

Kroniek verhouding onderaannemer-hoofdaannemer-opdrachtgever

Een analyse van vonnissen sinds 2013

– Mr. O.J. Tijhuis en mr. A.J.J.M. Feenstra¹

1. Inleiding

Het is inmiddels al meer dan tien jaar geleden dat in dit tijdschrift een uitgebreid overzicht verscheen van jurisprudentie over de verhouding opdrachtgever-hoofdaannemer-onderaannemer.² In die artikelen gaf Chao-Duivis aan dat de rechtspraak over de relatie opdrachtgever-hoofdaannemer-onderaannemer het bespreken waard is.³ Daar is sinds juli 2013 niets aan veranderd – integendeel. De praktijk laat zien dat er steeds vaker onderaannemers worden ingeschakeld, onder meer door de sterk genomen specialisatie in het bouwproces en de genomen complexiteit van het bouwen.⁴ Er is dus genoeg reden voor een nieuw overzicht van uitspraken over de verhouding opdrachtgever-hoofdaannemer-onderaannemer die na het verschijnen van de artikelen van Chao-Duivis in 2013 zijn geweest. Wij besteden in dit artikel tevens, met een blik vanuit de praktijk, aandacht aan meerdere relevante onderwerpen die verband houden met de relatie opdrachtgever-hoofdaannemer-onderaannemer.

Uit onze analyse van vonnissen die vanaf 1 juli 2013 zijn geweest, kwam een zeer grote hoeveelheid uitspraken naar boven, waaruit duidelijk werd dat op dit gebied veel te bespreken valt. Wij hebben hieruit een selectie moeten maken⁵ en belichten in dit artikel ten aanzien van meerdere re-

levante onderwerpen verschillende uitspraken uit de kroniekperiode (juli 2013 tot en met juli 2025). Deze kroniek geeft dus geen uitputtend overzicht van alle uitspraken die sinds 2013 zijn geweest op deze onderwerpen.

De onderwerpen die aan de orde komen houden allemaal verband met de driehoeksverhouding tussen de opdrachtgever, hoofdaannemer en onderaannemer en zien op meerdere juridische aspecten die in deze verhouding in de praktijk van belang zijn. Allereerst komt in paragraaf 2 de inhoud van de onderaannemingsovereenkomst aan bod, waarbij wij onder meer stilstaan bij het formele en materiële verband tussen de hoofdaannemingsovereenkomst en de onderaannemingsovereenkomst. In paragraaf 3 gaan wij in op diverse aspecten van de beëindiging van de hoofdaannemingsovereenkomst en/of onderaannemingsovereenkomst. In paragraaf 4 staat centraal welke rechten opdrachtgever en onderaannemer – die doorgaans geen overeenkomst met elkaar gesloten hebben – jegens elkaar hebben. In paragraaf 5 gaan wij nog in op enkele uitspraken die in onze optiek het bespreken waard zijn maar die niet per se in een van de vorige ‘categorieën’ geplaatst kunnen worden, waarna wij dit artikel in paragraaf 6 afsluiten met een korte conclusie.

2. De inhoud van de onderaannemings-overeenkomst

Het komt bij bouwprojecten regelmatig voor dat een opdrachtgever een (hoofd)aannemer⁶ inschakelt, en dat die aannemer, op zijn beurt, weer één of meer (onder)aannemers inschakelt. Met andere woorden, de hoofdaannemer laat het werk dat hij moet uitvoeren voor zijn opdrachtgever geheel

¹ Mrs. O.J. Tijhuis en A.J.J.M. Feenstra zijn beiden advocaat bij Houthoff te Rotterdam en zijn gespecialiseerd in bouw- en aanbestedingsrecht. Dit artikel is afgesloten in september 2025.

² M.A.B. Chao-Duivis, 'De verhouding onderaannemer-hoofdaannemer-opdrachtgever – een jurisprudentie onderzoek', *TBR* 2013/67, p. 435 e.v. en *TBR* 2013/81, p. 548 e.v.

³ Chao-Duivis, *TBR* 2013/67, p. 435.

⁴ Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI 2022/185.

⁵ Hoewel deze kroniek al uitgebreid is, zijn er nog steeds bepaalde onderwerpen die niet aan bod komen. Zo hebben wij bijvoorbeeld gekozen om niet in te gaan op het onderwerp van kostenverhogende omstandigheden omdat hier al relatief veel in de literatuur over verschenen is.

⁶ Wij hanteren de term 'aannemer' in dit artikel, maar dit kan even goed worden vervangen door de term 'opdrachtnemer' die vaak wordt gebruikt bij geïntegreerde contracten.

of gedeeltelijk uitvoeren door een onderaannemer.⁷ De hoofdaannemer vervult als het ware een dubbelrol. Hij is aannemer voor het totale werk en opdrachtgever met betrekking tot het uitbestede deel van het werk.⁸

Naar Nederlands recht wordt de relatie tussen hoofdaannemer en onderaannemer in principe gezien als een 'standaard' aannemingsovereenkomst.⁹ De inhoud van deze onderaannemingsovereenkomst zal vaak mede worden bepaald door de inhoud van de hoofdaannemingsovereenkomst tussen de hoofdaannemer en de opdrachtgever. *Materieel gezien* maakt de opdracht van de hoofdaannemer aan de onderaannemer namelijk onderdeel uit van de opdracht van de opdrachtgever aan de hoofdaannemer.¹⁰ De tendens in de rechtspraak is echter dat *formeel* sprake is van twee losse overeenkomsten: twee bilaterale rechtsverhoudingen met ieder een eigen identiteit.¹¹ Dit kan knelpunten opleveren, waar met name de hoofdaannemer last van zal hebben als de overeenkomst met zijn opdrachtgever niet aansluit op de overeenkomst met zijn (onder)aannemer. We bespreken enkele aandachtspunten in deze paragraaf.

2.1 Formeel sprake van twee losse overeenkomsten

In een procedure bij de rechtbank Den Haag van 13 mei 2017 kwam aan de orde dat de hoofdaannemingsovereenkomst en de onderaannemingsovereenkomst formeel worden beschouwd als twee losse overeenkomsten. In deze zaak was tussen een hoofdaannemer en onderaannemer een geschil ontstaan over vergoeding van door de onderaannemer verricht meerwerk. De hoofdaannemer deed met betrekking tot dat meerwerk een beroep op een *back-to-back* afspraak die, kort samengevat, zou inhouden dat meerwerkclaims van de onderaannemer uitsluitend zouden worden erkend en betaald, voor zover deze claims ook door de opdrachtgever van hoofdaannemer zouden worden erkend en betaald. De rechtbank overwoog over die vermeende *back-to-back* afspraak en de verhouding tussen beide overeenkomsten als volgt:

'De tussen partijen gesloten (onder)aannemingsovereenkomst is in beginsel een zelfstandige overeenkomst. Indien [de B.V.] een meerwerkopdracht aan [A] verstrekt, heeft hij daarvoor als hoofdaannemer/opdrachtgever in beginsel een betalingsverplichting jegens zijn onderaannemer, ook indien hij

dit meerwerk als hoofdaannemer vervolgens niet van de gemeente krijgt vergoed. Dit kan anders zijn indien partijen daarover onderling bij aanbod en aanvaarding afwijkende afspraken hebben gemaakt, maar van dergelijke afspraken is niet gebleken.'¹²

In een andere zaak van 29 december 2021 gaf de rechtbank Midden-Nederland een vergelijkbaar oordeel. Dit geschil zag op de vraag wie aansprakelijk was voor de schade ontstaan als gevolg van een lekkage in een cementdekvloer. Ook in dit vonnis benadrukt de rechtbank dat het uitgangspunt is dat tussen de opdrachtgever en onderaannemers geen contractuele relatie bestaat en dat dus sprake is van zelfstandige overeenkomsten.¹³

Tot slot wijzen wij nog op de uitspraak van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 2 februari 2016, waarin het hof duidelijk maakte dat sprake was van twee aparte overeenkomsten. Het hof oordeelde in deze zaak dat de onderaannemer de opdrachtgever van de hoofdaannemer niet hoefde te waarschuwen, omdat deze geen partij was bij de overeenkomst tussen de opdrachtgever en hoofdaannemer.¹⁴

2.2 Materieel verband tussen de onderaannemingsovereenkomst en de hoofdaannemingsovereenkomst

Hoewel formeel losstaand, zal de inhoud van de onderaannemingsovereenkomst vaak mede worden bepaald door de inhoud van de overeenkomst van de hoofdaannemer met de opdrachtgever – er bestaat immers een nauwe samenhang.¹⁵ Wat de onderaannemer levert zal overeen moeten komen met wat de hoofdaannemer aan zijn opdrachtgever moet leveren. Als dat niet het geval is, dan zal dat (met name) voor de hoofdaannemer problematisch zijn. Het is met name voor de hoofdaannemer dus zaak om zorgvuldig *back-to-back* te contracteren met zijn onderaannemer(s).¹⁶

Uit de gevonden jurisprudentie sinds 2013 blijkt dat in de praktijk geregeld geschillen ontstaan omdat de inhoud van de onderaannemingsovereenkomst niet aansluit op de hoofdaannemingsovereenkomst. We noemen een aantal recente voorbeelden.

⁷ Chao-Duivis, *TBR* 2013/67, p. 436.

⁸ Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI 2022/184.

⁹ H.L. van der Beek, in: *T&C Bouwrecht*, art. 7:751 BW, aant. 1.

¹⁰ M.A.B. Chao-Duivis, 'De verhouding opdrachtgever-hoofdaannemer-onderaannemer', in: M.A.B. Chao-Duivis & A.G. Bregman (red.), *Bouwrecht in kort bestek* (9de druk), Den Haag: IBR 2016, p. 183.

¹¹ T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Meerpartijenovereenkomst en samenhangende overeenkomsten* (Mon. BW nr. A29), Deventer: Wolters Kluwer 2019/63.

¹² Rb. Den Haag 3 mei 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:4571, r.o. 4.16-4.17.

¹³ Rb. Midden-Nederland 29 december 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:6442, r.o. 4.1-4.2. Ook in een uitspraak van de Rb. Gelderland 27 juli 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:3805, r.o. 5.1 en 5.10.

¹⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden 2 februari 2016, ECLI:NL:GharL:2016:678, r.o. 5.4.

¹⁵ Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI 2022/187.

¹⁶ S. van den Boogaart & L.F. Dröge, 'Back-to-back contracteren bij DBFM(O)-projecten – Aandachtspunten, risico's en valkuilen bij het back-to-back doorleggen van rechten en verplichtingen', *TBR* 2015/97, par. 5.

Een eerste voorbeeld is de uitspraak van de Raad van Arbitrage in Bouwgeschillen (hierna: de Raad) van 28 januari 2022.¹⁷ In deze zaak had een hoofdaannemer een onderaannemer ingeschakeld voor de realisatie van woningen. De onderaannemer was onder meer verantwoordelijk voor het leveren en plaatsen van stel- en kunststof gevelkozijnen. Na oplevering kwamen er klachten van bewoners over tocht en kou. De opdrachtgever stelde de hoofdaannemer aansprakelijk, en vervolgens stelde ook de hoofdaannemer de onderaannemer aansprakelijk. Er zou sprake zijn van een gebrek, omdat de kunststof kozijnen onder meer niet zouden voldoen aan het KOMO-atteest.

Het geschil spitte zich toe op de vraag welke eisen aan het werk waren overeengekomen in de onderaannemingsovereenkomst. De Raad oordeelde dat de onderaannemer op grond van de onderaannemingsovereenkomst niet gehouden was om zich aan het KOMO-atteest te houden, omdat de hoofdaannemer haar verplichtingen uit de hoofdaannemingsovereenkomst en de daarvan deel uitmakende contractdocumenten niet had doorgelegd aan de onderaannemer. Zo waren de bijlagen bij de hoofdaannemingsovereenkomst, waarin uitdrukkelijk werd verwezen naar het KOMO-atteest, nooit aan de onderaannemer overhandigd of toegezonden. Ook het beroep van hoofdaannemer op de *back-to-back* clause uit de onderaannemingsovereenkomst kon haar niet baten. Deze *algemene* bepaling die erop neerkwam dat hoofdaannemer en onderaannemer dezelfde rechten en verplichtingen jegens elkaar hadden als opdrachtgever en hoofdaannemer was naar het oordeel van arbiters onvoldoende om deze *specifieke* verplichtingen van hoofdaannemer door te leggen naar onderaannemer.¹⁸ De vordering van de hoofdaannemer werd daarom afgewezen.

De voornoemde uitspraak staat niet op zichzelf. Andere uitspraken van de Raad waarin een hoofdaannemer met succes werd tegengeworpen dat hij niet alle contractstukken van de hoofdaannemingsovereenkomst aan de onderaannemer had verstrekt, zijn de uitspraken van 24 april 2014 en 9 maart 2016.¹⁹ Over het algemeen doet de hoofdaannemer er dus goed aan om de relevante contractstukken met de onderaannemer te delen.

Daarnaast zien we dat de overweging dat een *algemene back-to-back* clause niet volstaat, steeds meer een ‘standaardoverweging’ van de Raad lijkt te worden in zijn jurisprudentie.²⁰ In meerdere relatief recente zaken, onder meer de uitspraken van

22 februari 2019 en 28 januari 2022, oordeelde de Raad namelijk steevast dat in een *back-to-back* clause *uitdrukkelijk* en *specifiek* moet worden bepaald welke bepalingen uit de hoofdaannemingsovereenkomst *back-to-back* worden doorgelegd naar de onderaannemingsovereenkomst.²¹ Een praktische aanbeveling voor de hoofdaannemer is dus om zo specifiek mogelijk aan te geven welke bepalingen uit de hoofdaannemingsovereenkomst *back-to-back* worden doorgelegd in de onderaannemingsovereenkomst. Met grote regelmaat komen wij nog bepalingen tegen waarin ‘slechts’ in algemene zin is bepaald dat de bepalingen worden doorgelegd naar de onderaannemer. Met dergelijke bepalingen neemt de hoofdaannemer dus een risico.

Tot slot bespreken wij in dit kader nog een uitspraak van het gerechtshof Den Haag uit 2020.²² In deze zaak was tussen partijen niet in geschil dat hoofdaannemer met zijn opdrachtgever had afgesproken dat het elektrawerk zou worden uitgevoerd conform de NEN1010-normering én dat onderaannemer hiervan op de hoogte was. Ook was niet in geschil dat hoofdaannemer wist dat onderaannemer niet gecertificeerd was en evenmin beschikte over een diploma van de cursus NEN1010. Desalniettemin kwam het gerechtshof tot het oordeel dat onderaannemer wist dat hij het werk moest uitvoeren volgens de NEN1010-norm. De raadsheren achtten hiervoor van doorslaggevend belang dat de hoofdaannemer de onderaannemer eerst het aangenomen werk had laten uitvoeren in een modelkamer. Nadat dit werk was goedgekeurd door een gecertificeerd bedrijf – de NEN1010 was hier in orde – had hoofdaannemer het werk gegund aan onderaannemer en mocht hoofdaannemer ervan uitgaan dat onderaannemer het overige werk zou realiseren conform de NEN1010-norm.²³ Deze uitspraak laat dus zien dat specifieke feitelijke omstandigheden – in dit geval het vóór gunning uitvoeren van werkzaamheden in een modelkamer – zeer van belang zijn voor het antwoord op de vraag welke verplichtingen zijn doorgelegd aan de onderaannemer.

3. Beëindiging van de hoofdaannemingsovereenkomst en/of onderaannemingsovereenkomst

Als uitgangspunt geldt dat het eindigen van de hoofdaannemingsovereenkomst niet meebrengt dat daardoor ook *automatisch* de onderaannemingsovereenkomst zal eindigen (of andersom). Er is formeel immers sprake van twee losse overeenkomsten. De rechtbank Amsterdam oordeelde bijvoorbeeld in 2024 dat er geen automatische beëindiging

¹⁷ RvA 28 januari 2022, Nr. 37.128.

¹⁸ RvA 28 januari 2022, Nr. 37.128, r.o. 10-22.

¹⁹ RvA 24 april 2014, Nr. 33.986, r.o. 2019 en RvA 9 maart 2016, Nr. 17.959/71.961, r.o. 48-49.

²⁰ Zie hierover ook: S. van den Boogaart en J.S.O den Houting, 'De 'back-to-back' clause op zijn retour?', *TBR* 2023/64, p. 466 en RvA 10 april 2024, Nr. 37.683, r.o. 20-24.

²¹ Zie o.a.: RvA 12 oktober 2012, Nr. 31.641; RvA 22 februari 2019, Nr. 36.154, *BR* 2019/57, m.nt. E.L.B. van Eck (*poppodium Doornroosje*); RvA 28 januari 2022, Nr. 37.128 en RvA 2 september 2022, Nr. 37.243.

²² Hof Den Haag 18 februari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:204.

²³ Hof Den Haag 18 februari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:204, r.o. 5.

van de onderaannemingsovereenkomst was, omdat sprake was van separate overeenkomsten en er in de onderaannemingsovereenkomst geen grond was te vinden voor die automatische beëindiging.²⁴

Het ligt echter wel voor de hand dat ook de onderaannemingsovereenkomst wordt beëindigd als de hoofdaannemingsovereenkomst wordt beëindigd. Immers, de onderaannemingsovereenkomst heeft zonder de hoofdaannemingsovereenkomst *materieel gezien* geen bestaansrecht meer.²⁵

Deze materiële verbondenheid kan onder omstandigheden leiden tot een ontbindingsrecht om de onderaannemingsovereenkomst te beëindigen. Wij wijzen bijvoorbeeld op een recente uitspraak van de rechtbank Den Haag van 14 mei 2025 waarin de 'lotsverbondenheid' tussen de hoofdaannemingsovereenkomst en onderaannemingsovereenkomst aan de orde was.²⁶ In die zaak zou Mercedes-Benz voertuigen produceren en leveren aan het Ministerie van Defensie. Op haar beurt zou VDL Bus Eindhoven als onderaannemer van Mercedes-Benz optreden. Het Ministerie van Defensie beëindigde de aannemingsovereenkomst met Mercedes-Benz. Vervolgens beriep Mercedes-Benz zich op de ontbinding van de onderaannemingsovereenkomst met VDL. VDL betwistte de ontbinding en stelde dat de onderaannemingsovereenkomst nog van kracht was. Dit geschil leidde tot een procedure bij de rechtbank Den Haag. De rechtbank stelde daarvoor:

'Overeenkomsten kunnen zozeer met elkaar verbonden zijn, dat ontbinding van de ene overeenkomst ook gevolgen kan hebben voor de andere overeenkomst(en). Een zodanige verbondenheid van overeenkomsten wordt wel 'lotsverbondenheid' genoemd. Niet in het algemeen mag worden aangenomen dat sprake is van 'lotsverbondenheid' tussen twee aparte overeenkomsten, enkel omdat deze overeenkomsten enig verband met elkaar hebben. Of sprake is van lotsverbondenheid van overeenkomsten is afhankelijk van de aard van de rechtsverhouding in het licht van de omstandigheden van het geval. (...) Als sprake is van lotsverbondenheid tussen twee overeenkomsten, kan de ontbinding van één van die overeenkomsten wegens wanprestatie aan de zijde van de wederpartij naar redelijkheid en billijkheid ook de ontbinding van de andere overeenkomst rechtvaardigen. Verwezen wordt naar HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3162 (AgfaPhoto v. Foto Noort c.s.). Aldus is naast lotsverbondenheid voor ontbinding van de 'verbonden' overeenkomsten ook vereist dat de ontbinding van één van de overeenkomsten naar rede-

lijkheid en billijkheid de ontbinding van de andere overeenkomst rechtvaardigt.²⁷

Na uitvoerig in te zijn gegaan op diverse relevante feitelijke omstandigheden, oordeelde de rechtbank dat Mercedes-Benz de overeenkomst mocht ontbinden wegens lotsverbondenheid.²⁸ Kortom, beëindiging van de hoofdaannemingsovereenkomst kan onder omstandigheden leiden tot een recht om de onderaannemingsovereenkomst te beëindigen.

Verder is het ook mogelijk dat partijen *overeenkomen* dat de onderaannemingsovereenkomst automatisch eindigt als de hoofdaannemingsovereenkomst eindigt. Dit blijkt bijvoorbeeld uit een uitspraak in kort geding van de rechtbank Amsterdam van 25 mei 2022. Deze zaak speelde in de context van de bouw van de A-Pier op Schiphol. Schiphol had opdracht gegeven aan bouwcombinatie BN-TAV voor de bouw van de A-Pier op Schiphol. Op haar beurt had BN-TAV 145 onderaannemers ingeschakeld, waaronder ABT, die elk een eigen deel van het werk zouden realiseren. Op hun beurt hebben enkele onderaannemers ook weer onderaannemers ingeschakeld, waaronder ABT die Nijburg heeft ingeschakeld. Schiphol beriep zich in november 2021 op de beëindiging van de hoofdaannemingsovereenkomst met BN-TAV.²⁹ Vervolgens heeft BN-TAV ook de onderaannemingsovereenkomsten met de onderaannemers beëindigd.

Het kortgedingvonnis van 25 mei 2022 zag op een geschil tussen onderaannemer ABT en onderaannemer Nijburg. Onderaannemer Nijburg vorderde in kort geding betaling van onderaannemer ABT voor verrichte werkzaamheden. In deze procedure speelde de vraag op welke grond de onderaannemingsovereenkomst was geëindigd, en wat de gevolgen daarvan waren. In de overeenkomst tussen Nijburg en ABT stond:

'If the employment of ABTJV under its contract with the Client is determined [vermoedelijk is bedoeld 'terminated'], the Supplier's/Subcontractor's employment under the Agreement shall automatically be determined. The Subcontractor shall immediately cease to occupy the Work Site. If the employment of ABTJV under its contract with the Client is determined for any reason other than in consequence of any breach of the Agreement by the Subcontractor, the Subcontractor shall be entitled to be paid; as complete settlement of the termination.'

²⁷ Rb. Den Haag 14 mei 2025, ECLI:NL:RBDHA:2025:8501, r.o. 4.10.

²⁸ Rb. Den Haag 14 mei 2025, ECLI:NL:RBDHA:2025:8501, r.o. 4.11-4.12.

²⁹ Inmiddels is in een uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 30 juli 2025 geoordeeld dat Schiphol niet gerechtigd was om die beëindiging in te roepen, zie Rb. Amsterdam 30 juli 2025, ECLI:NL:RBAMS:2025:5463, r.o. 5.204. BN-TAV stemde echter onder protest in met de beëindiging in een *Amicable Handover Agreement*, waardoor de overeenkomst alsnog eindigde.

²⁴ Rb. Amsterdam 3 juli 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:4155, r.o. 4.3.

²⁵ Zie o.a.: J. Rozemond, 'De onderaannemingsovereenkomst', *BR* 1980, p. 263; H.C. Wesseling, *BR* 1982, p. 17 en Van den Boogaart en Dröge, *TBR* 2015/97, p. 579.

²⁶ Rb. Den Haag 14 mei 2025, ECLI:NL:RBDHA:2025:8501.

De vraag was of de overeenkomst tussen Nijburg en ABT automatisch was beëindigd na de ontbinding door Schiphol van de hoofdaannemingsovereenkomst met BN-TAV, of dat de ontbinding van Nijburg kort daarna effect had gesorteerd. De rechtbank oordeelde dat alle overeenkomsten in de keten *back-to-back* waren gesloten, hetgeen tot gevolg heeft dat beëindiging van de hoofdovereenkomst ook de beëindiging, per hetzelfde moment, van de op die hoofdovereenkomst geënte onderaannemingsovereenkomsten tot gevolg heeft gehad.³⁰ De rechtbank heeft daarbij kennelijk toepassing gegeven aan de hiervoor geciteerde contractsbepaling, die afweek van het beginsel dat formeel sprake is van losse overeenkomsten. De vordering van Nijburg werd overigens alsnog afgewezen, omdat de zaak zich niet leende voor kort geding.³¹

De beëindiging van de hoofdaannemingsovereenkomst tussen Schiphol en BN-TAV ten aanzien van de A-Pier heeft overigens aanleiding gegeven tot een aanzienlijk aantal juridische procedures, waarin diverse punten aan bod komen die spelen bij de beëindiging van een hoofdaannemingsovereenkomst; een aantal daarvan bespreken wij hierna.

3.1 Welke grond voor beëindiging onderaannemingsovereenkomst?

In de procedures ten aanzien van de A-Pier is veelal aan de orde op welke grond de (onder)aannemingsovereenkomst is beëindigd. De discussie is dan of dit een beëindiging is geweest wegens wanprestatie van de (onder)aannemer (*'termination for (Sub)contractor default'*) of dat de opdrachtgever gebruik heeft gemaakt van zijn recht om de aannemingsovereenkomst te allen tijde te beëindigen (*'termination for convenience'*). Dit is namelijk van belang voor de vraag in hoeverre welke partij recht heeft op (schade)vergoeding ten gevolge van de beëindiging, omdat bij verschillende typen beëindigingen verschillende afrekeningsmechanismen gelden die weer tot verschillende vergoedingsplichten leiden.

Het is daarbij goed om op te merken dat de beëindigingsgrond onder de hoofdaannemingsovereenkomst niet dezelfde hoeft te zijn als die onder de onderaannemingsovereenkomst. Denkbaar is bijvoorbeeld dat de hoofdaannemingsovereenkomst is beëindigd wegens een tekortkoming van de hoofdaannemer, terwijl de desbetreffende onderaannemer ter zake geen blaam treft, waardoor de onderaannemingsovereenkomst 'slechts' kan worden opgezegd (*'termination for convenience'*).

De discussie over de grond waarop de opdrachtgever mocht beëindigen speelde bijvoorbeeld in een uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 22 augustus 2022, in een procedure tussen onderaannemer ABT en onder-onderaannemer SPIE. De rechtbank oordeelde dat zij niet kon vaststellen dat sprake was van een tekortkoming van SPIE.³² Bijgevolg concludeerde de rechtbank dat de onder-onderaannemingsovereenkomst niet was beëindigd wegens *'Subcontractor Default'* en dat dus sprake was van *'termination for convenience'*. Het gerechtshof Amsterdam heeft het oordeel van de rechtbank op dit punt inmiddels bekrachtigd.³³

Dezelfde discussie speelde in een procedure tussen hoofdaannemer BN-TAV en onderaannemer Bysteel³⁴ en in een procedure tussen onderaannemer ABT en onder-onderaannemer Honeywell.³⁵ In beide zaken oordeelde de rechtbank Amsterdam eveneens dat niet was komen vast te staan dat Bysteel en/of Honeywell waren tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst. Er was in beide gevallen dus sprake van *'termination for convenience'*.

In een zaak tussen hoofdaannemer BN-TAV en een (geanonimiseerde) failliete onderaannemer werd echter wél geoordeeld dat sprake was van *'termination for Subcontractor default'*, omdat het dreigende faillissement van de onderaannemer in casu te gelden had als een *'Subcontractor default'*.³⁶

Tot slot heeft de rechtbank Amsterdam recent tussenvonnissen gewezen in de procedure tussen opdrachtgever Schiphol en hoofdaannemer BN-TAV. In dat vonnis oordeelde de rechtbank dat BN-TAV weliswaar tekort was geschoten in de nakoming van haar verplichtingen, maar dat die tekortkomingen van onvoldoende gewicht waren om ontbinding van de overeenkomst te rechtvaardigen. Schiphol mocht de overeenkomst daarom niet *'for Contractor default'* beëindigen.³⁷ *'Termination for convenience'* bood echter ook geen uitkomst, omdat in de overeenkomst was bepaald dat *'The Employer shall not terminate the Contract under this Sub-Clause in order to execute the Works himself or to arrange for the Works to be executed by another contractor.'* Het stond vast dat Schiphol aan een andere aannemer (BAM) opdracht had gegeven om de pier te voltooien. De rechtbank oordeelde daarom dat

³² Rb. Amsterdam 24 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4985, r.o. 5.2-5.6.

³³ Hof Amsterdam 11 februari 2025, ECLI:NL:GHAMS:2025:361, r.o. 5.13-5.17.

³⁴ Rb. Amsterdam 30 augustus 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:5452, r.o. 4.6-4.27.

³⁵ Rb. Amsterdam 17 juli 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:4347, r.o. 5.4-5.9.

³⁶ Rb. Amsterdam 3 juli 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:4155, r.o. 4.1-4.8.

³⁷ Rb. Amsterdam 30 juli 2025, ECLI:NL:RBAMS:2025:5463, r.o. 5.190-5.197.

³⁰ Rb. Amsterdam 25 mei 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:2851, r.o. 6.3.

³¹ Rb. Amsterdam 25 mei 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:2851, r.o. 6.1 en 6.10.

Schiphol geen beroep kon doen op ‘*termination for convenience*’.³⁸ Desondanks oordeelde de rechtbank dat de overeenkomst uiteindelijk wél was geëindigd, omdat BN-TAV daar onder protest mee akkoord was gegaan.³⁹

3.2 Wanneer heeft de onderaannemer recht op betaling?

De wettelijke hoofdregel van art. 6:38 BW is dat een vordering die ontstaat, direct opeisbaar is. In principe kan een onderaannemer een betalingsvordering dus direct afdwingen bij de hoofdaannemer en is daarbij niet relevant of de hoofdaannemer door zijn opdrachtgever betaald heeft gekregen. Partijen kunnen hier bij overeenkomst wel van afwijken. In de praktijk zien we regelmatig afspraken in onderaannemingsovereenkomsten die bepalen wanneer een onderaannemer recht heeft op betaling van de hoofdaannemer. Deze afspraken worden doorgaans aangegeven met de termen ‘*pay if paid*’ en ‘*pay when paid*’. Beide begrippen houden in essentie in dat de hoofdaannemer pas een bepaalde betaling aan de onderaannemer hoeft te verrichten, zodra de hoofdaannemer de equivalente betaling heeft ontvangen van zijn opdrachtgever. In de regel duidt ‘*pay if paid*’ erop dat de betalingsverplichting van de hoofdaannemer aan de onderaannemer pas ontstaat, zodra de opdrachtgever heeft betaald aan de hoofdaannemer. Als de opdrachtgever uiteindelijk nooit betaalt, zal de onderaannemer dus ook nooit een vordering op de hoofdaannemer verkrijgen. ‘*Pay when paid*’ houdt in dat de vordering van de onderaannemer in principe wel ontstaat, maar pas opeisbaar wordt zodra de hoofdaannemer de equivalente betaling van de opdrachtgever heeft ontvangen. Deze beginselen beogen veelal te voorkomen dat een hoofdaannemer in liquiditeitsproblemen komt, omdat hij zijn onderaannemer al moet betalen maar nog niet betaald heeft gekregen van zijn opdrachtgever.

In de zaken ten aanzien van de A-Pier speelt – gellet op de beëindiging van de hoofdaannemingsovereenkomst in november 2021 en vervolgens de beëindiging van de (onder-)onderaannemingsovereenkomsten – meermalen de discussie *wanneer* de onderaannemers recht hebben op betaling. Moeten zij daarvoor afwachten tot hoofdaannemer BN-TAV eruit is met opdrachtgever Schiphol (als gevolg van een gerechtelijke uitspraak dan wel een minnelijke regeling) of zijn hun vorderingen direct opeisbaar?

Deze vraag was bijvoorbeeld aan de orde in de zaak tussen onderaannemer ABT en onder-onder-aannemer SPIE. In die procedure vorderde SPIE

betaling van bedragen waar zij recht op stelde te hebben, terwijl ABT onder meer aanvoerde dat de vorderingen van SPIE nog niet opeisbaar zouden zijn, omdat er een *back-to-back* en *pay-when-paid* principe zou zijn overeengekomen. Het gerechtshof Amsterdam heeft deze discussie per vordering van SPIE beslecht. Het gerechtshof oordeelde dat de vorderingen die zijn ontstaan ten gevolge van de beëindiging (voor verricht werk en geleverde materialen) opeisbaar waren, omdat de betreffende bepalingen in de overeenkomst geen *back-to-back* of *pay-when-paid* principe bevatten.⁴⁰ Ten aanzien van het meerwerk en de vertrags- en verstoringschade (‘*EOT- en Disruption-Claims*’) oordeelde het hof echter anders. Het hof concludeerde dat de *back-to-back* en *pay-when-paid* principes terugkwamen in de contractuele bepalingen die zagen op meerwerk- en vertragsvorderingen. Deze vorderingen waren volgens het hof dus nog niet opeisbaar en werden afgewezen.⁴¹ Uit het roljournaal van de Hoge Raad blijkt dat SPIE tussentijds cassatieberoep heeft ingesteld tegen het arrest van het hof. Er volgt naar verwachting op korte termijn een arrest van de Hoge Raad waarin hij – afhankelijk van de cassatieklachten – zich wellicht uitlaet over fundamentele rechtsvragen op dit onderwerp.

Een uitspraak van de rechtbank Amsterdam uit 2024 in een procedure tussen onderaannemer ABT en onder-onderaannemer Honeywell bevat een soortgelijk oordeel. De rechtbank oordeelde dat de vorderingen die zijn ontstaan ten gevolge van de beëindiging (voor verricht werk en geleverde materialen) opeisbaar waren.⁴² De rechtbank oordeelde dat Honeywell nog geen recht had op betaling van meerwerk, omdat ABT dat meerwerk nog niet betaald had gekregen van BN-TAV (*pay-when-paid*).⁴³ Anders dan in de zaak tussen ABT en SPIE, was de verdragingschadevordering van Honeywell al wél opeisbaar. De rechtbank overwoog daarbij dat onder meer de verdragingschadevordering van Honeywell richting ABT niet gerelateerd was aan een kwestie die ter beoordeling voorlag aan de Engineer van Schiphol.⁴⁴

Opmerking verdient nog dat in eerdere uitspraken van de rechtbank Amsterdam uit 2022 (in een zaak tussen onderaannemer ABT en onder-onder-aannemer SPIE) en de Raad uit 2023 (tussen ABT en een geanonimiseerde onder-onderaannemer) de vorderingen van onder-onderaannemers richting

³⁸ Rb. Amsterdam 30 juli 2025, ECLI:NL:RBAMS:2025:5463, r.o. 5.198-5.201.

³⁹ Rb. Amsterdam 30 juli 2025, ECLI:NL:RBAMS:2025:5463, r.o. 5.202.

⁴⁰ Hof Amsterdam 11 februari 2025, ECLI:NL:GHAMS:2025:361, r.o. 5.24-5.34.

⁴¹ Hof Amsterdam 11 februari 2025, ECLI:NL:GHAMS:2025:361, r.o. 5.47-5.56.

⁴² Rb. Amsterdam 17 juli 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:4347, r.o. 5.14-5.27.

⁴³ Rb. Amsterdam 17 juli 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:4347, r.o. 5.52-5.58.

⁴⁴ Rb. Amsterdam 17 juli 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:4347, r.o. 5.60-5.69 en RvA 19 juni 2023, Nr. 37406, r.o. 47-48.

onderaannemer ABT integraal zijn afgewezen, omdat de vorderingen nog niet opeisbaar waren. De rechtbank oordeelde dat geen sprake was van een 'zuivere' *'termination for convenience'*, waarbij ABT vrijwillig ervoor zou kiezen om een onder-onderaanemer te vervangen. Bij een dergelijke 'zuivere' *'termination for convenience'* zou de *final payment application*-procedure nog niet van toepassing zijn, omdat de overeenkomsten hoger in de keten in die situatie nog zouden voortbestaan. Volgens de rechtbank verschilde de 'zuivere' *'termination for convenience'* van de situatie die zich voordeed, namelijk de situatie waarin óók de bovenliggende overeenkomsten in de keten waren beëindigd. De rechtbank (en de Raad) oordeelden dat daarom een eindafrekening 'op alle niveaus' moest plaatsvinden, waardoor de procedure van de 'Final Payment Application' van overeenkomstige toepassing was. De onder-onderaannemers moesten daardoor de eindafrekening hoger in de keten afwachten, omdat de onder-onderaanemingsovereenkomst bepaalde dat ABT in die procedure een beroep mocht doen op *determinations* van de Engineer van Schiphol en/of hoofdaannemer BN-TAV.⁴⁵ Voor de volledigheid merken wij op dat het gerechtshof Amsterdam in 2025 – in het hiervoor besproken arrest – heeft geoordeeld dat de grieven van SPIE tegen het oordeel van de rechtbank deels slagen, zodat het vonnis deels zal worden vernietigd.⁴⁶

Tot slot oordeelde de rechtbank Amsterdam in 2023 dat de vorderingen van onderaannemer Bysteel richting hoofdaannemer BN-TAV opeisbaar waren, omdat partijen de *back-to-back* bepalingen tijdens de onderhandelingen uitdrukkelijk buiten toepassing hadden verklaard.⁴⁷ Daardoor was de wettelijke hoofdregel van toepassing en waren de vorderingen van Bysteel opeisbaar.

4. Welke rechten en plichten hebben opdrachtgever en onderaannemer jegens elkaar?

Hoewel het uitgangspunt is dat de opdrachtgever en onderaannemer géén contractuele relatie met elkaar hebben, kunnen zij niettemin wél rechten en/of plichten jegens elkaar hebben. In deze paragraaf wordt bij enkele bronnen van dergelijke rechten en plichten stilgestaan aan de hand van meerdere uitspraken.

⁴⁵ Rb. Amsterdam 24 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4985, r.o. 5.26-5.33 en RvA19 juni 2023, Nr. 37406, r.o. 45-48.

⁴⁶ Hof Amsterdam 11 februari 2025, ECLI:NL:GHAMS:2025:361, r.o. 5.22-5.35. De grieven slagen ten aanzien van de vorderingen van SPIE voor verricht werk.

⁴⁷ Rb. Amsterdam 30 augustus 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:5452, r.o. 4.28-4.36.

4.1 Mogelijkheid 1: Onrechtmatige daad

Een wanprestatie van de onderaannemer jegens de hoofdaannemer kan onder omstandigheden tevens worden aangemerkt als een onrechtmatige daad van de onderaannemer jegens de opdrachtgever.⁴⁸ In dit kader is de 'schakeljurisprudentie' van de Hoge Raad relevant, die is begonnen met het arrest Vleesmeesters/Alog van de Hoge Raad uit 2004.⁴⁹ De Hoge Raad overwoog in dit arrest, kort samengevat, dat wanneer iemand zich per overeenkomst gebonden heeft, het hem niet onder alle omstandigheden vrijstaat de belangen te verwaarlozen die derden bij een behoorlijke nakoming van de overeenkomst kunnen hebben. Degene die wanpresteert kan dan onrechtmatig handelen tegenover die derde. De Hoge Raad noemt in dit arrest een hele reeks aan gezichtspunten die relevant kunnen zijn bij dat oordeel.

In de aannemingssfeer was deze 'schakeljurisprudentie' aan de orde in het zogenaamde Leidendak-arrest van de Hoge Raad uit 2012. In dit arrest voegde de Hoge Raad aan de hiervoor omschreven overwegingen uit het Vleesmeesters/Alog arrest nog toe: 'De onderaannemer zal in het algemeen binnen bepaalde grenzen rekening hebben te houden met de belangen van de opdrachtgever en de opdrachtgever zal in het algemeen erop mogen vertrouwen dat de onderaannemer dat doet.' De Hoge Raad oordeelde verder dat een wanprestatie jegens de hoofdaannemer in principe niet direct een onrechtmatige daad jegens de opdrachtgever oplevert, maar dat bepaalde omstandigheden wel kunnen maken dat een onderaannemer mede jegens de opdrachtgever onzorgvuldig te werk is gegaan en aldus in strijd heeft gehandeld met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer jegens een opdrachtgever betaamt.⁵⁰

In de jurisprudentie wordt regelmatig navolging gegeven aan het Leidendak-arrest, veelal in zaken

⁴⁸ Zie over de mogelijkheid in het algemeen dat een wanprestatie van een schuldenaar tegenover zijn contractuele wederpartij tevens een onrechtmatige daad kan opleveren tegenover een derde die daardoor, op een voor de wanpresterende schuldenaar kenbare wijze, in zijn belangen wordt geschaad: C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden: een analyse van de contractswerking*, Deventer: Kluwer 1999, nr. 313 e.v.; Asser/Sieburgh 6-III 2018/520, 522 en Tjong Tjin Tai, 2019/57.

⁴⁹ HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:A09069 (*Vleesmeesters/Alog*), r.o. 3.4. Zie voor een uitvoerige bespreking van dit arrest: M.J. van Laarhoven, 'Over derdenwerking van overeenkomsten en samenhangende rechtsverhoudingen. Enkele beschouwingen n.a.v. HR 24 september 2004, RvdW 2004, 108 (*Vleesmeesters/Alog*)', *NTBR* 2005/2, p. 48-59; Tjong Tjin Tai 2019/63 en C.E.C. Jansen, *Aanneming van werk* (Mon. BW nr. B84), Deventer: Wolters Kluwer 2013/23.

⁵⁰ HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT7496 (*Wierds/Visseren*), r.o. 3.4.3. Zie voor een bespreking van dit arrest: 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 (*Wierds/Visseren*)', *TBR* 2012/119 en F.R.A. Schaaf, 'De paardensprong in het adviseursrecht – Beschouwingen naar aanleiding van HR 20 januari 2012, NJ 2012, 59 (*Wierds/Visseren*)', *TBR* 2015/160.

waar de opdrachtgever een consument is. Een eerste voorbeeld hiervan is de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 6 november 2020. In deze zaak had een onderaannemer een gebrekkige tegelvloer geplaatst en reageerde hij nadien niet meer op berichten van de opdrachtgever. De rechtbank nam onder verwijzing naar het Leiendak-arrest tot uitgangspunt dat de enkele omstandigheid dat sprake is van ondeugdelijk werk niet voldoende is voor het aannemen van een onrechtmatige daad jegens de opdrachtgever. De rechtbank was desalniettemin van oordeel dat de onderaannemer in dit specifieke geval onrechtmatig jegens de opdrachtgever in de hoofdaannemingsovereenkomst had gehandeld, omdat de onderaannemer onzorgvuldig met de belangen van de opdrachtgever was omgegaan, hij de gebreken niet had hersteld en op enig moment ook van de radar was verdwenen.⁵¹

In een uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 1 december 2023, stelde de opdrachtgever in de hoofdaannemingsovereenkomst zich op het standpunt dat de onderaannemer onrechtmatig jegens hem had gehandeld, omdat onderaannemer fouten zou hebben gemaakt bij de plaatsing van een warmtepomp. De rechtbank ging uiteindelijk mee in dit standpunt van de opdrachtgever. Doorslaggevend voor het oordeel van de rechtbank was dat de onderaannemer onzorgvuldig had gehandeld jegens de opdrachtgever in de hoofdaannemingsovereenkomst door onvoldoende oog te hebben voor de belangen van de opdrachtgever, waarbij de rechtbank heeft gekeken naar een samenstel van omstandigheden dat verband hield met de zeer gebrekkige uitvoering van het werk door de onderaannemer.⁵²

Een vergelijkbare uitspraak is die van het gerechtshof Amsterdam van 16 september 2014. Hierin oordeelde het hof dat de onderaannemer de gerechtvaardigde belangen van de opdrachtgever had verwaarloosd doordat de onderaannemer de opdrachtgever niet had gewaarschuwd voor te verwachten lekkages door gebrekkig aanbrengen van DPC-folie.⁵³ In het oordeel van het hof speelde mee dat de hoofdaannemer praktisch al failliet was.

Er zijn ook voorbeelden van uitspraken waarin een beroep op het Leiendak-arrest niet slaagde. Wij wijzen bijvoorbeeld op een tweetal arresten van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 4 november 2014 en 27 augustus 2019, waarin het hof in beide zaken met een verwijzing naar het Leiendak-arrest uiteindelijk tot het oordeel kwam dat een onderaannemer juist niet onrechtmatig had gehandeld jegens

de opdrachtgever in de hoofdaannemingsovereenkomst.⁵⁴ Wij wijzen ook de uitspraken van de Raad van 18 december 2015 en 9 april 2020 waarin arbiters tot een vergelijkbaar oordeel kwamen.⁵⁵

Een uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 6 april 2016 zag op een complex bouwproject met diverse betrokken nevenaannemers en onderaannemers en meerdere verzekeraars. De benadeelde partijen hadden in dat kader niet alleen hun contractuele wederpartijen aangesproken, maar ook andere betrokken partijen op grond van onrechtmatige daad en het Leiendak-arrest. De rechtbank oordeelde dat het in de hiervoor omschreven context – waarin sprake was van een complex bouwproject en door professionele partijen uitonderhandelde overeenkomsten – in de rede lag dat de schade en onderlinge draagplicht tussen de verschillende belanghebbenden zo mogelijk zou worden afgewikkeld op basis van de contractuele verhoudingen en dus niet via de buitencontractuele grondslag van onrechtmatige daad.⁵⁶ De rechtbank hield daarom in een tussenvonnis de behandeling van de gestelde onrechtmatige daad aan, bijvoorbeeld voor het geval een contractuele wederpartij onvoldoende verhaal zou bieden. Er staan geen opvolgende vonnissen op rechtspraak.nl, waardoor het erop lijkt dat deze zaak met een schikking tussen de partijen is geëindigd.

Ten slotte wordt in dit kader nog stilgestaan bij een uitspraak van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 29 maart 2022, waarin sprake was van een omgekeerde situatie in vergelijking met de hiervoor besproken uitspraken. In deze zaak lag namelijk de vraag voor of een *opdrachtgever* onrechtmatig had gehandeld jegens een *onderaannemer* door de wijze waarop de opdrachtgever uitvoering had gegeven aan de met hoofdaannemer gesloten hoofdaannemingsovereenkomst. De opdrachtgever zou onredelijke eisen hebben gesteld ten aanzien van de verlangde werkwijze en zou de medewerkers van onderaannemer onheus hebben bejegend, aldus de

⁵⁴ Hof 's-Hertogenbosch 4 november 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4583, r.o. 3.8.2-3.8.10. In deze zaak zorgde de uiteindelijke weigering van de onderaannemer om het gebrek te herstellen voor schade bij de opdrachtgever, maar dat vond het gerechtshof een inherent gevolg van het feit dat het werk deels in onderaanneming had plaatsgevonden.

⁵⁵ Hof 's-Hertogenbosch 27 augustus 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3178, r.o. 4.19-4.22. In deze uitspraak kwam het hof tot het oordeel dat geen sprake was van onrechtmatig handelen omdat de onderaannemer dezelfde verweren kon inroepen als de hoofdaannemer – dat geen recht bestond op ontbinding en/of schadevergoeding – en dat dus ook geen sprake kon zijn van onrechtmatig handelen.

⁵⁶ RvA 18 december 2015, Nr. 34.953, r.o. 15. In deze uitspraak was volgens arbiters geen sprake van dusdanige bijzondere omstandigheden dat sprake was van onrechtmatig handelen. Volgens arbiters kon het handelen van onderaannemer op niets meer wijzen dan 'gewoon' tekortschieten. In een zeer vergelijkbaar oordeel kwam de Raad in een uitspraak waarin opdrachtgever onvoldoende feiten en omstandigheden had aangedragen om te kunnen spreken van onrechtmatig handelen, zie: RvA 9 april 2020, Nr. 36.006, r.o. 59-61.

⁵⁶ Rb. Rotterdam van 6 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2630, r.o. 4.4.

⁵¹ Rb. Amsterdam 6 november 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5717, r.o. 4.4-4.9.

⁵² Rb. Rotterdam 1 december 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:11344, r.o. 2.6-2.11.

⁵³ Hof Amsterdam 16 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4041, r.o. 3.9.

onderaannemer. Het hof ging niet mee in dit standpunt van de onderaannemer en was van oordeel dat geen sprake was van onrechtmatig handelen. De raadsheren wezen daarbij onder meer op het feit dat onderaannemer niet heeft gesteld waarom het stellen van de specifieke eisen door opdrachtgever het bestek te boven zou gaan en het daaraan vasthouden jegens haar een onrechtmatige daad zou opleveren. Ook zou weliswaar de bejegening door opdrachtgever als negatief en kleinerend kunnen zijn ervaren door medewerkers van onderaannemer, maar volgens het hof was dit onvoldoende om te kunnen spreken van onrechtmatig handelen door de opdrachtgever.⁵⁷

4.2 Mogelijkheid 2: Uitoefenen retentierecht

Een onderaannemer zal in voorkomende gevallen een retentierecht willen uitoefenen jegens de hoofdaannemer. Het retentierecht houdt in dat de onderaannemer de afgifte opschort van (een deel van) het werk, totdat de vordering van de onderaannemer is voldaan. Een dergelijk retentierecht zal – mits geldig ingeroepen – in veel gevallen ook kunnen worden ingeroepen richting de opdrachtgever (art. 3:291 BW). Bovendien kan de onderaannemer-retentor een recht op parate executie verkrijgen in geval van faillissement van de hoofdaannemer (art. 60 lid 3 en 4 Fw), als de curator de zaak niet opeist op de voet van art. 60 lid 2 Fw. Ook als de curator de zaak opeist, dan behoudt de onderaannemer-retentor in principe zijn voorrang (art. 60 lid 2 Fw), zij het dat hij wel moet meedelen in de kosten van het faillissement (art. 182 lid 1 Fw). Het moge duidelijk zijn dat retentierecht in de praktijk grote gevolgen kan hebben, ook voor de opdrachtgever als de onderaannemer een retentierecht uitoefent.

Voor het uitoefenen van het retentierecht moet aan de vereisten uit art. 6:52 en 3:290 BW zijn voldaan. Het is vaste jurisprudentie van de Hoge Raad dat voor het uitoefenen van een retentierecht op een onroerende zaak onder andere 'feitelijke macht' vereist is.⁵⁸ Dit houdt in dat de onderaannemer direct of indirect de naar verkeersopvatting, wet en uiterlijke omstandigheden te beoordelen feitelijke macht over de bouwplaats uitoefent, in die zin dat 'afgifte' nodig is om de zaak weer in de macht van de schuldenaar of rechthebbende te brengen.⁵⁹ In dit kader wordt nog opgemerkt dat de

Hoge Raad reeds in 1995 bepaalde dat het feit dat het werk nog niet is opgeleverd, niet automatisch betekent dat de (onder)aannemer ook de feitelijke macht over het werk heeft.⁶⁰ Dit zijn dus losstaande juridische vragen.

Verder kan de feitelijke macht ook op onrechtmatige wijze worden doorbroken. In dit kader is relevant om allereerst de art. 3:294 en 3:295 BW kort te benoemen. Art. 3:294 BW impliceert dat het retentierecht niet tot een einde komt indien de zaak in de macht van een ander dan de schuldenaar of rechthebbende komt. Art. 3:295 BW strekt ertoe de retentor vervolgens ook in staat te stellen om de zaak weer in zijn macht te krijgen. De regels van art. 3:294 en 3:295 BW hangen daarmee nauw met elkaar samen.⁶¹ De frase 'onder dezelfde voorwaarden' uit art. 3:295 BW brengt tot uitdrukking dat de retentor beschikt over een vordering die dezelfde kracht heeft als de vordering van een eigenaar. Zo kan ook de retentor in geval van diefstal de zaak op de voet van art. 3:86 lid 3 BW opvorderen van een derde te goeder trouw.⁶²

De situatie waarmee de art. 3:294 en 3:295 BW verband houden, kwam aan de orde in het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 1 april 2025. In deze zaak speelde het volgende. Nadat betaling van de facturen voor de realisatie van appartementen uitbleef, besloot de aannemer zijn retentierecht uit te oefenen, waarbij aannemer hekken, sloten en borden plaatste. Dat het retentierecht een vergaand recht is en de emoties hoog op kunnen lopen, blijkt wel uit wat zich in deze zaak vervolgens afspeelde. Een broer van de opdrachtgever besloot de sloten door te knippen en de borden te verwijderen en zo zichzelf toegang tot het bouwterrein te verschaffen. Op verzoek van de politie heeft deze broer vervolgens het terrein weer verlaten en heeft de aannemer wederom hekken en sloten geplaatst. Maar hier bleef het niet bij. Een paar dagen later besloot de broer, vergezeld van zes 'beveiligers', weer de sloten door te knippen, de ruiten in te gooien en allerlei andere vernielingen aan te richten. Over deze handelwijze oordeelde het hof – begrijpelijkerwijs – als volgt:

'Het hof vindt wel dat [appellant] door zijn handelingen terecht is veroordeeld, versterkt met een dwangsom, om [geïntimeerde] de feitelijke macht te laten uitoefenen naast een verbod om inbreuk te maken op het retentierecht van [geïntimeerde]. [appellant] heeft immers eigenrichting gepleegd en onrechtmatig gehandeld door het retentierecht van [geïntimeerde]

⁵⁷ Hof Arnhem-Leeuwarden 29 maart 2022, ECLI:N:GHARL:2022:2447, r.o. 3.10-3.11.

⁵⁸ Zie o.a. HR 23 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1765, NJ 1996, 216; HR 6 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2571, NJ 1999, 303 en HR 5 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8440, NJ 2004, 340.

⁵⁹ Of de (onder)aannemer bij het inroepen van zijn retentierecht de feitelijke macht over de onroerende zaak uitoefent, is een vraag die veelvuldig voorkomt in de jurisprudentie. Zie bijvoorbeeld: Rb. Rotterdam 24 oktober 2019, ECLI:NL:RBDROT:2019:8423, r.o. 4.5; Rb. Den Haag 18 september 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:9868, r.o. 4.4 en Rb. Limburg 9 maart 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:1727, r.o. 4.4.

⁶⁰ HR 23 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1765, NJ 1996, 216, r.o. 3.5.2.

⁶¹ N.v.W., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 891.

⁶² NvW 3 Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 BW* (Inv. 3, 5 en 6), p. 1223.

de] te frustreren met het doel om de Stichting de feitelijke macht te geven.⁶³

Ten slotte, in kader van het retentierecht achten wij het nog relevant om kort stil te staan bij een ander onderwerp dat verband houdt met de beëindiging van het retentierecht: het stellen van een bankgarantie door de schuldenaar. Uit jurisprudentie kan worden afgeleid dat regelmatig discussie bestaat over de vraag of het stellen van een bankgarantie door de schuldenaar leidt tot opheffing van het retentierecht.

Het opschortings- of retentierecht eindigt, zoveel hiervoor toegelicht, indien de wederpartij alsnog nakomt, door het tenietgaan van de zaak of indien de feitelijke macht van de retentor wordt doorbroken.⁶⁴ De wet zegt dat het retentierecht mag worden uitgeoefend 'totdat de vordering wordt voldaan' (art. 3:290 BW). Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat er betaald moet worden. Echter, titel 1 afdeling 7 van boek 6 ('Opschortingsrechten') is krachtens de schakelbepaling van art. 6:57 BW van toepassing op het retentierecht, voor zover daar in art. 3:290 en verder BW niet van wordt afgeweken. Art. 6:55 BW van de laatstgenoemde afdeling bepaalt dat de bevoegdheid tot opschorting vervalt zodra zekerheid is gesteld voor voldoening van de verbintenis van de wederpartij. Een taalkundige interpretatie van deze bepaling – gelezen met de schakelbepaling in het achterhoofd – noopt tot de conclusie dat een bankgarantie in beginsel voldoende is om het retentierecht te doen vervallen. In de rechtspraak wordt echter wisselend geoordeeld op dit punt.

Voornoemde uitleg wordt bijvoorbeeld bevestigd door de rechtbank Amsterdam in een uitspraak van 24 januari 2024. Die zaak ging over de bouw van de Galaxy Tower in Utrecht, dat bestaat uit een hoteldeel en woonappartementen. Ontwikkelaar De Lelie Vastgoed (DLV) ontwikkelt en realiseert het hoteldeel voor de hotelketen Amrâth en de appartementen voor Stichting Pensioenfonds Rail & Openbaar Vervoer (de opdrachtgevers), op grond van de tussen hen gesloten turnkey realisatieovereenkomst. Op haar beurt schakelde DLV onder meer Ballast Nedam in als (onder)aannemer voor de realisatie van de woningen en hotelkamers.

De bouw van deze 90 meter hoge toren met honderden woningen en hotelkamers begon in 2018 en had in 2021 af moeten zijn. Er ontstond echter vertraging, volgens Ballast Nedam door een schorsing van het werk in 2019, meerwerk en te late aanlevering van informatie. Volgens DLV zou de

vertraging juist te wijten zijn aan conflicten tussen Ballast Nedam en haar (onder-)onderaannemers en een structureel te laag bouwtempo.⁶⁵ Ballast Nedam legde meermalen derdenbeslag ten laste van DLV.⁶⁶ Ballast Nedam heeft zich uiteindelijk beroepen op beëindiging van de aannemingsovereenkomst met DLV, en de rechtbank Amsterdam heeft inmiddels geoordeeld dat die beëindiging gerechtvaardigd was.⁶⁷ De werkzaamheden waren daardoor gestaakt en Ballast Nedam oefende vervolgens het retentierecht uit op het bouwterrein.

Om het beslag en retentierecht op te heffen, heeft DLV op enig moment een bankgarantie aangeboden ter hoogte van het bedrag aan reguliere termijnen plus het bedrag aan meer- en minderwerken waarvan Ballast Nedam betaling claimt. DLV stelde zich op het standpunt dat Ballast Nedam geen belang meer had bij uitoefening van het retentierecht omdat Ballast Nedam voldoende zekerheid had met voornoemde bankgarantie. Ballast Nedam stelde daarentegen primair dat zij niet verplicht was om het retentierecht op te heffen in ruil voor een bankgarantie, en subsidiair dat zij het retentierecht mocht uitoefenen voor haar gehele vordering op DLV (ad circa € 37,8 miljoen) en dus niet alleen voor de vorderingen die zien op de reguliere termijnen en meer- en minderwerken (circa 11,8 miljoen), zodat de aangeboden bankgarantie onvoldoende was. De rechtbank oordeelde over het primaire standpunt van Ballast Nedam als volgt:

'Partijen verschillen ten aanzien van deze vordering allereerst van mening over de vraag of het overhandigen van een (toereikende) bankgarantie door DLV, Ballast Nedam verplicht het retentierecht op te heffen. Ballast Nedam betwist namelijk dat zij na het stellen van zekerheid door DLV daartoe verplicht is. Ballast Nedam wordt daarin niet gevolgd. Retentierecht is een aan een schuldeiser toekomende bevoegdheid om de nakoming van een verplichting tot afgifte van een zaak aan zijn schuldenaar op te schorten, totdat de vordering wordt voldaan (zie artikel 3:290 van het Burgerlijk Wetboek (BW)). Het retentierecht is dus een vorm van opschorting. Op grond van artikel 6:55 BW vervalt de bevoegdheid tot opschorting zodra zekerheid is gesteld voor de voldoening van de verbintenis van de wederpartij. In artikel 6:57 BW staat uitdrukkelijk dat artikel 6:55 BW ook van toepassing is op het retentierecht. Zodra DLV dus zekerheid stelt voor de verbintenis waarvoor door Ballast Nedam het retentierecht is ingeroepen, vervalt de bevoegdheid van Ballast Nedam om het retentierecht op de bouwplaats uit te oefenen.'⁶⁸

⁶³ Hof Arnhem-Leeuwarden 1 april 2025, ECLI:NL:GHARL:2025:1943, r.o. 3.28.

⁶⁴ J. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2017, nr. 297 jo. 352.

⁶⁵ Rb. Amsterdam 17 mei 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:3228, r.o. 2.1.

⁶⁶ Rb. Amsterdam 24 januari 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:791, r.o. 2.3-2.4.

⁶⁷ Rb. Amsterdam 17 mei 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:3228, r.o. 5.17.

⁶⁸ Rb. Amsterdam 24 januari 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:791, r.o. 4.4.

De rechtbank Amsterdam volgde dus de hiervoor omschreven lijn uit de wet van art. 6:55 jo. 6:57 BW. De rechtbank volgde wel de subsidiaire lijn van Ballast Nedam, en oordeelde dat het retentierecht zou moeten worden opgeheven als DLV een bankgarantie van € 43.486.788,85 zou stellen.⁶⁹ Dit bedrag is sindsdien verlaagd tot € 29.112.662,25.⁷⁰

Wij wijzen in dit kader ook nog op een zeer recente uitspraak over de Galaxy Tower in een procedure tussen Ballast Nedam en de twee hiervoor genoemde opdrachtgevers: Amrâth en Stichting Pensioenfonds Rail & Openbaar Vervoer. In deze procedure is DLV ook door Ballast Nedam in vrijwaring opgeroepen. In deze uitspraak overwoog de rechtbank Amsterdam het volgende:

‘De rechtbank stelt voorop dat het retentierecht voor een aannemer een belangrijke vorm van zekerheid op betaling voor geleverd werk biedt, en dat het daarom niet voor de hand ligt dat een aannemer daarvan zonder meer onvoorwaardelijk afstand doet. Tegelijkertijd heeft een opdrachtgever, als een project op basis van forward funding wordt gefinancierd, er belang bij dat een afbouwgarantie wordt gegeven met daaraan gekoppeld een afstand van het retentierecht. Daarmee wordt aan de belangen van zowel de aannemer als de opdrachtgever tegemoet gekomen. Een aannemer zou zonder beroep op de afbouwgarantie en zonder retentierecht in een zeer nadelige positie worden gebracht als hij niet wordt betaald. In feite kan hij dan onbetaald buiten spel worden gezet. Overigens sluit het voorgaande niet uit dat een aannemer vanwege commerciële redenen in een specifiek geval wél met deze voorwaarden instemt, maar niet is (onderbouwd) gesteld of gebleken dat daar in dit geval sprake van was.

De rechtbank komt gelet op alle genoemde omstandigheden, in onderlinge samenhang gezien, tot het oordeel dat het inroepen van de afbouwgarantie redelijkerwijs als voorwaarde moet worden gezien voor het afstand doen van het retentierecht in artikel 13 MPO. Het was mogelijk wel de bedoeling van Rail & OV en Amrâth om Ballast Nedam onvoorwaardelijk afstand te laten doen van het retentierecht, maar het had op hun weg gelegen om, als opsteller van de MPO, die bedoeling duidelijker (expliciet en onomwonden) tot uitdrukking te laten komen, met name omdat onvoorwaardelijke afstand van het retentierecht Rail & OV c.s. in een voordelige positie bracht ten opzichte van Ballast Nedam. Dat heeft Rail & OV c.s. niet gedaan.⁷¹

Nu in twee verschillende uitspraken door de rechtbank was vastgesteld dat Ballast Nedam haar retentierecht mocht uitoefenen, heeft DLV ervoor gekozen om een bankgarantie te stellen. Ballast Nedam heeft vervolgens op 3 september 2025 haar retentierecht opgeheven en de bouwplaats vrijgegeven. De bouw wordt overgenomen door Pleisier Bouw.⁷²

Opheffing van het retentierecht in ruil voor een bankgarantie speelde ook in een recente zaak voor de Raad. Op 30 september 2024 hebben appellarbeters van de Raad vonnis gewezen in een spoedgeschil tussen appellante, de aannemer, en geïntimeerde, de opdrachtgever, over – kort gezegd – het al dan niet in stand blijven van een door de aannemer uitgeoefend retentierecht op een hotel in aanbouw. In eerste aanleg hadden arbiters opheffing van het retentierecht bevolen onder verstrekking door de opdrachtgever van een bankgarantie.⁷³ Beide partijen gingen van dit vonnis in appel. De aannemer omdat zij zich niet met het opheffen van het retentierecht kon verenigen, mede gelet op de daaraan ten grondslag liggende overwegingen van arbiters in eerste aanleg. De opdrachtnemer omdat zij zich op haar beurt niet kon verenigen met de voorwaarden waaronder het retentierecht moest worden opgeheven.

De appellarbeters oordeelden dat de enkele bereidheid van een partij ter zitting om onverplicht zekerheid te stellen onvoldoende is om afgifte van een bankgarantie als voorwaarde in een dictum op te nemen. Het vonnis in eerste aanleg werd vernietigd, en de aannemer werd onvoorwaardelijk veroordeeld om het retentierecht op te heffen en toegang tot het werk te verschaffen, alsmede zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk volledig en deugdelijk haar verplichtingen uit de overeenkomst na te komen.⁷⁴ Onzes inziens kan uit deze uitspraken niet direct worden afgeleid of het stellen van een bankgarantie wel of niet ertoe leidt dat het retentierecht moet worden opgeheven, als bedoeld in art. 6:57 jo. 6:55 BW. De vernietiging van het oordeel uit eerste aanleg door appellarbeters, lijkt vooral te zijn ingegeven doordat de arbiters uit eerste aanleg buiten de grenzen van de rechtsstrijd waren getreden.⁷⁵

Wij wijzen in dit kader ten slotte op een uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 16 september 2016. In die zaak was ook een retentierecht uitgeoefend en speelde wederom de vraag of dit moest worden opgeven indien de schuldenaar een bankgarantie zou stellen. De rechtbank oordeelde als volgt:

⁶⁹ Rb. Amsterdam 24 januari 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:791, r.o. 4.11.

⁷⁰ Rb. Amsterdam 18 november 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024, r.o. 3.12.

⁷¹ Rb. Amsterdam 23 juli 2025, ECLI:NL:RBAMS:2025:5199, r.o. 6.15-6.16.

⁷² P. Hanff, ‘Bouw Galaxy Tower weer opgestart, juridisch gevecht nog niet ten einde’, *Cobouw*, 8 september 2025.

⁷³ RvA 22 juli 2024, Nr. 37.873, r.o. 26 & 28.

⁷⁴ RvA 30 september 2024, Nr. 72.349, r.o. 105.

⁷⁵ RvA 30 september 2024, Nr. 72.349, r.o. 102-106.

‘De voorzieningenrechter acht het standpunt van SVM ter zake het retentierecht onjuist. Het recht om een goed niet af te geven zolang een vordering niet is betaald, kan niet zonder meer worden gecompenseerd door het verschaffen van zekerheid in de vorm van een bankgarantie. SVM heeft onvoldoende gemotiveerd waarom dat in dit geval wel het geval zou moeten zijn. Een retentierecht biedt een andere, en zeker in dit geval sterkere, vorm van zekerheid dan een bankgarantie die eerst kan worden ingeroepen in geval van een toewijzende uitspraak die in kracht van gewijsde is gegaan. De voorzieningenrechter is in de gegeven situatie voorsnachts van oordeel dat de aangeboden zekerheid onvoldoende is voor het oordeel dat Bogenda zich niet op het retentierecht zou mogen beroepen. Dit betekent dat ook het retentierecht aan toewijzing van de vordering tot afgifte van de schepen in de weg staat.’⁷⁶

Dit oordeel lijkt niet in lijn te zijn met het eerdergenoemde oordeel van de rechtbank Amsterdam (en de Raad). De Rotterdamse voorzieningenrechter lijkt hier namelijk de lijn te volgen uit art. 3:290 BW, waarin is bepaald dat het retentierecht mag worden uitgeoefend totdat de vordering is voldaan. De rechter wijst daarbij op het feit dat het retentierecht – waarbij de vordering dient te worden betaald voor opheffing – een sterke vorm van zekerheid is dan het stellen van een bankgarantie die eerst kan worden ingeroepen in geval van een toewijzende uitspraak die in kracht van gewijsde is gegaan.

5. Overige uitspraken

Tot slot wordt nog stilgestaan bij een aantal uitspraken die niet onder een van de hiervoor besproken onderwerpen vallen, maar niettemin het bespreken waard zijn.

In een eerste uitspraak van 2 november 2017 oordeelde de Raad over de aard van de onderaannemingsovereenkomst. Deze zaak zag op een onderaannemingsovereenkomst met betrekking tot uitvoering van elektrotechnische en werktuigbouwkundige werkzaamheden. Onderaannemer leverde haar werk niet volgens de planning, en vervolgens ontstond tussen partijen een geschil dat onder meer zag op de aard van de overeenkomst. De arbiters oordeelden daarover als volgt:

‘Voorop dient te staan dat partijen een overeenkomst van onderaanneming hebben gesloten. Uit artikel 7:751 BW volgt in beginsel een hiërarchische verhouding. Immers, volgens die bepaling heeft de hoofdaannemer de leiding over het werk, tenzij hij voor onderdelen die leiding aan een derde overlaat. Van dat laatste blijkt op geen enkele manier. Verder

is het alleen hoofdaannemer die jegens de opdrachtgever verantwoordelijk is voor het werk, ook voor het werk van onderaannemster. Ook op die bepaling kan inbreuk gemaakt worden door partijen, bijvoorbeeld als hoofdaannemster de opdrachtgever toestemming geeft om rechtstreeks met onderaannemster te communiceren.’⁷⁷

Volgens de Raad staat de hiërarchische verhouding bij een onderaannemingsovereenkomst dus voorop en is de hoofdaannemer dus ‘in the lead’.

In de tweede uitspraak van 19 juli 2022 oordeelde het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden over de vraag of een onderaannemer tegenover de hoofdaannemer aansprakelijk was uit hoofde van onrechtmatige daad, doordat de onderaannemer rechtstreeks opdrachten van de opdrachtgever in de hoofdaannemingsovereenkomst had aangenomen. In deze zaak had de onderaannemer met de hoofdaannemer een overeenkomst gesloten waarbij onderaannemer werkzaamheden zou verrichten voor de verbouwing van de woning van opdrachtgever. Onderaannemer vorderde vervolgens betaling van het installatiewerk, maar dit werd door de hoofdaannemer geweigerd omdat de onderaannemer achter de rug van hoofdaannemer om ook direct voor de opdrachtgever werkzaamheden had uitgevoerd. Dit was volgens hoofdaannemer onrechtmatig omdat onderaannemer niet loyaal was geweest, waar hij op grond van de eisen van de redelijkheid en billijkheid loyaal had moeten zijn aan zijn contractspartner (de hoofdaannemer) en hij zich de gerechtvaardigde belangen van laatstgenoemde had moeten aantrekken. Het hof ging hierin mee. Het hof was het met hoofdaannemer eens dat de redelijkheid en billijkheid in het onderhavige geval met zich brengen dat onderaannemer zich van met hoofdaannemer concurrerend gedrag had moeten onthouden en dus niet zonder medeweten en instemming van zijn eigen opdrachtgever (dus de hoofdaannemer) met de opdrachtgever van de hoofdaannemer afspraken mocht maken die betrekking hadden op de verbouwing van de woning. Onderaannemer was immers gecontracteerd door de hoofdaannemer en wist volgens het hof dat hoofdaannemer bij die verbouwing betrokken was en er alle belang bij had dergelijke werkzaamheden zelf dan wel onder haar regie uit te (laten) voeren.’⁷⁸

In een derde uitspraak van de rechtbank Zeeland-West-Brabant van 24 januari 2024, speelde de vraag of een opdrachtgever het werk door derden mocht laten voltooien op grond van § 46 UAV 2012. In deze zaak ontstond tussen de hoofdaannemer en onderaannemer gedurende de uitvoering van het werk een geschil, waarna de onderaanne-

⁷⁶ Rb. Rotterdam 16 september 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:8224, r.o. 4.10.

⁷⁷ RvA 2 november 2017, Nr. 35.732, r.o. 14.

⁷⁸ Hof Arnhem-Leeuwarden 19 juli 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6130, r.o. 2.1-3.7.

mer haar werkzaamheden voor het project had gestaakt. Na een uitgebreide briefwisseling kondigde de opdrachtgever op grond van § 46 lid 1 en 2 UAV 2012 aan dat zij de werkzaamheden voor rekening en risico van de hoofdaannemer door een derde zou laten uitvoeren. In deze paragraaf staat dat de opdrachtgever ervoor zorgt dat de kosten die voor de aannemer voortvloeien uit de toepassing van deze paragraaf binnen redelijke grenzen blijven. De hoofdaannemer stelde zich op het standpunt dat de opdrachtgever niet aan deze verplichting had voldaan, omdat zij de gehele opdracht opnieuw had aanbesteed, terwijl zij alleen de stratenmakerswerkzaamheden aan een derde had moeten opdragen en de rest van de opdracht door de hoofdaannemer had moeten laten uitvoeren. Daarmee zouden de kosten volgens de hoofdaannemer wél binnen redelijke grenzen zijn gebleven.

De rechtbank was van oordeel dat dit standpunt is gebaseerd op een verkeerde uitleg van § 46 lid 6 UAV 2012. Volgens de rechtbank moet dit lid als volgt worden begrepen: 'als een opdrachtgever het werk op grond van § 46 lid 2 UAV 2012 door een derde mag laten voltooien, dan moet de opdrachtgever er op grond van § 46 lid 6 UAV 2012 voor zorgen dat de kosten van deze derde binnen redelijke grenzen blijven. Of de opdrachtgever het gehele werk of maar een deel van het werk door een derde mag laten voltooien, wordt beoordeeld in het kader van § 46 lid 2 UAV 2012.⁷⁹ Met andere woorden, voor de vraag of de kosten voor de aannemer binnen redelijke grenzen blijven als bedoeld in § 46 lid 6 UAV 2012 is niet relevant of de opdrachtgever slechts een deel of het gehele werk door een derde laat uitvoeren in het kader van § 46 lid 2 UAV 2012.

In een vierde uitspraak, van de Raad van 22 april 2020, gaat de Raad in op de vraag of sprake was van een voorgeschreven onderaannemer zoals bedoeld in § 6 lid 27 UAV 2012. Met grote regelmaat wordt in de praktijk en in jurisprudentie door hoofdaannemers betoogd dat een onderaannemer door de opdrachtgever was voorgeschreven en dat gelet op § 6 lid 27 UAV 2012 het beperkte aansprakelijkheidsregime voor voorgeschreven onderaannemers geldt. In veel gevallen oordeelt de Raad echter dat geen sprake was van een voorgeschreven onderaannemer, als gevolg waarvan de hoofdaannemer volledig aansprakelijk is voor de onderaannemer op de voet van § 6 lid 26 UAV 2012.⁸⁰ In deze uitspraak oordeelde de Raad dat wél sprake was van een voorgeschreven onderaannemer. In die zaak had hoofdaannemer feitelijk een uitonderhan-

delde overeenkomst voorgelegd gekregen en had zij dus geen keuze-/onderhandelingsvrijheid meer ten aanzien van de in te schakelen onderaannemer.⁸¹

In een uitspraak van 17 januari 2024 oordeelde de Raad juist dat geen sprake was van een voorgeschreven onderaannemer. In deze zaak had een onderaannemer waterschade veroorzaakt in een te verbouwen hotelpand. Volgens de Raad was geen sprake van een voorgeschreven onderaannemer op grond van de enkele omstandigheid dat de opdrachtgever een (goedkopere) offerte van de onderaannemer had aangedragen bij de hoofdaannemer. Dit was onvoldoende om aan te nemen dat hoofdaannemer een verplichting had om met onderaannemer te contracteren. De arbiters zijn van oordeel dat hierbij eveneens van belang is dat partijen tijdens de bouw ook niet hadden gesproken over de vraag of de onderaannemer als voorgeschreven gekwalificeerd zou kunnen en moeten worden. Pas nadat zich een calamiteit had voorgedaan stelde hoofdaannemer zich op het standpunt dat onderaannemer als een voorgeschreven onderaannemer gold.⁸² In deze zaak verwees de Raad ook naar de hiervoor besproken uitspraak van 20 april 2020 doordat zij aangaf dat in die zaak 'geen sprake [was] van de situatie dat hoofdaannemster een door opdrachtgevers uit onderhandelde overeenkomst voorgeschoteld kreeg, waarop zij geen enkele invloed heeft gehad.'⁸³

Overigens is de lijn in de rechtspraak van de Raad dat zelfs als wel sprake is van een voorgeschreven onderaannemer, het niet zo is dat de aansprakelijkheid voor diens falen zonder meer bij de opdrachtgever ligt.⁸⁴ Voordat de aansprakelijkheid overgaat op de opdrachtgever is vereist dat de hoofdaannemer het redelijkerwijs noodzakelijke heeft gedaan om nakoming en/of schadevergoeding te verkrijgen van de onderaannemer. Twee voorbeelden van zaken waarin de Raad oordeelde dat de hoofdaannemer niet het redelijkerwijs nodige had gedaan, zijn de uitspraken van 9 april 2020 en 29 oktober 2021.⁸⁵

6. Tot slot

De rechtspraak laat zien dat het leerstuk van onderaanneming nog steeds zeer relevant is en ook relevant blijft, onder meer wegens de toegenomen specialisatie in de bouw. Een les die de praktijk uit deze jurisprudentie kan trekken, is dat partijen er goed aan doen om zich vooraf bewust te zijn van de driehoeksverhouding tussen opdrachtgever,

⁷⁹ Rb. Zeeland-West-Brabant 24 januari 2024, ECLI:NL:RBZWB:2024:549, r.o. 4.7.

⁸⁰ Zie voor een overzicht van deze rechtspraak bijvoorbeeld: Chao-Duivis, *TBR* 2013/67, p. 447-448 en M.A. van Wijngaarden en M.A.B. Chao-Duivis, *Serie Bouw- en Aanbestedingsrecht*, deel 14, Zutphen: Uitgeverij Paris 2021 (tweede druk, nieuwe opzet), p. 288-293.

⁸¹ RvA 22 april 2020, Nr. 26.493, r.o. 16-18.

⁸² RvA 17 januari 2024, Nr. 37.482, r.o. 17-26.

⁸³ RvA 17 januari 2024, Nr. 37.482, r.o. 20.

⁸⁴ Van Wijngaarden en Chao-Duivis 2021, p. 293.

⁸⁵ RvA 9 april 2020, Nr. 36.006, r.o. 23 en RvA 29 oktober 2021, Nr. 37.057, r.o. 18.

hoofdaannemer en onderaannemer. Zij zullen in veel gevallen er goed aan doen om daar duidelijke afspraken over te maken, bijvoorbeeld over de mate waarin verplichtingen van de hoofdaannemer worden doorgelegd aan de onderaannemer, de voorwaarden waaronder de onderaannemer recht heeft op betaling, en hoe te handelen als de overeenkomsten onverhoopt zouden worden beëindigd. Ook moeten de opdrachtgever en onderaannemer erop bedacht zijn dat zij toch rechten en verplichtingen jegens elkaar kunnen hebben (bijvoorbeeld uit hoofde van onrechtmatige daad of retentie-

recht), ook al hebben zij veelal geen contractuele relatie met elkaar.

Dit beeld van de rechtspraak is, zoals gezegd, niet compleet. Wij hebben getracht met deze kroniek de meest relevante uitspraken te selecteren en aan de hand daarvan leerstukken te bespreken die bij onderaanneming van werk regelmatig aan de orde zijn. Als de ontwikkelingen van de laatste jaren een voorbode vormen van wat we in de toekomst kunnen verwachten, zal dit vermoedelijk niet de laatste kroniek zijn die over dit onderwerp zal zijn geschreven. ●

Licentie verstrekt aan:
buruma@li.nl
Houthoff
IBR publicatie - 17-11-2025