

AANBESTEDEN

Back-to-back-contracteren: het blijft opletten

Back-to-back-contracten worden met enige regelmaat gesloten, of althans men meent een dergelijk contract te hebben gesloten. In die veronderstelling stelt menig (hoofd)aanneemster zich op het standpunt pas tot betaling aan haar onder-(onder)aanneemster gehouden te zijn totdat haar principaal betaald heeft. Of betreft een (hoofd)aanneemster haar contractspartij – veelal via vrijwaring – in een door haar principaal gestarte procedure.



Bard van Veen,
Severijn Hutshof
advocaten

DOOR BARD VAN VEEN

Als achteraf blijkt dat toch geen back-to-back contract is gesloten, kan dit lelijk uitpakken. Zo ook in een uitspraak van de Raad van Arbitrage voor de Bouw d.d. 20 december 2018. Een aanneemster had haar onderaanneemster diverse installatiewerkzaamheden opgedragen; volgens aanneemster via een in haar ogen back-to-back contract.

Partijen eindigen in arbitrage. In die procedure onderbouwde aanneemster

enerzijds haar verweren tegen de vorderingen van onderaanneemster en anderzijds haar eigen aanspraken op het back-to-back karakter van de overeenkomst; onderaanneemster betwiste dat daarvan sprake was. Logischerwijs staan arbiters eerst bij dat verweer stil.

Ter onderbouwing van haar stellingen voert aanneemster aan dat de algemene voorwaarden van hoofdaanneemster van toepassing verklaard waren. Verder had aanneemster betoogd, dat uit de overeenkomst voortvloeiende dat zij pas hoefde te betalen als zij door hoofdaanneemster was betaald.

Arbiters stellen vast dat tussen partijen niet ter discussie stond dat de voorwaarden van hoofdaanneemster golden. Voor de stelling van aanneemster ter zake haar betalingsverplichtingen vinden arbiters echter geen aanknopings-

punten. Omdat geen andere argumenten waren aangevoerd, was er maar één conclusie: géén back-to-back contract, en afwijzing van de vorderingen en verweren van aanneemster.

Er is een aantal elementen dat in een overeenkomst kan, en eigenlijk moet worden opgenomen, om het een back-to-back contract te maken. Twee daarvan werden aangevoerd. Ten eerste het in de “keten” doorleggen van de algemene voorwaarden van de principaal. Ten tweede het zogenaamde “pay if paid”-principe voor alle betalingsverplichtingen, inclusief meerwerkanspraken. Er zijn er echter veel meer, zoals – niet-limitatief – de volgende.

Bijvoorbeeld dat uit de overeenkomst uitdrukkelijk moet blijken dat het de bedoeling van partijen is om die back-to-back te sluiten; neem het op in de overwegingen, én in de tekst van het contract zelf. Enkel een bepaling dat de opdrachtnemer bekend wordt geacht met alle bepalingen van onder andere de door de hoofdaanneemster met de principaal gesloten overeenkomst, is onvoldoende.

Mijlpalen

Een ander belangrijk element is het juist en volledig doorleggen en afstemmen van de mijlpalen voor de onderaanneemster, die uit de hoofdplanning blijken. Een planning is in beginsel na-

melijk een document met streefdata. In het verlengde daarvan is het goed om bij een back to back contract niet alleen de boetes die de hoofdaanneemster van de principaal opgelegd kan krijgen op te nemen, maar ook – vanuit het perspectief van de hoofdaanneemster – expliciet te bepalen dat zij eigen boetes met haar onderaanneemster overeenkomt dan wel zich het recht voorbehoudt om haar schade ook en naast de boete te vorderen. Anders vordert de hoofdaanneemster in beginsel alleen de schade van haar principaal.

Koppeling

Verder is relevant dat er een koppeling is opgenomen die betrekking heeft op het einde van de hoofdovereenkomst en het daarop volgende automatische einde van de onderaannemingsovereenkomst.

Een belangrijk element van een back to back overeenkomst is ook een correcte afstemming in de geschillenregeling; die moet wel gelijkloend zijn in alle overeenkomsten. In het verlengde daarvan is het goed geschillen over bijvoorbeeld de uitleg van een contractsbepaling afhankelijk te laten zijn van de uitleg van die bepaling dan wel uitkomst van een geschil daarover tussen de hoofdaanneemster en de principaal.

Kortom, back-to-back is meer dan simpel doorleggen.