakeld, zij het dat ze ook ingeschakeld worden in verband met capaciteit.¹¹⁴

Naar het recht van Engeland en Wales wordt de onderaannemer niet altijd beschouwd als specialist.¹¹⁵ Onder omstandigheden kan op de onderaannemer een verplichting om 'fit for purpose' op te leveren, dit hangt af van de interpretatie van de omstandig-

heden. Bijvoorbeeld als de aannemer bekend maakt aan de onderaannemer het bijzondere doel van het werk en de aannemer vertrouwd op de kennis/kunde (*skill*) van de onderaannemer.¹¹⁶ Voorts staat de onderaannemer in voor het 'fit for purpose' zijn van de door hem te leveren materialen, tenzij anders is overeengekomen of uit de omstandigheden iets anders volgt.¹¹⁷

Naar Frans recht wordt de onderaannemer in het algemeen beschouwd als specialist en wordt zijn verbintenis als een resultaatsverbintenis gekwalificeerd; voorts is hij gehouden aan informatieverplichtingen en medewerkingsverplichtingen.¹¹⁸

Het feit dat onderaannemers vaak verondersteld worden specialist te zijn, is voor Duitse aannemers veelal de reden om hen in te schakelen. Inschakeling van onderaannemers gebeurt evenwel ook om redenen van capaciteit.¹¹⁹ Een vergelijkbaar antwoord wordt door Zwitserland gegeven.¹²⁰

Het antwoord voor Nederland houdt in dat het er van afhangt hoe de onderaannemer zich zelf presenteerde. Voorts wordt opgemerkt dat als de onderaannemer een garantie geeft, er op gelet moet worden dat deze overeenkomt met de garantie die de aannemer heeft afgegeven.¹²¹

Het grootste probleem in Slowakije wordt niet gevormd door de expertise van de bouwers, maar door het bewust schenden van technische parameters om geld te besparen, mogelijk door de lakse houding van toezichhouders.¹²² De onderaannemingsovereenkomst wordt naar Slowaaks recht beheerst door dezelfde regelgeving als die geldt voor de aannemingsovereenkomst: 'The tolerance for failure to comply with the legal conditions is zero.'¹²³

105 Ibid.

106 Lavers en Paris, p. 73.

107 Sénéchal, p. 83.

108 Fuchs, p. 91, wel moeten beide contracten voldoen aan de standaard van 'good practice'.

109 Schaaf en Chao-Duivis, p. 106.

110 Syllabus, p. 113; dwingend recht moet altijd in acht genomen worden.

111 Moebius en Anderegg, p. 120.

112 Dit deel van de antwoorden voor België is beantwoord door , p. 47.

113 Syllabus, p. 48.

114 Fuchs, p. 92.

115 Lavers en Paris, p. 73.

116 Ibid.

117 Ibid.

118 Sénéchal, p. 83.

119 Fuchs, p. 91.

120 Moebius en Anderegg, p. 120.

121 Schaaf en Chao-Duivis, p. 106.

122 Syllabus, p. 114.

123 Ibid.

4.2 What is the impact of the client decision/approval/disapproval/position on (the resolution of) disputes between the main contractor and the subcontractor. Res inter alios acta or not?

Het recht van België¹²⁴, Engeland en Wales¹²⁵, Frankrijk¹²⁶, Duitsland¹²⁷, Italië¹²⁸, Nederland¹²⁹, Slowakije¹³⁰ en Zwitserland¹³¹ ziet de contracten als onafhankelijk van elkaar en er is dan ook geen doorwerking van een beslissing van de opdrachtgever aangaande geschilbeslechting in de onderaannemingsovereenkomst.

4.3 The duty of the main contractor to defend the interests, claims and defences of the subcontractor: any limits, conditions, ...?

Er is geen verplichting rustend op de aannemer om de belangen van de onderaannemer te verdedigen in de relatie met de opdrachtgever in België¹³², Engeland en Wales¹³³, Frankrijk¹³⁴, Nederland¹³⁵, Slowakije¹³⁶ noch in Zwitserland.¹³⁷

In Duitsland bestaat ook geen algemene verplichting zoals in de vraag beschreven, maar artikel 241 lid 2 BGB houdt wel de verplichting in, dat partijen bij een overeenkomst met elkaars belangen rekening moeten houden afhankelijk van de inhoud van de overeenkomst. Dit kan ertoe leiden dat de aannemer gehouden is de belangen van de onderaannemer te verdedigen. Ook is de aannemer verplicht de schade, mogelijk veroorzaakt door de onderaannemer, te beperken.¹³⁸

124 Syllabus, p. 49.

125 Lavers en Paris, p. 74.

126 Sénéchal, p. 83.

127 Fuchs, p. 91.

128 Syllabus, p. 97.

129 Schaaf en Chao-Duivis, p. 106.

130 Syllabus, p. 114.

131 Moebius en Anderegg, p. 120.

132 Syllabus, p. 51.

133 Lavers en Paris, p. 74 onder de aantekening, dat dit wel afhankelijk is van wat partijen hebben afgesproken.

134 Sénéchal, p. 83. Zij merkt op dat de aannemer wel kan betogen in de relatie met de opdrachtgever dat deze geen schade heeft geleden.

135 Schaaf en Chao-Duivis, p. 106, daarbij opmerkend dat hen geen rechtspraak bekend is.

136 Syllabus, p. 114. Opgemerkt wordt dat een dergelijke wettelijke verplichting de positie van de onderaannemer zou versterken.

137 Moebius en Anderegg, p. 121.

138 Fuchs, p. 92.

139 Syllabus, p. 52.

140 Lavers en Paris, p. 74.

141 Fuchs, p. 92.

142 Sénéchal, p. 83.

143 Syllabus, p. 97.

144 Schaaf en Chao-Duivis, p. 107.

145 Moebius en Anderegg, p. 121, opgemerkt wordt dat onderaannemers ook gedwongen kunnen worden om deel te nemen aan een geschil. Hij doet niet als partij maar als 'intervenient'; de uitkomst van het geschil waarbij hij intervenueert, geldt ook jegens hem.

146 Syllabus, p. 114, als onderdeel van het antwoord op vraag 4.2.

147 Syllabus, p. 114, antwoord op vraag 4.4.

4.4 Joining subcontractors in dispute adjudication, arbitration or court (or administrative) procedures between the client and the main contractor: when/when not, risks, pitfalls, etc.

In België¹³⁹, Engeland¹⁴⁰, Duitsland¹⁴¹, Frankrijk¹⁴², Italië¹⁴³, Nederland¹⁴⁴ en in Zwitserland¹⁴⁵ wordt een geschil tussen een opdrachtgever en een aannemer gezien als een op zichzelf staand geschil, waarbij het mogelijk is dat de onderaannemer zich voegt of tussenkomt. In België is het niet mogelijk om de onderaannemer te dwingen mee te procederen in een arbitrale procedure, maar dat is wel mogelijk in een procedure bij de overheidsrechter.

In Slowakije zijn onderaannemers geen partij bij geschillen tussen de opdrachtgever en de aannemer en het is ongebruikelijk dat zij daarbij betrokken zijn. Het is aan de opdrachtgever als klagende partij om de onderaannemer in een geschil te betrekken.¹⁴⁶ Geschillen tussen een opdrachtgever en een aannemer zijn soms een 'prejudicial answer' in een geschil tussen de aannemer en de onderaannemer.¹⁴⁷

6. Evaluatie

De antwoorden overziend, springt onmiddellijk in het oog dat er een tweedeling is in de positie van de onderaannemer in enerzijds België en Frankrijk en anderzijds de andere landen. De onderaannemer heeft in België en Frankrijk de mogelijkheid in bepaalde situaties de opdrachtgever direct aan te spreken, die in de andere landen ontbreekt. Dat versterkt de positie van de onderaannemer, maar

zonder complicaties is die bescherming in met name België niet.

Opvallend is voorts dat in alle landen het beginsel dat overeenkomsten alleen tussen partijen werken voorop staat: de aannemingsovereenkomst en de onderaannemingsovereenkomst zijn twee afzonderlijke overeenkomsten. Dit uitgangspunt beheerst de meerderheid van de antwoorden ook die aangaande de geschillenregeling.

Wil er sprake zijn van enige doorwerking of van een directe vordering van de onderaannemer op de opdrachtgever of vice versa dan moet er als het ware iets aan de hand zijn. Dat kan dan zijn dat er een wettelijke regeling is, zoals in België en Frankrijk, of dat er een wettelijke bepaling is, die inhoudt dat met elkaars gerechtvaardigde belangen rekening gehouden moet worden, zoals in Duitsland het geval is. Dat de overeenkomsten toch niet zo los staan van elkaar als het uitgangspunt van de hoofdregel op het eerste gezicht doet bevroeden, is ook in Nederland onlangs bevestigd in de uitspraak van de Hoge Raad van 20 januari 2012, LJN: BT7496.¹⁴⁸

De positie van de voorgeschreven onderaannemer lijkt in Nederland het meest principieel geregeld te zijn.

7. Verhouding tot de Draft Common Frame of Reference

Tot slot een enkel woord over de verhouding van het gehouden onderzoek met de op instigatie van de Europese Commissie tot stand gekomen Draft Common Frame of Reference.¹⁴⁹ Deze Draft houdt een soort gemeenschappelijk referentiekader van het Europees verbintenissen- en overeenkomstenrecht in.¹⁵⁰ Op verschillende plaatsen in dat document wordt aan de positie van de onderaannemer aandacht besteed in het kader van de verschillende bepalingen en ook expliciet in artikel IV.C.-2:104:

(1) The service provider may subcontract the performance of the service in whole or in part without the client's consent, unless personal performance is required by the contract.

(2) Any subcontractor so engaged by the service

provider must be of adequate competence.

(3) The service provider must ensure that any tools and materials used for the performance of the service are in conformity with the contract and the applicable statutory rules, and fit to achieve the particular purpose for which they are to be used.

(4) In so far as subcontractors are nominated by the client or tools and materials are provided by the client, the responsibility of the service provider is governed by IV.C.-2:107 (Directions of the client) and IV.C.-2:108 (Contractual obligation of the service provider to warn).

Artikel 2:107 lid 2 luidt als volgt:

(2) If non-performance of one or more of the obligations of the service provider under IV.C.-2:105 (Obligation of skill and care) or IV.C.-2:106 (Obligation to achieve result) is the consequence of following a direction which the service provider is obliged to follow under paragraph (1), the service provider is not liable under those Articles, provided that the client was duly warned under IV.C.-2:108 (Contractual obligation of the service provider to warn).

In de Principles of European Law, Service Contracts¹⁵¹ is alleen aandacht besteed aan het recht van de dienstverlener om werk in onderaanneming te geven. Zie artikel 1:106, welk recht beperkt is indien de overeenkomst nu juist door een bepaalde persoon moet worden uitgevoerd. Voorts wordt in lid 2 bepaald, dat de onderaannemer van voldoende kwaliteit moet zijn.

Bekijkt men naast de uitkomsten van de enquête, waarvan hier verslag is gedaan, de twee andere Europese onderzoeken, dan kan geconcludeerd worden dat de positie van de onderaanneming niet uitputtend onderzocht is in Europa. Dat geldt voor de vraag of de onderaannemingsovereenkomst onderwerp van een algemene (Europese) regeling zou moeten zijn¹⁵² alsmede voor de vraag wat dan de inhoud van die regeling zou moeten zijn. Die vraag is niet makkelijk te beantwoorden zonder nader onderzoek. De mate van overeenstemming inzake het onafhankelijke karakter van de aannemingsovereenkomst en de onderaannemingsovereenkomst zou wel eens een argument kunnen zijn om de onderaannemingsovereenkomst niet nader

148 Waarover uitgebreid, P. Memelink en R.D. Lubach, De wanpresterende onderaannemer: verplicht rekening houden met de belangen van de opdrachtgever? Enkele opmerkingen naar aanleiding van HR 20 januari 2012, LJN: BT7496 (*Wiertz/Visseren*). *TBR* 2012, p. 681.

149 Zie over deze ontwikkelingen o.a. S. van Gulijk, De Draft Common Frame of Reference, een korte introductie, *Ars Aequi* 2009, p. 374 e.v.

150 Het opstellen van een Common Frame of Reference (CFR) voor het contractenrecht was één van de voorstellen die zijn gedaan in het kader van het Action Plan on a More Coherent European Contract Law uit 2003, Com 2003, 68. De Draft Common Frame of Reference is via het internet gemakkelijk te vinden.

151 Deze publicatie is tot stand gekomen onder redactie van M. Barendrecht, C. Jansen, M. Loos, A. Pinna, R. Cascão en S. van Gulijk, 2007, Sellier en staat los van de Europese Unie.

152 Tenslotte gebeurt er in Europa op het gebied van het privaatrecht na het verschijnen van de Draft niet veel meer.

te regelen. Maar dit argument kan ook gebruikt worden om wel tot harmonisatie te komen. De verschillen zijn kennelijk niet zo groot dat zij in de weg aan harmonisatie staan. Hier kan dan weer tegenin gebracht worden of harmonisatie van de positie van de onderaannemer Europees gezien echt nodig is. Tot nu toe lijkt het erop dat het een gemeenschap-

pelijk Europees privaatrecht maar zeer moeizaam van de grond komt. Wellicht is het al mooi om wat de onderaannemingsovereenkomst betreft eerst eens een grondig beeld van de regeling in de Europese lidstaten te krijgen.¹⁵³

153 Verschillende relevante onderzoeken zijn er wel al geweest, zie bijvoorbeeld M. Enk, *De positie van de hoofdaannemer in Europees perspectief*, uitgeven door RRBouw, Zoetermeer, 1995; *EU SMEs and subcontracting, Final report*, 2009, afkomstig van EIM Business & Policy Research (the Netherlands) and Ikei Research and Consultancy (Spain) in samenwerking met European Network for Social and Economic Research (ENSR) (SME staat voor small and medium sized enterprises).