

# Een gebouw van contracten: de contractengroep als juridisch kader voor bouwprocessen

*Mr. S. van Gulijk en mr. L.H. Muller\**

## 1 Inleiding

Uitgangspunt binnen het geldende vermogensrecht is het relativiteitsbeginsel. Uit dit beginsel vloeit voort dat een overeenkomst in beginsel alleen gevolgen kan hebben voor contractspartijen en niet voor derden. Het relativiteitsbeginsel komt voort uit de partijautonomie: de mogelijkheid tot zelfbepaling die een voorwaarde is voor het kunnen dragen van rechten en plichten.<sup>1</sup> Die autonomie wordt in samenhang met het vertrouwensbeginsel (de bescherming op basis van opgewekt vertrouwen) als grondslag voor de gebondenheid aan overeenkomsten door partijen gezien.<sup>2</sup> Een overeenkomst kan echter ook rechtsgevolgen hebben jegens derden.<sup>3</sup> Zo'n derde is, aldus Du Perron, iedereen die bij de overeenkomst geen partij is, waarbij geldt dat sommige derden in een nauwere betrekking tot een overeenkomst kunnen staan dan andere.<sup>4</sup> Die derden ontnemen geen rechten (of hebben geen plichten te vervullen zoals nakoming) aan de overeenkomst op grond van het autonomiebeginsel, maar omdat het contractenrecht verplicht rekening te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen.<sup>5</sup>

Het relativiteitsbeginsel is door de wetgever bewust niet wettelijk vastgelegd omdat het opnemen van dit beginsel in de wet verdere ontwikkelingen in het leerstuk contract en derde zou

kunnen tegenwerken.<sup>6</sup> Dit leerstuk heeft zich vooral in de jurisprudentie sterk ontwikkeld waar verschillende uitzonderingen op het relativiteitsbeginsel zijn ontstaan, bijvoorbeeld omtrent samenhangende overeenkomsten,<sup>7</sup> derdenwerking van exoneratiebedingen<sup>8</sup> en het doorwerken van wanprestatie in de ene overeenkomst naar een andere overeenkomst.<sup>9</sup> In de literatuur wordt geregeld de vraag opgeworpen of de bilaterale aard van het wettelijke verbintenissenrecht zich nog wel verhoudt tot de meerpartijenverhoudingen die de praktijk laat zien.<sup>10</sup> Zo is het volgens Ernes en Lamers tijd voor een nieuwe invulling van het begrip overeenkomst, een invulling die beter is toegesneden op de complexiteit van huidige rechtsverhoudingen die niet steeds louter bilateraal zijn.<sup>11</sup>

Als alternatief voor het reguleren van meerpartijenverhoudingen wordt wel de contractengroep gezien. De contractengroep

\* Mr. S. van Gulijk is universitair hoofddocent privaatrecht aan Tilburg University. Mr. L.H. Muller is advocaat bouwrecht te Nijmegen. De auteurs bedanken mr. K. Roordink en emeritus prof. M.A.M.C. van den Berg voor hun opmerkingen bij een eerdere versie van deze bijdrage.

1. J.B.M. Vranken, 'Over partijautonomie, contractsvrijheid en de grondslag van gebondenheid in het verbintenissenrecht', in: J.M. Barendrecht e.a., *Beginselen van het contractenrecht* (Nieskensbundel), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 145-155.  
2. C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Kluwer: Deventer 1999, nr. 7 e.v.  
3. Dit uitgangspunt is onlangs nog eens bevestigd door de Hoge Raad, die het relativiteitsbeginsel nog steeds nadrukkelijk vooropstelt. Zie HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1627, NJ 2015/2 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Eneco Tour). Vgl. ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/514 en 518; C. Drion, *De onstuitbare opmars van de derde in ons recht*, NJB 2010/644, afl. 13, p. 777; J.B.M. Vranken, *Overeenkomst en derden na tien jaar nieuw BW: een kritische evaluatie*, WPNR 2002/6472, p. 39-47; Du Perron 1999, nr. 363 e.v.  
4. Du Perron 1999, p. 46-47.  
5. Vranken 2000, nr. 15; A.L.M. Keirse, *Het contractenrecht van morgen: de uitzonderingen op het beginsel van de partijautonomie gepromoveerd tot regel*, in: I. Samoy (red.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2010, p. 263 e.v.

6. Parl. Gesch. Boek 6, p. 916-919. Zie ook A.L.H. Ernes & A.H. Lamers, *Groepscontracten als antwoord op de economische verdichting van de samenleving*, WPNR 2012/6934, p. 451-458, p. 454; L.M. van Bochove, *Betrokkenheid van derden bij contractbreuk* (diss. Rotterdam), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013, p. 40-41.  
7. Zie o.m. HR 24 september 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AO9069, RvdW 2004/108 (Vleesmeesters/Alog) en HR 12 oktober 1979, NJ 1980/117 (Radio Modern/Edah). Volgens Van Laarhoven gaat het om onbepaalde meerpartijenverhoudingen waarin de rechtsposities van betrokkenen verknoot zijn, zonder dat sprake is van een meerpartijencontract, zie M.J. van Laarhoven, *Samenhang in rechtsverhoudingen* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 1 e.v. (hoofdstuk 4 en 5 over de problemen die spelen bij samenhangende rechtsverhoudingen).  
8. Zie o.m. HR 12 januari 1979, NJ 1979/362 (Securicor), HR 7 maart 1969, NJ 1969/249 (Gegaste uien) en HR 21 januari 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA4429, NJ 2000/553 (ODS/CPS).  
9. Zie o.m. HR 23 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2555, NJ 1999/97 (Jans/FCN).  
10. Vranken 2002; Du Perron 1999, nr. 363 e.v.; J.G.A. Linssen, *Samenhangende rechtsverhoudingen in het contractenrecht*, NJB 1995/34, p. 1265-1274. Zie meer in het algemeen J.L.P. Cahen, *Overeenkomst en derden* (Mon. Nieuw BW, deel B57), Deventer: Kluwer 2004.  
11. A.L.H. Ernes & A.H. Lamers, *De begrippen overeenkomst, partij en derde in het civiele recht*, AA 2012, afl. 26, p. 26-33.

(oorspronkelijk een Frans idee<sup>12</sup>) houdt volgens Dirix een geheel van juridisch afzonderlijk gesloten overeenkomsten in die een economisch geheel vormen omwille van een substantiele band.<sup>13</sup> Deze benadering is volgens Lamers vergelijkbaar met die van Van Laarhoven, die de wijze waarop en de mate waarin de belangen van hen die tot elkaar in een feitelijk-economische relatie staan beslissend acht om van samenhangende rechtsverhoudingen te kunnen spreken.<sup>14</sup> Van Laarhoven beschrijft de contractengroep als een theorie die het contractualiseren van de verhoudingen tussen partijen en derden beoogt te regelen door de derde partij te maken bij zo'n contractengroep.<sup>15</sup> Wil sprake kunnen zijn van een contractengroep, dan moet aan drie kenmerken worden voldaan: een spil in de groep, een gemeenschappelijke oorzaak van de overeenkomsten en de realisatie van hetzelfde economische doel. Indien de contractengroep als juridisch kader geldt, is een belangrijk gevolg daarvan dat zij die in een contractengroep met elkaar samenwerken, 'dienen te handelen met inachtneming van elkanders belangen en dat ze elkaar niet op het verkeerde been dienen te zetten'.<sup>16</sup> De spelers in een contractengroep moeten de nodige zorg betrachten jegens elkaar.<sup>17</sup>

Het *bouwcontractenrecht* is een rechtsgebied waar samenhangende overeenkomsten zich vaak voordoen<sup>18</sup> en de contractengroep als juridisch kader mogelijk voordelen kan opleveren. Vooral bij grotere bouwprojecten worden in de praktijk meerdere overeenkomsten gesloten tussen betrokken bouwactoren, die met andere overeenkomsten een sterke samenhang vertonen. Vooral over de verdeling van verantwoordelijkheden en het vestigen van aansprakelijkheid ontstaan dan geregeld problemen. In deze bijdrage onderzoeken wij in hoeverre de theo-

rie van de contractengroep (inderdaad) voordelen biedt voor de regulering van samenhangende meerpartijenverhoudingen in het bouwcontractenrecht. Deze vraag beantwoorden wij hoofdzakelijk door de hiervoor beschreven kenmerken van de contractengroep toe te passen op het bouwcontractenrecht en te bezien welke voordelen en aandachtspunten dat meebrengt (par. 3). Eerst geven wij een korte schets van het bouwcontractenrecht in paragraaf 2. In paragraaf 4 besluiten wij met een conclusie.

## 2 Het bouwcontractenrecht

### *2.1 Rechtsverhoudingen tussen bouwactoren en toepasselijke wet- en regelgeving*

Het privaatrechtelijk bouwrecht geeft in essentie regels voor de twee belangrijkste takken van het bouwcontractenrecht, namelijk de adviseursovereenkomst ten behoeve van het vervaardigen van een ontwerp door een architect/adviseur/ontwerper en de aannemingsovereenkomst ten behoeve van de realisatie van dat ontwerp door de aannemer.<sup>19</sup> In beginsel is de opdrachtgever de initiatiefnemer van deze beide overeenkomsten, nu hij immers een project wil doen realiseren. Voor een goed begrip van de verschillende vormen waarin een bouwproject kan worden uitgevoerd, moet worden onderscheiden in de traditionele bouwvorm en de geïntegreerde bouwvorm. Bij de eerste variant sluit de opdrachtgever twee afzonderlijke overeenkomsten: een met de ontwerpende partij en een met de uitvoerende partij. Ontwerper en uitvoerder hebben geen juridische rechtsverhouding met elkaar, maar op hen rusten wel, uit de jurisprudentie voortvloeiende, verplichtingen om de nodige zorg jegens elkaar te betrachten.<sup>20</sup> Wanneer voor een geïntegreerde bouworganisatievorm wordt gekozen, ziet de juridische constructie er anders uit. In dat geval sluit de initiatiefnemende opdrachtgever één overeenkomst met de opdrachtnemer, die verantwoordelijk is voor zowel het ontwerp als de uitvoering van het project.

Het vigerende juridisch kader aan wet- en regelgeving voor de adviseursovereenkomst wordt gevormd door titel 7.7 van het Burgerlijk Wetboek (BW; de regeling voor de overeenkomst van opdracht) en in aanvulling daarop door verschillende sets algemene voorwaarden, waarvan de belangrijkste De Nieuwe Regeling 2011 (hierna: DNR 2011) is. Voor de aannemingsovereenkomst gelden de wettelijke regels uit titel 7.12 BW

12. Al in 1975 werd deze contractengroep door de Franse jurist Teyssié naar voren gebracht om meer recht te doen aan de feitelijke verhoudingen tussen partijen nu bilaterale contracten en de economische realiteit volgens hem onvoldoende op elkaar aansloten. Hij stelde een 'théorie des groupes de contrats' voor, waarbij hij onderscheid maakte tussen 'les chaînes de contrats' (ketencontracten) en 'les ensembles contractuels' (samenhangende contracten). Zie B. Teyssié, *Les groupes de contrats*, Montpellier: LGDF 1975. Zie ook C. Bernat, *Réflexions sur l'extinction de la notion de 'groupes de contrats' et le renforcement corollaire du principe de l'effet relatif des conventions*, *Lex Contractus* 2010, p. 1; S. Whittaker, *Privity of Contract and the Law of Tort: The French Experience*, *Oxford Journal of Legal Studies* 1995, p. 327-370, p. 354. Zie voor rechtsvergelijkende beschouwingen ten aanzien van de contractengroep ook Van Laarhoven 2006, p. 40-47.

13. E. Dirix, *De meerpartijenovereenkomst*, preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in Nederland en België, T.P.R. 1983, p. 761.

14. A.H. Lamers, *Contracten door intermediairs in de muziekindustrie* (diss.) (Recht en Praktijk – Contractenrecht, CR3), Deventer: Kluwer 2011, p. 87; Van Laarhoven 2006, p. 49.

15. Van Laarhoven 2006, p. 40.

16. Lamers 2011, p. 91.

17. Vgl. ook art. 6:2 en 6:248 BW.

18. Een van de bekendere voorbeelden is HR 29 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2660, NJ 1999/98 m.nt. J.B.M. Vranken (Mooijman/Netjes), waarin twee aannemers, zonder samenwerkingsovereenkomst, nauw met elkaar samenwerkten bij de bouw van villa's en een aanbouw. Deze nauwe feitelijke samenwerking werd door de Hoge Raad aangemerkt als grondslag voor het aannemen van zorgverplichtingen en bracht in casu mee dat Netjes aan Mooijman de door hem geleden schade diende te vergoeden. Zie uitgebreid Asser/Van den Berg 7-VI 2013/216.

19. Zie voor een afbakening van beide typen overeenkomsten o.m. C.E.C. Jansen, *Aanneming van werk* (Mon. BW, deel B84), Deventer: Kluwer 2013, nr. 6; Asser/Van den Berg 7-VI 2013/25.

20. Dit vloeit voort uit het idee van maatschappelijke betamelijkheid. Ook op basis van feitelijke samenwerking kunnen diligentieplichten ontstaan, zoals bijv. het geval was in HR 29 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2660, NJ 1999/98 m.nt. J.B.M. Vranken, BR 1999, p. 440 (Mooijman/Netjes). In het bouwrecht kleurt de (pre)contractuele waarschuwingsplicht de relatie opdrachtgever-aannemer, zie o.m. art. 7:754 BW. Tussen aannemer en architect kunnen (over en weer) wel op de maatschappelijke betamelijkheid te baseren diligentieplichten ontstaan. Zie daarover M.A.M.C. van den Berg, *Samenwerkingsvormen in de bouw* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1990, p. 70 e.v.; Asser/Van den Berg 7-VI 2013/98 e.v.; Jansen 2013, nr. 23.

(aanneming van werk), in de praktijk vaak aangevuld met de Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken en van technische installatiewerken 2012 (hierna: UAV 2012). Indien voor een geïntegreerde bouworganisatievorm wordt gekozen, zijn in aanvulling op de wettelijke regels in de praktijk meestal de Uniforme Administratieve Voorwaarden voor geïntegreerde contractvormen 2005 (UAV-gc 2005) leidend.

### 2.2 Een voorbeeld van het bouwproces in de praktijk

Bouwprojecten kenmerken zich door een veelheid aan bouwactoren, zoals opdrachtgevers, aannemers, onderaannemers, leveranciers, constructeurs, architecten en adviseurs, die onderling verschillende overeenkomsten sluiten. Soms worden naast bilaterale overeenkomsten ook multilaterale overeenkomsten gesloten tussen de diverse bouwactoren. Een voorbeeld van een veelvoorkomend contractencomplex in de bouw: de opdrachtgever sluit ten behoeve van de realisatie van een bouwproject een (bilaterale) overeenkomst van opdracht met een architect om een ontwerp en een bestek te maken ten behoeve van de nieuwbouw van een project. Tussen de opdrachtgever en de architect wordt de DNR 2011 overeengekomen. Voor de begeleiding van het project tijdens de bouw, de directievoering, sluit de opdrachtgever een (bilaterale) overeenkomst van opdracht met een andere adviseur. Ook op deze overeenkomst is de DNR 2011 van toepassing. De opdrachtgever besluit, op advies van zijn architect, het bouwproject op te splitsen in meerdere onderdelen en voor elk van de onderdelen een aparte (bilaterale) aannemingsovereenkomst te sluiten met een aannemer. Oftewel, de opdrachtgever kiest voor de figuur van nevenaanneming.<sup>21</sup> Voor het bouwkundige werk sluit de opdrachtgever een aannemingsovereenkomst met een bouwkundig aannemer, voor het werktuigbouwkundige werk met een werktuigbouwkundig installateur en voor het elektrotechnische werk met de elektrotechnisch aannemer. De opdrachtgever komt met alle aannemers toepasselijkheid van de UAV 2012 overeen. In de diverse aannemingsovereenkomsten is bepaald dat gedurende de looptijd van de overeenkomst in opdracht van de opdrachtgever door derden werkzaamheden zullen worden uitgevoerd. Deze werkzaamheden dienen te worden gecoördineerd door de bouwkundig aannemer, die daarvoor een (multilaterale) coördinatieovereenkomst dient te sluiten met de diverse nevenaannemers. Bij deze coördinatieovereenkomst is de opdrachtgever geen partij (het is overigens wel mogelijk dat de opdrachtgever tevens partij is bij de coördinatieovereenkomst). De bouwkundig aannemer sluit voor de uitvoering van de aan hem opgedragen onderdelen van het bouwproject weer (bilaterale) onderaannemingsovereenkomsten met verscheidene onderaannemers. Dit complex van contracten is weergegeven in figuur 1.

21. Zie ook van S. van Gulijk & L.H. Muller, Het belang van coördinatie bij nevenaanneming; een aantal specifieke problemen met betrekking tot de coördinatieovereenkomst. Een pleidooi voor multilaterale communicatie, TBR 2011/58.

### 2.3 Voorkomende problemen

In dit voorbeeld is een contractencomplex van meerdere overeenkomsten ontstaan: overeenkomsten van opdracht, (onder)aannemingsovereenkomsten en een coördinatieovereenkomst. Hierbij kwalificeren de overeenkomsten van opdracht en de aannemingsovereenkomsten als bilaterale overeenkomsten. De coördinatieovereenkomst kwalificeert als een multilaterale overeenkomst, maar deze creëert alleen een rechtsverhouding tussen de diverse nevenaannemers voor wat betreft de *onderlinge afstemming* van de werkzaamheden van de diverse nevenaannemers qua tijd, plaats en in bouwtechnische zin.<sup>22</sup> Niet alle contractanten in dit contractencomplex zijn dus contractueel met elkaar verbonden. Dit kan leiden tot lastige juridische vraagstukken. Wanneer de architect bij zijn ontwerpactiviteiten een fout gemaakt heeft, kan dit voor de opdrachtgever tot verdragingskosten of hogere uitvoeringskosten leiden. De ontwerpfout kan ook leiden tot problemen bij de diverse aannemers en installateurs, die mogelijk pas op een later moment kunnen aanvangen met hun werkzaamheden of in hun werk voortgeborduurd hebben op deze ontwerpfout. De opdrachtgever, die een bilaterale overeenkomst heeft met de architect, kan de architect rechtstreeks aanspreken voor eventuele schade die hij lijdt als gevolg van diens wanprestatie. Tussen de architect en de diverse aannemers bestaat echter geen bilaterale overeenkomst en evenmin een multilaterale overeenkomst. Indien een aannemer schade lijdt door de fout van de architect, zal de aannemer zich doorgaans eerst wenden tot de opdrachtgever, die in beginsel verantwoordelijk is voor fouten in een door hem aan de aannemer verstrekt ontwerp. Loopt deze aanspraak van de aannemer op de opdrachtgever echter spaak, bijvoorbeeld omdat de aannemer ook verantwoordelijk (gemaakt) is voor ontwerpfouten in het werk van de door de opdrachtgever zelf ingeschakelde architect,<sup>23</sup> dan rest de aannemer een actie uit onrechtmatige daad jegens de architect. Dit klinkt eenvoudiger dan het is, omdat behalve de schade ook de toerekenbaarheid, de causaliteit, de relativiteit en de onrechtmatigheid moeten worden aangetoond.<sup>24</sup>

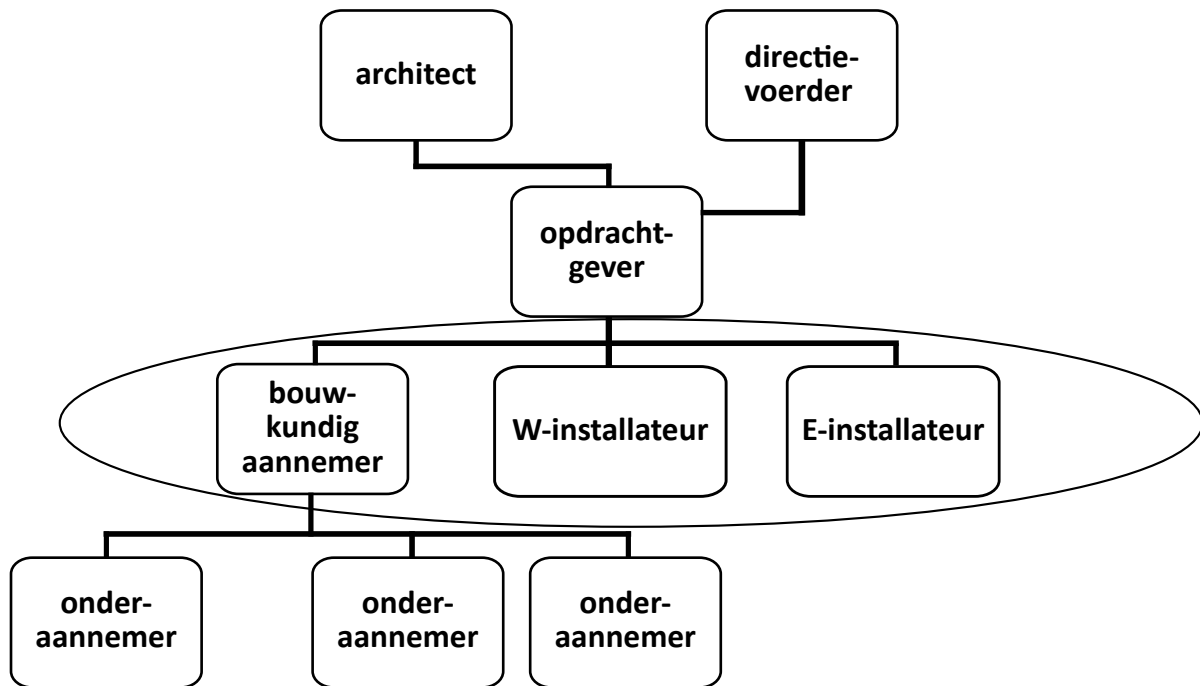
Een ander juridisch probleem dat zich in bovengenoemd voorbeeld kan voordoen, is dat een van de door de bouwkundig aannemer ingeschakelde onderaannemers een fout maakt bij de uitvoering van zijn werkzaamheden. Hierdoor lijdt niet alleen de bouwkundig aannemer, maar ook de opdrachtgever schade. In beginsel staat de bouwkundig aannemer jegens de opdrachtgever in voor de deugdelijke uitvoering van de werk-

22. Doorgaans wordt zo'n coördinatieovereenkomst gereguleerd door toepasselijkheid van het VGBouw Model Uitvoeringscoördinatieovereenkomst 1999. Zie art. 2 van dat model voor de reikwijdte van die coördinatie.

23. Regelmatig staan in de van opdrachtgevers afkomstige bestekken/aannemingsovereenkomsten bepalingen als: 'Aannemer is integraal verantwoordelijk voor de opzet, het ontwerp, de berekeningen, constructie en werkwijzen' of 'Door ondertekening van de aannemingsovereenkomst verklaart aannemer het ontwerp van opdrachtgever op de deugdelijkheid gecontroleerd te hebben. Aannemer is dan ook zonder enig recht op bijbetaling en/of termijnverlenging gehouden het werk uit te voeren.'

24. Zie A.L.H. Ernes & A.H. Lamers, Groepscontracten als antwoord op de economische verdichting van de samenleving, WPNR 2012/6934.

Figuur 1 Voorbeeld van een complex van contracten in de bouw



zaamheden van deze onderaannemer.<sup>25</sup> Deze bouwkundig aannemer zal de onderaannemer uit hoofde van wanprestatie kunnen aanspreken voor de geleden schade indien die werkzaamheden niet deugdelijk zijn uitgevoerd. Maar kan de opdrachtgever (bijvoorbeeld vanwege een faillissement van de bouwkundig aannemer) zich ook rechtstreeks wenden tot de onderaannemer?

Uit de jurisprudentie vloeit voort dat, ondanks dat tussen onderaannemer en opdrachtgever geen contractuele rechtsverhouding bestaat, een onderaannemer in het algemeen binnen bepaalde grenzen rekening zal hebben te houden met de belangen van de opdrachtgever en de opdrachtgever daar in het algemeen op zal mogen vertrouwen.<sup>26</sup> Een wanprestatie van de onderaannemer jegens de bouwkundig aannemer levert echter op zichzelf nog geen onrechtmatige daad jegens de opdrachtgever op. De omstandigheden van het geval kunnen evenwel meebrengen dat een onderaannemer, bij de uitvoering van het werk, ook ten aanzien van de opdrachtgever onzorgvuldig heeft gehandeld. Daardoor heeft hij zich in strijd met hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer jegens opdrachtgever betaamt gedragen. Vergelijk een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam, waarin de onderaannemer onrechtmatig had gehandeld jegens de opdrachtgever door de hoofdaannemer niet te waarschuwen voor de voor hem kenbare fouten van een door hem ingeschakelde partij (de onder-onderaannemer in kwestie), terwijl hij wist dat als

gevolg van die fouten aanzienlijke schade kon optreden aan het werk. Dit handelen leverde niet alleen wanprestatie op van de onderaannemer jegens de hoofdaannemer, maar ook een onrechtmatige daad jegens de opdrachtgever.<sup>27</sup>

Er moeten dus bijkomende omstandigheden zijn, wil een rechtstreekse aanspraak van de betreffende aannemer op de architect kans van slagen hebben.<sup>28</sup> Derdenwerking van contracten is geen uitgangspunt maar een uitzondering.

### 3 Wat heeft de contractengroep te bieden voor de bouwpraktijk?

#### 3.1 De contractengroep in essentie

De vraag is of de hiervoor geschetste uitkomst wel redelijk is bij contractencomplexen in de bouw, waarin doorgaans meer dan twee partijen contracteren en niet alle partijen door middel van bilaterale overeenkomsten met elkaar verbonden zijn. Zeker als in ogenschouw genomen wordt dat alle bouwactoren aan hetzelfde project verbonden zijn en naar alle waarschijnlijkheid ook hetzelfde doel voor ogen hebben: binnen het beschikbare budget en binnen de afgesproken tijd een goed project realiseren. Zo vervaardigt de architect het ontwerp weliswaar in opdracht van de opdrachtgever, maar met de wetenschap dat de aannemer (de derde in de verhouding tot de architect) dit ontwerp in opdracht van de opdrachtgever

25. Vgl. art. 7:751 jo. art. 6:76 BW.

26. HR 20 januari 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BT7496, NJ 2012/59 (Wierds/Dakdekkersbedrijf Visseren) en HR 24 september 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AO9069, NJ 2008/587 (Vleesmeesters/Alog).

27. Rb. Amsterdam 15 februari 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV9847.

28. Dit zal ook het geval zijn in adviseursovereenkomsten. Zie F.R.A. Schaaf, De paardensprong in het adviseursrecht. Beschouwingen naar aanleiding van HR 20 januari 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BT7496, NJ 2012/59 (Wierds/Visseren), TBR 2015/160, p. 952 e.v.

gaat realiseren. Bovendien is er tijdens de *uitvoering* van het ontwerp vaak ook nog een nauwe samenwerking tussen de opdrachtgever, de architect en de aannemer.

In de literatuur is al eerder bepleit dat de gehoudenheid om rekening te houden met andermans belangen als de kern van het contractenrecht kan worden beschouwd.<sup>29</sup> Partijen dienen niet alleen uitvoering te geven aan de verbintenissen die zij met zoveel woorden op zich nemen, maar zijn in ruimere zin ook gehouden rekening te houden met elkaars belangen en eventuele schade te voorkomen. Ernes en Lamers betogen dat deze benadering zich goed verhoudt tot contractencomplexen waarin meer dan twee partijen contracteren en waarbij niet alle partijen door middel van een bilaterale overeenkomst met elkaar zijn verbonden<sup>30</sup> (zoals samenwerking in bouwprojecten).

Als mogelijk nieuw mechanisme in het contractenrecht zou de contractengroep de derde een sterkere positie kunnen geven.<sup>31</sup> Door deelname aan die contractengroep zouden contractanten tot verdergaande zorgverplichtingen jegens andere contractanten in de groep zijn gehouden dan wanneer zij slechts bilateraal contracteren. Het optimaal functioneren van de gehele groep contractanten is de maatstaf, waarbij vooropstaat dat de contractanten binnen de contractengroep dienen te handelen met inachtneming van elkaars belangen.<sup>32</sup> Het gevolg kan zijn dat partijen bij de diverse bilaterale overeenkomsten via de groep van bilaterale contracten ook gehouden zijn tot nakoming van verplichtingen die rechtstreeks het doel van de contractengroep betreffen, bijvoorbeeld een goed en deugdelijk gebouw realiseren. Ook de hiervoor beschreven vragen omtrent aansprakelijkheid kunnen dan eenvoudiger worden.

### 3.2 Kenmerken van een contractengroep toegepast op de bouwpraktijk

Om van een contractengroep te kunnen spreken, zijn blijkens de literatuur de drie in paragraaf 1 genoemde kenmerken van belang. Deze kenmerken zullen wij in het navolgende toetsen aan een veelvoorkomend contractencomplex bij grotere bouwprojecten, namelijk een traditioneel bouwproject waarin sprake is van hoofd-, onder- en nevenaanneming (zie ook figuur 1).

Ten eerste moet sprake zijn van een spil, een organisator in de contractengroep. Volgens Ernes en Lamers smeedt de spil de verschillende bilaterale overeenkomsten, alsmede de relatie tussen 'deelnemers' aan een contractengroep tussen wie geen directe bilaterale overeenkomsten bestaan, als het ware aan elkaar. Dit zou bijvoorbeeld de partij kunnen zijn die de juri-

dische regie over het project voert, zoals de opdrachtgever van een bouwproject, die vaak bepaalt welke contractvorm en algemene voorwaarden van toepassing zijn op de aannemingsovereenkomst(en).<sup>33</sup> In de praktijk eist de opdrachtgever vaak dat zijn voorwaarden een-op-een door de hoofdaannemer worden 'doorgecontracteerd' met de onderaannemers. Als sprake is van een project met diverse nevenaannemers, komen opdrachtgevers in de diverse overeenkomsten met de nevenaannemers vaak dezelfde voorwaarden overeen. Door te contracteren onder toepasselijkheid van dezelfde voorwaarden is het bij een wanprestatie van een van de partijen volgens Ernes en Lamers ten minste duidelijk welke regels op 'alle' contracten van toepassing zijn.<sup>34</sup>

De aanneme van een contractengroep zou het voordeel meebrengen dat de voorwaarden ook indirect van toepassing zijn op contractanten tussen wie onderling geen directe bilaterale overeenkomst bestaat. Hier past een kanttekening: ervan uitgaande dat de *opdrachtgever* de juridische regie voert en als spil fungeert, doet zich een complicatie voor als ook de adviseurs, ons inziens te prefereren, onderdeel zouden zijn van de contractengroep. Op de overeenkomst van opdracht tussen opdrachtgever en adviseur is doorgaans de DNR 2011 van toepassing. De DNR 2011 bevat aansprakelijkheidsbeperkende bedingen die aanzienlijk afwijken van de aansprakelijkheidsregeling in aannemersvoorwaarden. Vaak zijn dus binnen een contractencomplex verschillende algemene voorwaarden vigerend. Het aannemen van een contractengroep in de bouw zou makkelijker zijn indien de diverse bouwactoren contracten sluiten waarop gelijklopende algemene voorwaarden van toepassing zijn. Dat zal echter vooral van adviseurs (en verzekeraars) een grote verandering vergen. Teneinde dit op te lossen zou aansluiting gezocht kunnen worden bij de regeling in de VGBouw Model Bouwteamovereenkomst, die als vorm van gecoördineerde samenwerking uitgaat van gescheiden verantwoordelijkheidsgebieden, maar met gelijklopende aansprakelijkheidsbedingen voor de diverse verantwoordelijkheidsgebieden. In de bandbreedte van die samenwerking kan, ondanks de scheiding van verantwoordelijkheden, toch een zekere vermenging van verantwoordelijkheden ontstaan.<sup>35</sup>

Een tweede criterium voor het kunnen duiden van een contractengroep is de gemeenschappelijke oorzaak van de overeenkomsten binnen die contractengroep. Dit wijst volgens Ernes en Lamers naar hetgeen partijen hebben beoogd, naar de strekking van hetgeen zij wilden bewerkstelligen. In het bouwcontractenrecht is die gemeenschappelijke oorzaak relatief eenvoudig gegeven, nu het uiteindelijke doel van een bouwproces steeds de realisatie van een werk zal zijn. Dat de vele betrokken bouwactoren niet steeds het uiteindelijke doel voor

29. A.L.M. Keirse, De schadevoorkomingsplicht, in: E.F.D. Engelhard (red.), *Handhaving in en door het privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2009, p. 95 e.v.; Vranken 2002.

30. Ernes & Lamers, WPNR 2012.

31. Zie Ernes & Lamers, AA 2012 en WPNR 2012.

32. Vgl. Lamers 2011, p. 91.

33. Zie hierover o.m. Van den Berg 1990.

34. Ernes & Lamers, AA 2012, p. 31.

35. Vgl. Asser/Van den Berg 7-VI 2013/266.

ogen zullen hebben,<sup>36</sup> doet daaraan niet af. Het gaat erom dat zij met de uitoefening van hun werkzaamheden onderdeel uitmaken van een groter geheel. In die zin vormt de primaire overeenkomst die de opdrachtgever sluit met de architect een bron voor vervolgovereenkomsten, zoals de hoofd- en onderaannemingsovereenkomst, om zodoende het werk te doen realiseren voor de opdrachtgever. Wel vragen wij ons af of steeds sprake moet zijn van eenzelfde rangorde tussen de overeenkomsten die ten behoeve van de realisatie van een bouwproject gesloten worden. Ernes en Lamers spreken van een beginovereenkomst waaruit verschillende vervolgovereenkomsten voortvloeien, die in het complex van dezelfde rangorde zijn als de beginovereenkomst.<sup>37</sup> Verdedigbaar is dat de onderaannemingsovereenkomst, die in rangorde lager is dan de hoofdaannemingsovereenkomst, nodig is ten behoeve van de uitvoering van een gedeelte van het werk in hoofdaanneming. De binnen de contractengroep bestaande rechtsverhoudingen hoeven ons inziens dus niet steeds van eenzelfde rangorde te zijn.

Ten slotte moet sprake zijn van de realisatie van hetzelfde economische doel. Dit kenmerk hangt nauw samen met het vorige, de gemeenschappelijke oorzaak. Immers, alle betrokkenen hebben (ieder op hun eigen wijze) belang bij de realisatie van een project. Anders gezegd: zij hebben er allen belang bij dat economische doel te bereiken. Ook ten aanzien van de bouworganisatievormen hoofd-, onder- en nevenaanneming ligt het voor de hand dat betrokken contractanten steeds van hetzelfde economische doel uitgaan. Dit lijkt echter alleen te gelden voor de wezenlijke onderdelen van het werk. Met Ernes en Lamers zijn wij het eens dat een tegelzetter van een paar toiletten in een groot kantorencomplex niet hetzelfde economische doel voor ogen zal hebben als een hoofdaannemer van het betreffende complex. De contractengroep is daarmee volgens ons beperkt tot de wezenlijke actoren in het bouwproject die verantwoordelijk zijn voor een relevant onderdeel van het project. Dat voorkomt dat de contractengroep te omvangrijk en daarmee onoverzichtelijk wordt.

### 3.3 *Implicaties van toepassing contractengroep voor aansprakelijkheid van bouwactoren*

Op het eerste gezicht lijken de drie kenmerken van een contractengroep aanwezig te zijn in een bouwproces. De conclusie dat de contractengroep voor meerpartijenverhoudingen in het bouwcontractenrecht geschikt is, moet echter niet al te stellig worden getrokken. Zoals bleek uit paragraaf 2 geeft de bilaterale aard van de rechtsverhoudingen, op basis waarvan in de bouwpraktijk nog vaak wordt gecontracteerd, geregeld aansprakelijkheidsproblemen. Immers, tussen de diverse aannemers en adviseur(s) van de opdrachtgever bestaat geen con-

tractuele band, waardoor een schadelijgende aannemer zich ofwel via het contractenrecht (wanprestatie) moet wenden tot de opdrachtgever, ofwel via het glibberige pad van de onrechtmatigedaadsvordering zijn geluk moet beproeven door de adviseur aansprakelijk te stellen voor de door hem geleden schade ten gevolge van een ontwerpfout. De enkele wanprestatie van de architect jegens de opdrachtgever is onvoldoende om een onrechtmatige daad van de architect jegens de aannemer aan te nemen. De bijkomende omstandigheden die nodig zijn voor zo'n beroep (onder meer het verzaken van de waarschuwingplicht, op de hoogte zijn van de potentiële schade<sup>38</sup>) zullen in de praktijk lastig te bewijzen zijn voor de schadelijgende partij.

Indien de contractengroep de in een bouwproject bestaande rechtsverhoudingen echter een juridische titel geeft, zou daarmee dan bovenstaand probleem kunnen worden ondervangen? Vaststaat dat in dat geval door de partijen binnen de contractengroep (meer dan nu het geval is) in juridische zin rekening moet worden gehouden met de rechtspositie van de partijen die eveneens werkzaam zijn binnen deze groep. Alle betrokken partijen zijn dan immers contractueel met elkaar verbonden en hebben derhalve informatie-, waarschuwing- en overige zorgplichten jegens elkaar. Dat betekent dat het aantonen van wanprestatie volstaat en een onrechtmatigedaadsactie, zoals hiervoor uitgewerkt, niet langer nodig is. Immers, zoals Ernes en Lamers aangeven is een van de gevolgen van het aannemen van een contractengroep dat ook contractanten die geen rechtstreekse bilaterale overeenkomst met elkaar hebben gesloten, elkaar toch in de nakoming van een overeenkomst die met een ander is gesloten rechtstreeks kunnen aanspreken. Deze mogelijkheid bestaat naast de aanspraak jegens de rechtstreekse contractant met wie een directe bilaterale overeenkomst is gesloten. De 'derde' komt in een sterkere positie te staan, die recht doet aan de nauw samenhangende rechtsverhoudingen zoals die zich bij bouwprojecten dikwijls voordoen.<sup>39</sup>

Een dergelijk voordeel zal echter volgens ons alleen kunnen bestaan indien met eenzelfde set algemene voorwaarden wordt gewerkt, waarin in ieder geval geen van elkaar afwijkende aansprakelijkheidsregelingen en exoneratiebedingen zijn opgenomen. De vigerende bilaterale sets algemene voorwaarden voor de verhouding opdrachtgever-adviseur houden ten gunste van de adviseur aanzienlijke aansprakelijkheidsbeperkende bepalingen in.<sup>40</sup> Op dit punt zullen in de ontwikkeling van bouwrechtelijke regelgeving stappen moeten worden genomen om, in ieder geval voor contractencomplexen zoals hierboven

36. Zo zal de werktuigbouwkundig installateur zich hoofdzakelijk bezighouden met het leggen van leidingen en het plaatsen van de installaties en zich minder bekommeren om de tijdspanne en het budget van de opdrachtgever, waarbinnen het complete project tegen een marktconforme prijs en naar tevredenheid van alle bouwactoren geklaard moet worden.

37. Zij noemen de lastgeving en bemiddelingsovereenkomst als voorbeeld. Zie Ernes & Lamers, AA 2012, p. 32.

38. Zie de eerdergenoemde uitspraak Rb. Amsterdam 15 februari 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV9847.

39. Ernes & Lamers, AA 2012, p. 31.

40. Zie art. 13 t/m 16 DNR 2011, waarin de aansprakelijkheid van de adviseur ten opzichte van de opdrachtgever is beperkt tot aard van de schade, omvang en duur. Voor een uitgebreide bespreking van die aansprakelijkheidsbeperkingen van de adviseur, zie M.A.M.C. van den Berg, A.G. Bregman & M.A.B. Chao-Duivis (red.), *Bouwrecht in kort bestek* (8ste druk), Den Haag: IBR 2013, par. 5.3.4.

beschreven, tot een overkoepelende juridische regeling te komen. Ook Jansen pleit voor het aanpassen van de juridische kaders aan de nieuwe werkelijkheid en dus voor integratie van juridisch-administratieve kaders voor bouworganisatievormen.<sup>41</sup>

Chao-Duivis werpt binnen deze discussie terecht de vraag op of de oplossing van Jansen voor gesignaleerde onduidelijkheden omtrent toepasselijke algemene voorwaarden, namelijk het ontwikkelen van één coherent juridisch-administratief kader, recht doet aan het autonomiebeginsel van partijen, dat hiervoor al aan de orde kwam.<sup>42</sup> In het licht van de contractengroep als mogelijk juridisch kader voor contractencomplexen hoeft die partijautonomie ons inziens er niet aan in de weg te staan dat tot de contractengroep behorende partijen onder één coherent juridisch kader contracteren. Op het moment van contracteren in een contractengroep, hetgeen een autonome beslissing van de deelnemer is, zal bekend zijn dat de bilaterale rechtsverhouding deel uitmaakt van een groter geheel. Dat maakt dat toetreding tot dat grotere geheel ons inziens niet geheel vrijblijvend is. Er bestaan niet alleen rechten en plichten uit hoofde van de bilaterale verplichting, maar er bestaan eveneens rechtsbetrekkingen tot andere deelnemers (de voormalige derden) aan de contractengroep, met wie niet bilateraal is gecontracteerd. Men heeft niet alleen te maken met de wederpartij, maar kan zich ook op bepaalde rechten beroepen jegens andere deelnemers en kan in voorkomend geval ook door die andere deelnemers tot nakoming worden aangesproken. Juist het autonomiebeginsel rechtvaardigt dat rechtsverhoudingen als deze in het leven worden geroepen, veronderstellend dat voorafgaand aan het sluiten van de bilaterale overeenkomst bekend is bij partijen dat het contractencomplex deel uitmaakt van een contractengroep en partijen het geheel aan rechtsbetrekkingen overzien (wat ons inziens eenvoudiger is met toepassing van één coherent juridisch-administratief kader). Indien dat niet zo is, komt de wilsvetrouwensleer aan de orde en kan men zich afvragen in hoeverre wil en verklaring overeenstemden.

Indien binnen de contractengroep gewerkt wordt met gelijklopende algemene voorwaarden, kan de reikwijdte van de contractengroep zich volgens ons uitstrekken tot zowel opdrachtgever als adviseur(s), hoofd-, neven- en relevante onderaannemers. Nadrukkelijk zou ook de adviseur onderdeel moeten uitmaken van de contractengroep. Immers, alleen dan kunnen de complexe juridische vraagstukken rondom aansprakelijkheid die wij hiervoor beschreven, worden opgelost. Ook de aansprakelijkheid voor ontwerpfouten, een in de praktijk en jurisprudentie regelmatig aan de orde komend onderwerp, zou onder de paraplu van de contractengroep behoren. Vooralsnog is de ontwikkeling van het bouwrecht nog niet zover dat sprake is van één set algemene voorwaarden die van

toepassing zou kunnen zijn op de in de contractengroep bestaande verhoudingen. De veiligste route zou dan zijn om de reikwijdte van de contractengroep af te bakenen tot de meest wezenlijke bouwactoren die de uitvoering van het werk op zich hebben genomen. Immers, in die rechtsverhoudingen wordt veelal gewerkt met gelijklopende voorwaarden.

### 3.4 Het bouwteam als inspiratiebron voor de contractengroep?

Een vergelijking die zich opdringt, is die tussen de contractengroep en de al in het bouwrecht bestaande samenwerkingsvorm het *bouwteam*. Het bouwteam wordt in de literatuur aangeduid als 'een tijdelijke samenwerkingsvorm tussen vertegenwoordigers van de bouwprocesfunctie initiatief nemen, ontwerpen en uitvoeren, waarbij de deelnemers in gecoördineerd verband de werkzaamheden verrichten die uit de eigen functie voortkomen, en daarenboven, waar mogelijk, door het geven van advies medewerken aan de taakvervulling van collega-deelnemers'.<sup>43</sup> Net als de contractengroep is het bouwteam een voorbeeld van een rechtsfiguur die beoogt een samenhangende rechtsverhouding met meerdere deelnemers te reguleren, waarbij het uiteindelijke doel achter de diverse contracten (komen tot een optimale coördinatie van de bij de realisering van een werk betrokken procesfuncties) een bepalende factor is. Het grootste voordeel van samenwerking in een bouwteammodel is dat de verschillende deelnemers al in een heel vroegtijdig stadium van het bouwproces hun verschillende werkzaamheden kunnen afstemmen.<sup>44</sup> Deze samenwerking brengt tegelijkertijd mee dat iedere deelnemer verantwoordelijk blijft voor diens eigen deelzaak: de individuele taakvervulling staat voorop, zij het in een gecoördineerd verband. Ieder blijft primair verantwoordelijk voor de met zijn discipline samenhangende taak, waarbij de kennisgebieden elkaar in de marge wel ontmoeten. Van een collectieve verantwoordelijkheid of aansprakelijkheid van de deelnemers is dus geen sprake.<sup>45</sup>

Bij het bezien van de juridische rechtsverhoudingen tussen de deelnemers aan het bouwteam valt op dat de basis voor een samenwerking in een bouwteam in beginsel wordt gelegd door bilaterale afspraken tussen de opdrachtgever enerzijds en iedere aan het bouwteam deelnemende ontwerp- en uitvoeringsdeskundige anderzijds. Voor de bilaterale rechtsverhouding opdrachtgever-bouwteamaannemer wordt in de praktijk vaak het door de VGBouw ontwikkelde Model Bouwteamovereenkomst 1992 gebruikt, maar andere bouwteamdeelnemers zijn daaraan niet gebonden.<sup>46</sup> Dit is een wat vreemde constructie, nu het VGBouw Model wel bepalingen bevat die betrekking hebben op de overige bouwteamdeelnemers, zo blijkt onder

43. Asser/Van den Berg 7-VI 2013/260.

44. Asser/Van den Berg 7-VI 2013/260 en 261.

45. Asser/Van den Berg 7-VI 2013/262 en 264.

46. M.A.B. Chao-Duivis, Het bouwteam model, Den Haag: IBR 2012, p. 17; M.A.B. Chao-Duivis & A.Z.R. Koning, Veranderende rollen, Deventer: Kluwer 2001, p. 105-111.

41. C.E.C. Jansen, Een werk tot stand brengen. Over de integratie van de UAV in de UAVgc (oratie Tilburg), 2014, p. 29-30.

42. M.A.B. Chao-Duivis, Een nieuwe fase in het leerstuk van algemene voorwaarden (deel 1), TBR 2015/124, p. 735-748, p. 748.

meer uit art. 4 van het Model.<sup>47</sup> Weliswaar creëert een bouwteam multidisciplinaire samenwerking, feit blijft dat vooral sprake is van bilaterale afspraken.

In de literatuur is herhaaldelijk opgemerkt dat een multilateraal contractueel verband tussen alle aan het bouwteam deelnemende actoren zou moeten gelden, de zogenoemde totaalregeling.<sup>48</sup> Onder die totaalregeling wordt dan verstaan de relatie van de opdrachtgever met de verschillende leden van het team door middel van bilaterale overeenkomsten en de relaties van de bouwteamleden met elkaar.<sup>49</sup> De diverse bouwteamleden aanvaarden dan als team de opdracht die door hen als één samenhangend geheel in collectief verband vervuld wordt. Achterliggend idee is dat de deelnemers voortdurend op elkaars werk betrokken raken, waardoor een proces van wederkerige beïnvloeding plaatsvindt en een collectieve verantwoordelijkheid ontstaat.<sup>50</sup> Een dergelijke totaalregeling komt ons inziens dicht in de buurt van de contractengroep en zou als inspiratiebron kunnen dienen voor het toepassen van de contractengroep op bouwprocessen. Deze vorm van een geïntegreerd bouwteam zien we in de praktijk echter nog niet terug.

#### 4 Afronding

Een contractengroep zou ons inziens vooral in *complexere* bouwprojecten een juridisch kader kunnen geven. Daarmee verwerft de eventuele schadelijdende derde een sterkere positie dan onder het huidige rechtssysteem. Immers, de derde is niet aangewezen op een onrechtmatigedaadsactie, maar kan de veroorzaker van de schade aanspreken op grond van zijn wanprestatie. De derde kan jegens een andere deelnemer aan de contractengroep rechtstreeks een actie tot nakoming inzetten en hem aanspreken op diens gemeenschappelijke verantwoordelijkheid voor het project. Wel moet goed worden doordacht welke partijen tot de contractengroep (kunnen) behoren. Telkens weer zal de contractengroep moeten worden afgebakend tot relevante bouwactoren die verantwoordelijk zijn voor wezenlijke onderdelen van het bouwproject: idealiter zijn dat opdrachtgever, adviseur(s), hoofd-, onder- en nevenaannemers. Zoals uiteengezet is de positie van adviseurs in een contractengroep atypisch, gelet op de bestaande inhoudelijke verschillen in de regelgeving die van toepassing is op de rechtsverhouding opdrachtgever-adviseur en opdrachtgever-aannemer. Het in de bouwpraktijk diepgewortelde gebruik van niet-gelijkkluidende algemene voorwaarden, vooral op het gebied van de aansprakelijkheid van bouwactoren jegens de opdrachtgever, verhoudt zich niet goed tot het aannemen van een contractengroep, met daarin opgenomen *alle* relevante bouwactoren, als algemeen juridisch kader in de bouw. Dit wordt pas mogelijk indien voor de contractengroep tot een overkoepelende gelijkkluidende juridische regeling wordt gekomen. Voor

niet-wezenlijke bouwactoren (zoals onder-onderaannemers) geldt een andere afweging. Aan de hand van de omvang van het werk dat zij uitvoeren en de eventuele risico's die dat werk met zich brengt voor het grotere geheel kan worden bepaald in hoeverre deelname aan een contractengroep voordelen oplevert. Voor concrete toepassing van de contractengroep op bouwprocessen kan ons inziens de in de literatuur voor het bouwteam voorgestelde totaalregeling een inspiratiebron zijn.

47. Art. 4 luidt: 'Het bouwteam heeft als taak de voorbereiding van het project zodanig te doen verlopen dat dit resulteert in een voor de opdrachtgever aanvaardbaar ontwerp, neergelegd in een bestek met bijbehorende tekeningen. (...)'

48. Vgl. Chao-Duivis 2012, p. 224-226; Asser/Van den Berg 7-VI 2013/261.

49. Chao-Duivis 2012, p. 223.

50. Asser/Van den Berg 7-VI 2013/264.